



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0099  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: SEGUROS DEL ESTADO S-A</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: U-A-E DIAN</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-009-2007-00108-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



f. 514 a 530  
(7.c)

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

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 311 / 2013

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

**TEMA:** Sanción por violación a exención arancelaria.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: No.13-001-33-31-003-2007-00108-01

II. PARTES

**Demandante:** SEGUROS DEL ESTADO S.A.

**Demandado:** DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo de 2010, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

**PRETENSIONES**

"1. Que son NULAS las resoluciones que relacionamos a continuación proferidas por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante las cuales se DECLARARON INCUMPLIMIENTOS de obligaciones aduaneras a cargo de la sociedad ALVAREZ & COLLINS S.A. referentes a los trámites de importación temporal a largo plazo de mercancía en arrendamiento, y se ORDENARON HACER EFECTIVAS las pólizas de cumplimiento que igualmente se señalan a continuación expedidas por la compañía de SEGUROS DEL ESTADO S.A., por valor total de TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTIUN PESOS (\$31.428.521.00):

<u>Resolución</u>	<u>Fecha</u>	<u>Póliza</u>	<u>Valor</u>
947	Jun 21-99	716334	1,964,282
104	Ene 21-99	716372	2,236,759
102	Ene 21-99	716333	1,964,282
103	Ene 21-99	916342	1,964,282
101	Ene 21-99	716331	1,964,282
98	Ene 21-99	716332	1,964,282
97	Ene 21-99	716340	1,964,282
94	Ene 21-99	716335	1,964,282
91	Ene 21-99	716330	1,964,282
145	Ene 27-99	716327	2,509,245
147	Ene 27-99	716346	1,691,805
150	Ene 27-99	716349	1,691,805
158	Ene 27-99	716345	2,236,759
165	Ene 27-99	716376	1,691,805
170	Ene 28-99	716347	1,964,282
90	Ene 21-99	716339	1,964,282
			31,428,521

"2. Que son NULAS las Resoluciones que se relacionan a continuación proferidas por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante las cuales resolvió los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones relacionadas en el cuadro anterior, confirmándolas:

<u>Resolución</u>	<u>Fecha</u>	<u>Póliza</u>	<u>Valor</u>
1400	May 12-00	716334	1,964,282
1381	May 12-00	716372	2,236.759
1396	May 12-00	716333	1.964.282

1397	May 12-00	916342	1,964,282
1407	May 15-00	716331	1,964,282.
1413	May 15-00	716332	1.964,282
1412	May 15-00	716340	1,964,282
1383	May 15-00	716335	1,964,282
1398	May 12-00	716330	1,964,282
1387	May 12-00	716327	2,509,245
1384	May 12-00	716346	1,691,805
1392	May 12-00	716349	1,691.805
1429	May 15-00	716345	2,236,759
1390	May 12-00	716376	1,691,805
1423	May 15-00	716347	1,964,282
1422	May 15-00	716339	1,964,282
			31,428,521

\*3. Que son NULAS las Resoluciones que se relacionan a continuación proferidas por la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante las cuales se resolvieron los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones relacionadas en el cuadro reseñado en la primera pretensión, confirmándolas:

<u>Resolución</u>	<u>Fecha</u>	<u>Póliza</u>	<u>Valor</u>
3814	Dic 05-00	716334	1,964,282
3665	Nov 16-00	716372	2,236,759
3671	Nov 16-00	716333	1,964,282
3670	Nov 16-00	916342	1,964,282
3731	Nov 27-00	716331	1.964,282,
3673	Nov 16-00	716332	1,964,282
3672	Nov 16-00	716340	1,964,282
3732	Nov 27-00	716335	1,964,282
3646	Nov 14-00	716330	1,964,282
3668	Nov 16-00	716327	2,509,245
3669	Nov 16-00	716346	1,691,805
3667	Nov 16-00	716349	1.691,805
3734	Nov 27-00	716345	2,236,759
3666	Nov 16-00	716376	1,691,805
3674	Nov 16-00	716347	1,964,282

3647	Nov 14-00	716339	1,964,282
			31,428,521

4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho se **DECLARE** que **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, no está obligada cancelar (sic) a la **NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** la suma de **TREINTA Y UN MILLONES CUANTROCIENTOS VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTIUN PESOS (\$31'428.521.00)**, valor asegurado en las Pólizas de Seguro de Cumplimiento expedidas por mi representada y relacionadas en el cuadro anterior, ni los intereses generados por dicho valor.

5. Que para el evento de que durante el curso del presente proceso se cancele por parte de **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, la suma asegurada en las pólizas relacionadas anteriormente y sus intereses, de ser estos exigibles, se condene a la **NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** a **DEVOLVER** su valor debidamente actualizado (indexado) junto con los intereses comerciales corrientes a que hubiera lugar desde la fecha del pago y hasta su devolución.

6. Que se condene a la **NACION, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** al pago de los perjuicios causados a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** con ocasión de la expedición de las resoluciones demandadas." (SIC)

## HECHOS

\*1. El día 26 de octubre de 1984 se expide el Decreto 2666 por el cual se revisa parcialmente la legislación aduanera.

2. El Decreto en mención en su Capítulo XXI consagra las normas que regulaban la modalidad de importación temporal y se extendía desde el artículo 207 al 224 de la siguiente manera: (...)

3. El día 27 de Noviembre de 1992 se expide el Decreto 1909, mediante el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera y comenzó a regir desde el 1º de Enero de 1993, previa su publicación.

4. Dicho estatuto en su artículo 111 consagró las derogatorias, y al referirse al Decreto 2666 de 1984 señaló como derogados los siguientes artículos: "...1, 2, 4 a 8, 10 a 20, 22 a 41, 43 a 45, 54 a 63, 65 a 75, 144 a 194, 204 a 213, 216 a 220, 226 a 228, 230, 242 a 254, 285 a 290, 309 a

312, 326, 328 a 337, así como las modificaciones efectuadas a los mismos por los Decretos 755 y 1622 de 1990, 1740 y 1741 de 1991 y 966 de 1992..." (...).

5. El día 5 de abril de 1993 la División correspondiente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió el concepto jurídico N° 058 mediante el cual determinó que el contenido de los artículos 222, 223 y 224 del Decreto 2666 de 1984 modificados por el artículo 1° del Decreto 1740 de 1991, referidos a la importación temporal de mercancías en arrendamiento, debían ser interpretados en concordancia con los artículos reguladores de la importación temporal a largo plazo contenidos en el decreto 1909 de 1992. (...).

6. En el mismo sentido del concepto anterior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió el concepto jurídico N° 116 de 1995 en el que, respecto a la terminación de la modalidad de importación temporal de mercancía en arrendamiento, de manera expresa dejó sentada la siguiente tesis jurídica: "El párrafo del artículo 224 del Decreto 2666 de 1984, modificado por el artículo 1° del Decreto 1740 de 1992, fue a su vez modificado por el artículo 45 del decreto 1909 de 1992, en el sentido de que esta última norma, para efectos de la terminación de la importación temporal para reexportación en el mismo estado mediante la importación ordinaria, determina hacerlo mediante la modificación de la declaración inicial (la importación temporal), antes del vencimiento del plazo y con el pago de los tributos aduaneros.

Nótese cómo la administración incluyó dentro de los conceptos enunciados anteriormente no sólo la obligación de someter la mercancía importada temporalmente a largo plazo en arrendamiento a las normas del Decreto 1909 de 1992, sino también someter a tal estatuto la culminación de esta especial modalidad mediante la importación ordinaria.

7. En 1993 el importador ALVAREZ & COLLINS S.A., celebró dos contratos de arrendamiento de mercancía en las fechas marzo 30 y abril 15 con la sociedad CARCOL INTERNATIONAL CORPORATION, al amparo de los cuales introdujo, mediante la presentación de sendas declaraciones de importación, mercancía consistente en "maquinaria y equipos" detallada de manera precisa en los mismos. Estas declaraciones de importación presentan las siguientes características:

- Código de la modalidad S-182
- Número de cuotas a pagar semestralmente: 10

En acatamiento a la interpretación contenida en los conceptos mencionados anteriormente, las características enunciadas se amoldaron erróneamente a lo exigido en tal respecto por las normas reguladoras de la modalidad de importación temporal a largo plazo (decreto 1909 de 1992)

Es así como el código de la modalidad señalado (S-182) correspondía, para la fecha en que se efectuaron las operaciones de importación (1993), a la de importación temporal a largo plazo simple, y no a la de importación temporal a largo plazo de mercancía en arrendamiento.

Ahora bien, respecto al pago de los tributos aduaneros, el importador procedió, de manera dispersa, a la cancelación, durante el término de duración que la ley permite para esta modalidad, de las cuotas causadas con ocasión de estas importaciones.

8. En 1994 el importador ALVAREZ & COLLINS S.A. celebró contrato de arrendamiento de mercancía en la fecha Julio 21 de 1994 con la sociedad DOMINICK VITUCCI TRACK SALES, al amparo del cual introdujo mercancía consistente en "maquinarias y equipos" detallada de manera precisa en el mismo, mediante la presentación de las siguientes declaraciones de importación: (...)

Estas declaraciones de importación presentan las siguientes características

- Código de la modalidad: S-110.
- Número de cuotas a pagar semestralmente: 10.

En acatamiento a la interpretación contenida en los conceptos mencionados anteriormente, las características enunciadas se amoldaron erróneamente a lo exigido en tal respecto por las normas reguladoras de la modalidad de importación temporal a largo plazo simple (Decreto 1909 de 1992).

Es así como el código de la modalidad señalado (S-110) correspondía, para la fecha en que se efectuaron las operaciones de importación (1994), a la de importación temporal a largo plazo simple, y no a la de importación temporal a largo plazo de mercancía en arrendamiento.

Al igual que en el año anterior, el importador procedió, de manera dispersa, a la cancelación, durante el término de duración que la ley permite para esta modalidad, de la totalidad de los tributos aduaneros causados con ocasión de estas importaciones.

9. En 1995 el importador ALVAREZ & COLLINS, al amparo de contrato de arrendamiento celebrado el día Mayo 5 de 1995 con la sociedad DOMINICK VITUCCI TRACK SALES, introdujo la mercancía que se detalla en el mismo, consistente en "maquinarias y equipos", mediante las declaraciones de importación N° (...).

*El cumplimiento de las obligaciones derivadas de los trámites iniciados con base en las declaraciones de importación relacionadas anteriormente fueron garantizados mediante pólizas de cumplimiento expedidas por SEGUROS DEL ESTADO S.A. (...)*

*10. El Decreto 1909 de 1992 en el inciso 2º del artículo 41 determina que los tributos aduaneros debidos por la importación de mercancía al amparo de la modalidad de importación temporal a largo plazo se distribuyen en cuotas semestrales iguales por el término de duración de la importación.*

*Conforme a los parámetros señalados en las disposiciones que integran el Estatuto en mención, el importador ALVAREZ & COLLINS S.A. debió cancelar los tributos aduaneros por cuotas semestrales vencidas. En consecuencia, los pagos de las cuotas correspondientes a las declaraciones de importación temporal a largo plazo presentadas en 1995 debieron efectuarse en las fechas que se detallan a continuación:*

<i>Cuota Semestral N°</i>	<i>Fecha</i>
<i>1</i>	<i>Noviembre 31/96</i>
<i>2</i>	<i>Mayo 31/97</i>
<i>3</i>	<i>Noviembre 31/97</i>
<i>4</i>	<i>Mayo 31/98</i>
<i>5</i>	<i>Noviembre 31/98</i>
<i>6</i>	<i>Mayo 31/99</i>
<i>7</i>	<i>Noviembre 31/99</i>
<i>8</i>	<i>Mayo 31/00</i>
<i>9</i>	<i>Noviembre 31/00</i>
<i>10</i>	<i>Mayo 31/01</i>

*11. El importador ALVAREZ & COLLINS S.A. procedió, en todas y cada una (sic) de los trámites de importación iniciados en 1995, a la cancelación de los tributos aduaneros causados en las fechas que se señalan en el cuadro N° 1 anexo a la presente demanda. De la información consignada en dicho cuadro, nos permitimos, para efectos de los argumentos jurídicos que sirven de soporte a nuestra acción judicial, destacar que las tres primeras cuotas correspondientes a cada uno de los trámites adelantados, se cancelaron los días Octubre 26/95, Mayo 10 de 1996 y Agosto 1 de 1997, excepto el trámite correspondiente a la*

declaración de importación 2933001051387-0 de Mayo 31 de 1995, en cuyo caso las tres primeras cuotas se cancelaron en una misma fecha: Noviembre 19 de 1996.

12. De acuerdo a lo señalado anteriormente, y conforme a los parámetros legales que contempla el Decreto 1909 de 1992 para las importaciones temporales a largo plazo celebradas en 1995, el importador incurrió en incumplimiento de la obligación de cancelar oportunamente los tributos aduaneros en cada uno de tales trámites.

Tal "incumplimiento" se configuró en cada uno de los trámites administrativos adelantados de la siguiente forma: para el trámite correspondiente a la declaración de importación N° 2933001051387-0 de Mayo 31 de 1995 el supuesto incumplimiento se configuró el día 1° de Diciembre de 1995 (un día después de la fecha límite para el pago de la primera cuota); para los trámites restantes el supuesto incumplimiento se configuró el día 1° de Diciembre de 1996 (un día después de la fecha límite para el pago de la tercera cuota).

13. El día 20 de Mayo de 1998, la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas expidió el concepto jurídico N° 024, mediante el cual reconoce el error en que incurrió en la interpretación contenida en los conceptos jurídicos N° 058 de 1993, 111 de 1993 y 116 de 1995, respecto de la supuesta derogatoria tácita de las disposiciones del Decreto 2666/84 no mencionadas de manera expresa en el artículo 111 del Decreto 1909 de 1992, referidas a las importaciones temporales de mercancía en arrendamiento, reconsiderando de esta forma las tesis esbozadas en dichos conceptos. (...).

14. La División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, tomando erróneamente como fundamento las disposiciones del Decreto 1909 de 1992, y haciendo caso omiso de las disposiciones consagradas en el Decreto 2666/84 aplicables por disposición expresa del Concepto Jurídico N° 024 de 1998, profirió en cada uno de los trámites de importación iniciados con la presentación de las declaraciones de importación presentadas en 1995 resolución declarando el incumplimiento a cargo de ALVAREZ & COLLINS S.A. de las obligaciones aduaneras consistente en el pago de tributos aduaneros y finalización de la modalidad; (sic) En los mismos actos se ordenó hacer efectivas las pólizas de cumplimiento que de manera particular garantizaban cada trámite de importación de acuerdo al siguiente cuadro sinóptico: (...)

15. Contra las decisiones contenidas en cada uno de los actos relacionados se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación tanto por el importador como por la compañía de seguros.

16. El 9 de Noviembre de 1999, mediante las resoluciones N° 000549 y 000550, la División de Liquidación ordena el archivo de todos los expedientes contentivos de las declaraciones de importación temporal a largo plazo las mercancías detalladas en los contratos de arrendamiento suscritos en el año de 1993 con la sociedad BARCOL INTERNATIONAL CORPORATION aduciendo que tales declaraciones "cumplen con todos los requisitos exigidos por la legislación aduanera en especial los enunciados en el concepto 024 de mayo 29 de 1998 de la División de Doctrina de la DIAN.

Es decir, la administración reconoce, para las operaciones de importación efectuadas en el año 1993, el haber sido realizadas conforme a un contrato de leasing/arrendamiento, la modalidad de importación temporal a largo plazo de mercancía en arrendamiento y acepta como válida la forma dispersa en que se efectuó el pago de las cuotas por concepto de tributos aduaneros dentro del término de duración de dicha modalidad. Como fundamento de tal decisión, afirma que el marco jurídico aplicable a los trámites iniciados en 1993 es el contenido en el parágrafo del artículo 224 del Decreto 2666 de 1984, en aplicación estricta del concepto jurídico N° 024 de 1998.

17. Mediante los oficios N° 0006 A-046-0082 de Enero 8 de 2000 y 0006 A-046-0114 de Enero 11 de 2000 la División de Liquidación requiere a ALVAREZ & COLLINS S.A. a fin de que arrime en forma legal a los expedientes que relaciona pruebas idóneas respecto al cumplimiento de la modalidad de importación temporal a largo plazo a la que fue sometida la mercancía que ampara las declaraciones de importación, en ellos también señaladas las cuales soportaban un proceso de investigación por el posible incumplimiento de tal modalidad.

Dichas pruebas podían consistir en: declaraciones con las cuales se finalizó el régimen, declaraciones de modificación si existían, recibos oficiales de pago, contrato leasing, y respecto a este, prueba de los giros efectuados al exterior.

18. El 29 de Febrero de 2000, mediante el escrito de radicación N° 5039 el importador, en respuesta a los requerimientos hizo llegar en forma oportuna y legal copia autentica del contrato de arrendamiento celebrado el 5 de Mayo de 1995 entre los señores DOMINICK VITUCCI TRACK SALES Y ALVARES & COLLINS S.A. así como también copia autentica de la traducción al español hecha al mismo por el Centro Colombo Americano de Cartagena.

19. El 24 de marzo de 2000, la División de Servicio al Comercio Exterior, mediante las certificaciones N° 064 y 065 certifica que las declaraciones de importación 2933001001387-7 y 2933001001377-3 de Octubre 26 de 1994, que amparan mercancía introducida al territorio nacional con arreglo al contrato de arrendamiento celebrado con DOMINICK VITUCCI TRACK SALES en 1994, cumple con las disposiciones consagradas en el artículo 224 del Decreto 2666

de 1984 en concordancia con el concepto N° 00024 de mayo 29 de 1998 emitido por la Oficina Nacional de Normatividad y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

La Administración, para efectos de la expedición de las certificaciones mencionadas, acepta como válida de manera expresa la forma dispersa en que se efectuó el pago de las cuotas por concepto de tributos aduaneros dentro del término de duración de dicha modalidad, destacando la fecha en que se pagó cada cuota, y al respecto aduce:

"La suma pagada es de ocho millones ochocientos cuarenta y siete mil trescientos ochenta y seis pesos (\$8'847.386.00) correspondientes a la totalidad de los tributos aduaneros causados.

Con respecto al marco jurídico utilizado la Administración afirma:

"La presente certificación se expide en virtud de lo dispuesto en el artículo 224 del Decreto 224 del Decreto 2666 de 1984 en concordancia con el concepto N° 00024 del 29 de Mayo de 1998 emitido por la Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."

Es decir, la Administración, para dos de las 16 declaraciones presentadas en 1994, reconoce el contrato de leasing / arrendamiento y la modalidad de importación temporal a largo plazo de mercancía en arrendamiento.

Mientras que para las 14 declaraciones de importación restantes, que como se dijo presentan idénticas características, había decidido desde el 15 de Enero de 1999 declarar su incumplimiento, utilizando inexplicablemente como fundamento jurídico las normas del Decreto 1909 de 1992, desestimando las del Decreto 2666 de 1984 de obligatoria observancia por disposición del concepto jurídico 024 de 1998.

20. En el mes de Mayo de 2000, la División de Liquidación desató desfavorablemente los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones de incumplimiento inicial proferidas en contra de la mercancía introducida bajo la modalidad de importación temporal a largo plazo en el año de 1995 y concedió los recursos de apelación impetrados contra las mismas, mediante las siguientes resoluciones: (...)

Como fundamento de las decisiones confirmatorias proferidas, la División de Liquidación esgrimió que era necesario aplicar las disposiciones del Decreto 1909 de 1992 por cuanto no se trataba de una importación temporal a largo plazo de mercancía en arrendamiento puesto que se había utilizado el Código de la modalidad S-110 propio de la importación temporal a largo

*plazo simple, y además el objeto de la póliza otorgada era la terminación de la importación temporal a largo plazo y el pago oportuno de los tributos aduaneros de la mercancía. Así mismo, por el no cumplimiento, en todo caso, de las obligaciones contenidas en el artículo 222 del Decreto 2666 de 1984.*

*Respecto de la prescripción de la obligación contenida en la póliza, el acto en mención desestima de manera palmaria el concepto N° 060 de Abril 18 de 2000 en el que se dejó sentada la tesis jurídica de que en los eventos de incumplimiento del pago de las cuotas semestrales causadas dentro de una importación temporal a largo plazo el termino prescriptivo (2 años) se contaba a partir de la configuración del incumplimiento. Para tales efectos, las decisiones confirmatorias realizan una interpretación errónea de las disposiciones que consagran el doble objeto que las pólizas tienen en estos trámites de importación temporal a largo plazo, escogiendo cualquiera de ellos según su conveniencia.*

*21. En los meses de Noviembre y Diciembre de 2000, la División Jurídica desató desfavorablemente los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones de incumplimiento inicialmente señaladas con anterioridad, mediante las siguientes resoluciones:  
(...)*

*Como fundamento de las decisiones confirmatorias proferidas, la División Jurídica estimó que el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo, y por ende, la posibilidad de hacer efectiva la póliza que lo garantiza, se realiza indistintamente cuando el importador no paga de manera oportuna las cuotas de tributos aduaneros debidos o no se realiza alguno de los eventos señalados en el artículo 46 del Decreto 1909 de 1992.*

*Es decir, que para efectos de hacer efectiva la póliza, la Administración tiene potestad de escoger a su arbitrio, de manera indistinta, cualquiera de las situaciones fácticas señaladas consistentes en el no pago oportuno de tributos o la no terminación del régimen, olvidándose que tales circunstancias de suyo son excluyentes como lo demostraremos más adelante. Tal criterio le permite a la Administración desestimar el concepto jurídico No 060 de abril 18/00 en que se reiteró la tesis de que en los eventos en que el importador cancele extemporáneamente varias de las cuotas semestrales, el termino prescriptivo para la declaratoria del incumplimiento por parte de la Administración se contabiliza a partir del "Primer incumplimiento".*

*Destacamos que las decisiones de la Administración contenidas en las resoluciones que desataron los recursos de apelación guardan inexplicable silencio respecto al contrato de leasing arimado al expediente por solicitud legal de la División que profiere la resolución de incumplimiento y resolvió los recursos de reposición.*

22. *Las decisiones proferidas por la Administración afectan de manera ostensible los intereses económicos de SEGUROS DEL ESTADO S.A. como quiera que la expone al inicio de proceso de cobro coactivo con la consecuencial práctica de medidas de embargo en su contra.* (SIC)

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

A juicio de la parte demandante, los actos acusados violan los artículos 13 y 29 C.N.; artículos 39, 41, 42, 45 y 46 del Decreto 1909 de 1992; el Decreto 2666 de 1984; artículo 59 C.C.A.; artículo 13, parágrafo, del Decreto 1725 de 1995; artículo 264 de la ley 223 de 1995; artículos 1° y 2° de la Resolución 4321 de 1995 que modificaron el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993; y artículos 2361 inciso 1° y 2369 C.C.

Para sustentar el concepto de la violación la parte actora manifiesta:

- Violación del artículo 29 Constitucional dado que: a) No se aplicaron las normas sustanciales pertinentes; b) La Resolución No. 0297 de noviembre 24 de 1998 es ambigua, pues se invoca como fundamento del incumplimiento la falta de finalización del régimen y no pago de los tributos aduaneros simultáneamente, circunstancias distintas y excluyentes; y c) Se viola el debido proceso por pretender la Administración hacer efectiva la póliza por falta de finalización del régimen derivada del incumplimiento de una cuota semestral, evento en el cual desaparece la obligación del importador de finalizar el régimen, así como también la obligación accesoria que la garantiza.

- El literal c del artículo 46 del Decreto 1909 de 1992 fue violado porque al hacerse efectiva la póliza por falta de finalización del régimen, derivada del no pago de la primera cuota (única causada), se exigió al importador una obligación que ya no está en sus manos sino de la Administración. Así mismo, se ordenó la efectividad de la garantía por el monto total asegurado extendiendo los efectos del incumplimiento a las cuotas futuras que nunca se causaron y la norma comentada establece la interrupción ipso facto del trámite de importación temporal a largo plazo una vez acaecido el incumplimiento.

- El artículo 1081 C. de Cio fue violado por falta de aplicación porque en esta norma se prevé un término de prescripción de 2 años para las acciones derivadas del contrato de seguro, el cual se cuenta desde el momento en que el interesado tenga conocimiento del hecho. La primera cuota debió ser cancelada el día 24 de febrero de 1996 lo cual omitió el importador, verificándose el incumplimiento en fecha 26 de febrero de 1996, circunstancia que llegó a conocimiento de la DIAN por hacer seguimiento minucioso a cada trámite de importación temporal en particular.

- La DIAN desconoció los artículos 13 del Decreto 1725 de 1995 y 264 de la Ley 223 de 1995, dado que estas normas le imponen a la entidad acatar los conceptos jurídicos emitidos por ella en ejercicio de la potestad de interpretación oficial. La Administración no acató los conceptos jurídicos No. 015 de enero 27 de 1999 y No. 53012-079ª de junio de 2000.

- Por falta de aplicación fue desconocido el artículo 41 de la Resolución No. 1794 de 1993, modificado por los artículos 1º y 2º de la Resolución No. 4321 de 1991. La Administración hizo efectiva la totalidad de la póliza sin determinar el monto del procedimiento, parámetro que debió delimitar la extensión de la efectividad de la garantía que se circunscribía a la primera cuota del trámite de importación temporal que fue la única causada válidamente, pues las futuras nunca se causaron.

- Las pólizas de cumplimiento participan de la naturaleza jurídica de las fianzas y en tal sentido el artículo 2361 inciso 1º C.C. establece que la obligación adquirida por el fiador es accesoria de la obligación principal asumida por el directo responsable y no puede por lo tanto extenderse más allá de los límites de la obligación principal. Hacer efectiva la póliza en su totalidad no obstante que el incumplimiento se circunscribió a la primera cuota del trámite de importación temporal a largo plazo es darle un alcance más allá de la obligación adquirida.

- El acto demandado adolece de falsa motivación porque parte de la base errónea de que el trámite de la importación temporal no se interrumpió con el incumplimiento de la primera cuota y con base en tal premisa extiende los efectos de su decisión a las

cuotas futuras que no alcanzaron a causarse, haciendo efectiva la póliza por la totalidad del valor asegurado.

## **B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Folios 513 a 527)**

La entidad demandada dentro de la oportunidad legal contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma y solicitando que estas sean despachadas desfavorablemente. Aduce entre otras cosas las siguientes:

La obligación de cancelar las cuotas semestrales por concepto de tributos aduaneros nace a partir de la fecha de levante; pero el importador no pagó ninguna cuota y a pesar del requerimiento hecho por la DIAN para que aportara los recibos de pago de las cuotas así como el documento definitivo con el cual finalizó el régimen, de lo cual no se obtuvo respuesta.

Agrega que las consecuencias sobrevivientes del incumplimiento no se excluyen entre sí, pues bien puede el importador incumplir con el pago oportuno de las cuotas y no obstante optar por una actuación que no deje la mercancía en situación de ilegalidad en el País. La declaratoria de incumplimiento de la obligación es independiente del decomiso de la mercancía, pues la primera es actuación adelantada por Administración con el fin de controlar la operación aduanera a cargo del importador que desatendió el pago oportuno. El decomiso de la mercancía obedece a la necesidad de definir la situación jurídica de la mercancía en el País.

El incumplimiento del pago de las cuotas no ampara la mercancía de su situación de ilegalidad ni exonera a la aseguradora del cumplimiento de sus obligaciones solidarias. De acuerdo con el artículo 42 del Decreto 1909 de 1992 el objeto de la garantía es doble: Pago oportuno de las cuotas y la finalización del régimen. La declaratoria de incumplimiento se fundamenta en la no finalización del régimen y el no pago de las cuotas semestrales, deduciéndose del texto del acto de incumplimiento que el importar no terminó el régimen.

A juicio de la demandada los artículos 2361 y 2369 C.C. no pueden servir de parámetro para medir la legalidad del acto acusado que debe basarse en la legislación aduanera sustantiva y procesal y, en cuanto a garantías, el Código de Comercio.

Finalmente propone la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa.

### **C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 2412-2433)**

En la sentencia de primera instancia el A quo accedió a las pretensiones de la demanda, concretamente consideró que tras incumplir el importador con el pago de la primera cuota, contaba la demandada con un plazo equivalente a dos años para conformar el título ejecutivo representado en el correspondiente acto administrativo ejecutoriado que declara y ordena hacer efectiva la garantía, que en ese sentido dado que la DIAN no profirió la resolución que declaró el incumplimiento y ordenó hacer efectiva la garantía sino hasta el 24 de noviembre de 1998, esto es, cuando había transcurrido más de dos años desde la fecha de haber ocurrido el siniestro de incumplimiento (pago de la primera cuota). Los actos demandados, en tal caso, están viciados de nulidad puesto que declararon el incumplimiento del régimen de importación temporal y ordenaron hacer efectiva las pólizas de cumplimiento más allá del acaecimiento del fenómeno jurídico sustancial de la prescripción, regulada en lo pertinente por el Estatuto Mercantil.

### **D. LA APELACION (Folio 2452 a 2457)**

Para la demandada la sentencia de primera instancia debe ser revocada en todas sus partes, pues a su consideración está adolece de una indebida interpretación de las normas comerciales en relación con el régimen de importación temporal.

Considera que la sentencia recurrida desconoce que la naturaleza de las obligaciones derivadas de la importación temporal y garantizadas con póliza de seguros de la empresa SEGUROS DEL ESTADO, son de tracto sucesivo y por tanto no se agotan con el primer incumplimiento del pago acordado, tal como lo afirma, a fin de dar por

sentada la ocurrencia de la prescripción de la acción derivada del contrato mencionado y declarar la nulidad de la actuación.

Aduce que sobre el tema de la prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, el Consejo de Estado se ha pronunciado, y que tal precedente señala que el término de prescripción en la importación temporal, se inicia a partir de la última cuota que se encuentre insoluta y no desde la primera.

Que en ese sentido, y dado que los últimos pagos efectuados por ALVAREZ Y COLLINS fueron el 26 de octubre de 1995, incumpliendo el siguiente pago de fecha 31 de mayo de 1996 y las declaratorias de incumplimiento se efectuaron con algunos días de diferencia en enero y junio de 1999, por tanto la administración declaró el incumplimiento e hizo efectiva la póliza del término prescriptivo de los dos años con los que contaba para ello, y por tanto no ha ocurrido el fenómeno de la prescripción extintiva de la obligación.

Agrega además que es menester que SEGUROS DEL ESTADO como garante de ALVAREZ y COLLINS cancele lo adeudado, máxime si se considera que la empresa importadora no culminó la modalidad de importación y la mercancía aún se encuentra en territorio nacional sin ningún documento que respalde su estadía y circulación en el país.

Reitera que ALVAREZ Y COLLINS no solo tenía a su cargo la obligación de pagar oportunamente las cuotas sino además debía culminar la modalidad de importación temporal con la reexportación de la mercancía o la importación ordinaria de la misma, y ALVAREZ Y COLLINS no cumplió con ninguna de estas dos obligaciones.

#### **E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

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

#### **V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- Por auto de fecha 25 de marzo de 2011, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 30 de mayo de 2011, 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 a lo cual se procede previas las siguientes.

## **VI.- CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

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

### **2. Síntesis del caso.**

En el presente asunto el importador ALVAREZ & COLLINS LTDA en aplicación de la normatividad vigente realiza importación temporal a largo plazo de una maquinaria pesada, siendo aprobadas dichas importaciones por parte de la entidad aduanera, la mercancía ingresó al país, y además fue garantizada mediante póliza de seguros suscrita entre estos y la compañía Seguros del Estado S.A. demandante en el presente asunto.

Tal como fue pactado el importador debía cancelar 10 cuotas semestrales, según la demandada DIAN, el importador incumplió dichas obligaciones, y en consecuencia hizo efectiva las pólizas de seguros y dio por terminado el régimen de importación temporal, así como ordeno su remisión a la dependencia correspondiente a efectos de decretar el decomiso de la mercancía.

La demandante asegura que la declaratoria de incumplimiento es ilegal y que la normatividad aplicada, no resultó ser la correcta. Aduce además que ha operado el

término de los dos años con los que contaba la administración para hacer efectiva las pólizas de seguro.

El Juez de primera instancia accede a las pretensiones, aduciendo que dada la fecha del primer incumplimiento, esto es el pago de las cuotas la demanda DIAN contaba con dos años a partir de dicho evento para hacer efectiva las póliza, y que dado que los actos de incumplimiento fueron expedidos por fuera de dicho tiempo los actos administrativos resultaría nulos, al trasgredir la normatividad que gobierna el asunto.

El apelante aduce que no es cierto que haya operado el fenómeno prescriptivo respecto de las pólizas suscritas y que sobre el tema el Honorable Consejo de Estado ha sentado jurisprudencia siendo que la DIAN tiene la facultad de hacer efectiva las pólizas incluso al término de la última cuota. Alega además que la póliza se constituyó con un doble propósito el pago de las cuotas correspondiente y la terminación del régimen. En consecuencia solicita que la sentencia de primera instancia sea revocada y se nieguen las pretensiones.

### **3. Problemas jurídicos a resolver.**

El problema jurídico se concreta en determinar si los actos administrativos por los cuales se declaró el incumplimiento de una obligación aduanera, y se ordena hacer efectiva unas pólizas de cumplimiento por la DIAN, se encuentran o no ajustados a derecho, estableciendo concretamente si se encontraba configurada la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, por ser la empresa aseguradora la demandante dentro del presente proceso contencioso administrativo.

En todo caso la Sala al resolver el problema jurídico, hará control de legalidad de los actos acusados, estableciendo de igual forma si existió violación a la ley o a la constitución.

### **4. Normatividad aplicable al caso.**

En el presente asunto el importador mediante el trámite correspondiente solicita la importación temporal de maquinaria pesada por el término de 5 años, autorización que fue otorgada por el organismo aduanero mediante las declaraciones de importación respectiva, para tal efecto concedió tal régimen de importación a largo plazo tal como se solicitó es decir en un término de 5 años y el pago de 10 cuotas semestrales. En ese mismo sentido fueron constituidas las respectivas pólizas de cumplimiento esto de conformidad con lo dispuesto en el estatuto aduanero.

Ahora bien como primera medida la Sala establecerá las normas aplicables al caso concreto atendiendo a la fecha de ocurrencia de los hechos y con miras a determinar si frente a esta situación ha existido vulneración alguna.

Tal como se relata en los hechos y confirmado por las pruebas que yacen en el expediente las declaraciones de importaciones temporales autorizadas al importador ALVAREZ & COLLINS LTDA, datan del 31 de mayo de 1995, fecha en la cual se encontraba vigente el Decreto 1909 de 1992 tal decreto establecía lo siguiente:

El inciso primero del artículo 39 del decreto 1909 de 1992, norma vigente al momento de iniciarse el régimen de importación a largo plazo que origina el presente proceso, define aquella como *"la importación al territorio Nacional, con suspensión de tributos aduaneros, de determinadas mercancías destinadas a la reexportación en un plazo señalado, sin haber experimentado modificación alguna, con excepción de la depreciación normal originada en el uso que de ellas se haga, y con base en la cual su disposición quedará restringida"*. (Negrilla fuera de texto)

Conforme lo dispone el Artículo 40 ibídem, existen dos clases de importación temporal a saber:

a) De corto plazo, cuando la mercancía se importa para atender una finalidad específica que determine su corta permanencia en el país. El plazo máximo de la importación será de seis (6) meses, prorrogables por tres meses más; o,

b) De largo plazo, cuando se trate de bienes de capital, representados por máquinas, equipos, material de transporte y sus accesorios, partes y repuestos, que vengan en el mismo embarque. El plazo máximo de esta importación será de cinco (5) años.

Cuando se trata de importaciones temporales a largo plazo, el artículo 41 de la norma en comento establece que, en la respectiva declaración deberán liquidarse los tributos aduaneros, a las tarifas vigentes en la fecha de su presentación; y que dichos tributos se distribuirán en cuotas semestrales iguales por el término de duración de la importación.

Señala el artículo 42 del mencionado Decreto que, con el objeto de responder por la finalización de la importación temporal en los plazos señalados en la declaración y por el pago oportuno de los tributos aduaneros, la Dirección de Aduanas Nacionales podrá exigir la constitución de garantía a favor de la Nación, hasta por el ciento por ciento (100%) de dichos tributos, en las condiciones, modalidades y plazos señalados por la Dirección de Aduanas Nacionales.

Y el artículo 46 *ibidem* establece que la importación temporal puede terminar "Por la presentación de uno de los siguientes eventos:

- a) *Reexportación de la mercancía;*
- b) *Importación ordinaria;*
- c) *Decomiso de la mercancía, cuando vencido el término señalado en la declaración de importación, no se cancelaron los tributos aduaneros, ni la mercancía se reexportó; o por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones inherentes a la importación temporal;*
- d) *Abandono de la mercancía aceptado por la Aduana; y,*
- e) *Destrucción de la mercancía por fuerza mayor o caso fortuito demostrados ante la Dirección de Aduanas Nacionales. (Negrilla fuera de texto).*

El Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia, de fecha de 4 de febrero de 1999 (Expediente 4935, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz) trata

el tema del otorgamiento de garantía para el pago oportuno de los tributos, al estudiar la demanda de nulidad del Concepto 0073 de 2 de septiembre de 1996, expedido por la División de Doctrina de la Subdirección Jurídica de la DIAN, y allí precisó:

*" (...)*

*Del contenido de las disposiciones antes reseñadas se deduce que uno de los aspectos más importantes en el trámite de la importación lo constituye el pago oportuno de los tributos aduaneros, lo cual se justifica en la medida de que éstos son una de las principales fuentes para la financiación de los gastos e inversiones del Estado y que es un deber de todo colombiano contribuir con tal financiación, conforme lo ordena el artículo 95, numeral 9, de la Carta Política, y lo destaca el Agente del Ministerio Público.*

*Por tal razón, al exigir el artículo 42 del citado Decreto 1909 que se constituya una garantía, no sólo la está refiriendo al simple pago de los tributos sino al pago oportuno de los mismos, lo cual quiere significar que dicha garantía se hace exigible por el mero hecho de la mora en el pago (...)"*

Por su parte el artículo Art. 1081 del C.Co, que regula lo referente a la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, dispone:

*"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

*La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*

*La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.*

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes."*

El H. Consejo de Estado al estudiar la legalidad del Concepto Jurídico No 00015 de enero 27 de 1.999, proferido por el Jefe de la División de Doctrina de la DIAN, doctrina que interpreta el artículo 1081 del C.de Co., señaló lo siguiente:

*"Sobre el particular, para la Sala el Concepto cuestionado no posee el alcance endilgado por el actor, pues de ninguna manera extiende la responsabilidad que concierne a la aseguradora frente a la ocurrencia del siniestro, ni al plazo del amparo o cubrimiento otorgado.*

*Lo anterior deriva de la lectura del Concepto acusado, el cual se concreta en resolver el problema jurídico planteado: plazo para la expedición del acto administrativo que declara el incumplimiento: En este sentido, el concepto que atiende la referida consulta, no atañe a la fecha de terminación del contrato de seguro ni, por consiguiente, a la vigencia de la póliza, como ha señalado el actor en el sub lite, sino al plazo que tiene la administración para proferir el acto administrativo mediante el cual, con fundamento en la verificación del siniestro acaecido dentro del término de la cobertura, declara el incumplimiento de la obligación asegurada y ordena la efectividad de la póliza.*

*Para la Sala, el actor parte de una premisa errada cuando asevera que se está extendiendo la responsabilidad de la aseguradora, pues es claro que ésta se concreta a la ocurrencia del siniestro, que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada; y que tal eventualidad está garantizada dentro del término de vigencia de la garantía, conforme prevé el artículo 2º de la Resolución No 1794 de 1.993, así:*

*"Artículo 2º Vigencia. Las garantías se constituirán con una vigencia igual al término fijado para el cumplimiento de la obligación que se respalda, contado desde el momento de su aprobación o de la vigencia del contrato.*

*Cuando se trate de la constitución de garantías bancarias o de compañía de seguros se constituirán por tres (3) meses más, a la vigencia establecida para cada caso, en la presente resolución"*

De acuerdo con lo expuesto, el primer tópico a aclarar es que el Concepto demandado no está tocando el término de vigencia de la póliza, sino que el problema jurídico al que atiende es el plazo para la expedición del acto administrativo que declare el incumplimiento de la obligación asegurada.

En el sentido expuesto, para la Sala es claro que se trata de dos aspectos diversos:

1.- Vigencia de la póliza, que atañe a la ocurrencia del siniestro, y, por consiguiente, a la responsabilidad de la aseguradora, y

2.- Expedición del acto administrativo mediante el cual, previa verificación fáctica y confrontación jurídica a la luz de las estipulaciones contractuales y del marco legal en cada caso aplicable, la administración declara el incumplimiento (siniestro garantizado) y procede a ordenar la efectividad de la garantía conferida para dicho evento.

(...)

Ahora bien, el artículo 1.082 del Código de Comercio señala el término de dos años para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro, por manera que no encuentra la Sala que proferir el acto de declaratoria de incumplimiento dentro del mismo transgreda el orden jurídico pertinente.

Cosa distinta es que se establezca, a través del Concepto cuestionado, que no se requiere que el acto que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la garantía quede en firme dentro del término de los dos años, contados a partir de la ocurrencia del hecho o del momento en que tuvo conocimiento del mismo, pues, es incuestionable que el acto de la administración ha de quedar ejecutoriado a fin de constituir el título que, tal como lo señala el artículo 68, numeral 5º del C.C.A., preste mérito ejecutivo para lograr la efectividad de la póliza. (...)

(...)

Como corolario de los argumentos expuestos, para la Sala es evidente que la interpretación cuestionada, se ajusta al marco legal en que se fundamenta, en cuanto prevé que el acto administrativo que declara el incumplimiento de la obligación garantizada, puede ser proferido dentro del término de dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro o del conocimiento del mismo.

*No obstante, no ocurre lo propio, en cuanto el concepto interpreta que no se requiere que el acto administrativo que declara el incumplimiento quede ejecutoriado dentro del término de dos años mencionado, desconociendo de esta manera, el contenido del artículo 1.081 del Código de Comercio, por lo cual, acogiendo el concepto emitido por la Agencia del Ministerio Público, la Sala declarará la nulidad de la expresión "... ni quedar debidamente ejecutoriado, dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del siniestro..." utilizada en la interpretación oficial cuestionada".<sup>1</sup>*

## **5. Caso Concreto**

La DIAN, mediante Resoluciones que aparecen demandadas declaró el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo y ordenó hacer efectiva la garantía de compañía de seguros con fundamento en *"Que los Señores ALVAREZ Y COLLINS LTDA no presentaron la totalidad de los recibos correspondientes al pago de las cuotas ni el documento definitivo con el cual finalizó el régimen de Importación Temporal.*

Contra las precitadas decisiones tanto la empresa ÁLVAREZ Y COLLINS como la empresa aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., interpusieron recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo resueltos desfavorablemente a sus pretensiones a través de las resoluciones de mayo, noviembre y diciembre de 2000 que se demandan.

### **Hechos Probados:**

La sociedad ÁLVAREZ Y COLLINS LTDA., introdujo al país la mercancía consistente en equipos de tracción con todos sus accesorios, los cuales se encontraban amparados mediante declaraciones de importación, y bajo condición de pago de tributos por el término de cinco años, con el pago de 10 cuotas semestrales.

---

<sup>1</sup>-CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION PRIMERA-Consejera ponente OLGA INES NAVARRETE BARRERO- septiembre (21) del año dos mil (2000)-Radicación número: 5796--Actor. FABIO ERNESTO CRUZ RUIZ-Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD

Dicho régimen se encontraba amparado por sendas pólizas expedidas por Seguros del Estado S.A.

ÁLVAREZ Y COLLINS se comprometió a pagar los tributos aduaneros que se generaban por el régimen de importación temporal a largo plazo, en diez cuotas repartidas semestralmente por el término de cinco años.

Tal como se evidencia en el escrito de la demanda como en los diferentes expedientes administrativos aportados, el importador presenta incumplimiento en el pago puntual de las cuotas pactadas, correspondientes a mayo y noviembre de 1998, siendo canceladas dichas cuotas en diciembre de 1999. Y razón por la cual la DIAM declaró el incumplimiento de la obligación así como del régimen de importación temporal.

Aunado a lo anterior y tal como se desprende de los recursos de apelación demandados, el importador al suscribir las pólizas respectivas determinó un término de vigencia para la mismas de 3 años con el compromiso de renovarlas por el término de duración de la importación temporal o dar por terminado el régimen, se observa en los diferentes expedientes que tal renovación no ocurrió y que contrarió a esto el régimen se encontraba desprovisto de garantía de cumplimiento alguna, sumado a la ausencia de pago en dicho periodo.

En el cuadro que aparece a continuación se señalará la fecha en que debían ser cancelados los tributos aduaneros, y la fecha en que la sociedad ÁLVAREZ Y COLLINS LTDA realizó dicho pago en la tercera cuota:

No. cuota	Fecha Limite para el pago
1	31 de noviembre de 1996
2	31 de mayo de 1997.

3	31 de noviembre de 1997.
4	31 de mayo de 1998
5	31 de noviembre de 1998
6	31 de mayo de 1999
7	31 de noviembre de 1999
8	31 de mayo de 2000
9	31 de noviembre de 2000
10	31 de mayo de 2001

Pues bien en las siguientes declaraciones de importación los pagos correspondientes a las cuotas pactadas el 31 de mayo de 1998 y 31 de noviembre de 1999 se realizaron el 3 de diciembre de 1999. Estas fueron las siguientes: 2933001051367-3, 2933001051368-0, 2933001051370-6, 2933001051371-3, 2933001051372-0, 2933001051373-8, 2933001051376-1, 2933001051377-7, 2933001051378-4, 2933001051383-12933001051384-9, 2933001051386-3, 2933001051388-8, 2933001051389-5, 2933001051390-3. Con respecto a la declaración de importación N° 2933001051387-0 los pagos se hicieron de forma extemporánea no solo de las cuotas correspondientes al período de 1998, dado que las siguientes también se efectuaron el 24 de febrero de 2000, con una diferencia superior a 1 año.

Pues bien, según se desprende del análisis probatorio realizado en los párrafos que anteceden, la sociedad ÁLVAREZ Y COLLINS LTDA, canceló de forma extemporánea varias de las cuotas de los tributos aduaneros causados en las importaciones temporales, verificándose la mora y siendo esta cancelada en las respectivas facturas. Para tal efecto la DIAN declaró el incumplimiento de dichas importaciones en enero y junio de 1999, declarando la finalización del régimen y haciendo efectiva en su defecto las pólizas que amparaban cada declaración de importación.

Observa la Sala que los regímenes de importación temporal a largo plazo que se estudian, se encontraban amparados por pólizas de garantía expedidas por la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., y que las mismas tenían como objeto de protección el pago oportuno de los tributos aduaneros, y la terminación del régimen dentro del plazo señalado por la DIAN. La vigencia de las pólizas tomadas por la empresa ÁLVAREZ Y COLLINS LTDA era de tres años, y expiraron el 31 de agosto de 1998.

Según el argumento del demandante y que es acogido por el juez de primera instancia, las resoluciones de 21 de enero de 1999, 27 de enero de 1999, 28 de enero de 1999 y junio de 1999, se expidieron por fuera del término de prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del C.Co., toda vez que el término de los dos años para hacer efectiva la póliza debía contarse a partir del primer incumplimiento y dado que la garantía solo se hizo efectiva hasta el 24 de noviembre de 1998, ya habían transcurrido más de dos años.

Por su parte la DIAN argumenta que ALVAREZ Y COLLINS no cumplió con las obligaciones inherentes al régimen, pues no lo terminó de acuerdo con lo previsto en las normas aduaneras aplicables a su situación, bien sea reexportando o importando la mercancía ordinariamente, y no canceló oportunamente las cuotas en que se definieron los tributos aduaneros. Señala además que su actuación fue oportuna, pues la declaratoria de incumplimiento se dio cuando tuvo conocimiento del mismo.

Ahora bien, a fin de dilucidar lo atinente al primer problema jurídico que se planteó, corresponde a ésta Sala establecer qué interpretación se debe dar al inciso segundo del artículo 1081 del C.Co. que establece la prescripción ordinaria de 2 años que a su turno reza : "La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción".

Según se desprende de la norma en comento, el término de la prescripción ordinaria debe contarse a partir del momento en que el interesado, en este caso la DIAN, debió tener conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la ocurrencia del siniestro.

En tal sentido, la Sala no comparte el argumento del *a - quo*, quien atiende el vencimiento de la tercera cuota, para efectos de contabilizar el fenómeno prescriptivo, rezagando un elemento subjetivo - que avala la normativa -, como lo es el conocimiento del incumplimiento (siniestro), a partir de un elemento netamente objetivo como es el vencimiento de la tercera cuota, asimilando así dos conceptos totalmente diferentes.

En efecto el importador incurrió en mora de la cuarta cuota, al día siguiente del vencimiento establecido para su pago - 31 de mayo de 1998 -, sin embargo, de éste hecho por sí solo no puede derivarse una notificación automática de la DIAN acerca del incumplimiento, es a través del control interno de la misma que puede esta verificar si tales cuotas fueron canceladas dentro del término en cuyo caso negativo es menester realizar las conductas que al efecto trae el estatuto aduanero.

Por tanto, si se toma ésta fecha como punto de partida para establecer la prescripción ordinaria del artículo 1081 del C.Co, se tiene que el plazo máximo con que contaba la Administración de Aduanas para hacer efectiva la póliza, era hasta el año 2000, y como los actos mediante los cuales se hicieron efectivas las pólizas se expidieron en enero y junio de 1999, se concluye que la actuación fue oportuna y por tanto no operó la prescripción.

Como apoyo de la anterior posición, la Sala trae a colación un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado<sup>2</sup> en el cual expresó: *“la Sala considera que cuando en el artículo 1081 del Código de Comercio el legislador estableció que el término prescriptivo empieza a correr desde el momento en que el interesado, para este caso la Administración, “...haya tenido o debido tener conocimiento del hecho*

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejera Ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012). Ref.: Expediente: 13001-23-31-000-2001-00435-01 AUTORIDADES NACIONALES ACTOR: COMPAÑIA DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.

*que da base a la acción”, utilizó la conjunción disyuntiva “o”, con el fin de indicar que existe opción entre estas dos posibilidades, que implica que el interesado puede optar por una cualquiera de ellas, resultando excluyentes la una de la otra, por lo que el “interesado”, se reitera, puede escoger válidamente cualesquiera de ellas para predicar el incumplimiento de la obligación garantizada por la póliza de cumplimiento”.*

Adicionalmente se precisa, que conforme lo ha reiterado la jurisprudencia vigente, no es necesario que el acto que hace efectiva la póliza se ejecute dentro de los dos años. Dicha posición se evidencia en la sentencia de fecha 17 de julio de 2008 proferida por el H. Consejo de Estado, dentro del expediente No. 25000-23-27-000-20001-02180-01 (15261) con la ponencia del Dr. Hector J. Romero Díaz, en la que se señaló que *“de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio no se requiere que el acto que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la garantía quede en firme dentro del término de los dos años, contados a partir de la ocurrencia del hecho o del momento en que debía tenerse conocimiento del mismo, pues, conforme a dicha disposición, dentro del señalado término debe declararse el incumplimiento para hacer efectiva la garantía, aspecto que no tiene que ver con la firmeza, por cuanto la misma es determinante para constituir el título que preste mérito ejecutivo para hacer efectiva la póliza”.*

Ahora bien, ubicándonos ya en el segundo problema jurídico bajo el cual se demarca la controversia en esta segunda instancia, encontramos lo siguiente:

El escenario fáctico del caso en estudio trae consigo la figura de la Importación temporal a largo plazo que genera dos obligaciones claramente delimitadas para el importador: cancelar oportunamente las cuotas correspondientes a los tributos aduaneros y finalizar el régimen.

De la actuación administrativa obrante en el expediente se logra advertir que la finalización del régimen, igualmente se erige como fundamento de los actos administrativos acusados.

También se evidencia que la sociedad ALVAREZ Y COLLINS incumplió con su obligación de pagar las cuotas mensuales de los tributos aduaneros y la finalización del régimen de importación temporal, pues así se consigna en el primero de los actos acusados, y lo reconoce expresamente la parte actora en el libelo introductorio.

Entonces, la controversia que se sugiere con la demanda surge de la interpretación hecha por la parte actora cuando afirma que si el incumplimiento en que incurrió el importador consistió en la falta de pago de cuotas por concepto de tributos aduaneros, la efectividad de la póliza debió limitarse a dicha circunstancia, sin extenderse a la obligación de finalizar el régimen, y que, considerar lo contrario sería asignarle un doble objeto a la garantía consagrado en el artículo 42 del Decreto 1909 de 1992.

En ese orden de ideas, debe la Sala establecer si la entidad demandada debió declarar la efectividad de la garantía solo por el incumplimiento antes anotado, como lo plantea la actora, o si, simultáneamente, podía hacerlo por la causal de no haber acreditado la finalización del régimen.

El artículo 42 del Decreto 1909 de 1992, aplicable al momento en que debía finalizar el régimen objeto del debate, establecía así los eventos o condiciones constitutivas de la finalización del régimen:

*Artículo 46. TERMINACION DE LA IMPORTACION TEMPORAL. La importación temporal se termina por la presentación de uno de los siguientes eventos:*

- a) Reexportación de la mercancía;*
- b) Importación ordinaria;*
- c) Decomiso de la mercancía, cuando vencido el término señalado en la declaración de importación, no se cancelaron los tributos aduaneros, ni la mercancía se reexportó; o por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones inherentes a la importación temporal;*
- d) Abandono de la mercancía aceptado por la Aduana; y,*
- e) Destrucción de la mercancía por fuerza mayor o caso fortuito demostrados ante la Dirección de Aduanas Nacionales."*

Lo anterior da cuenta de la obligación que existe de finalizar el régimen de importación temporal dentro del término concedido en la Declaración de Importación, puesto que la reexportación del bien de que se trate debe darse antes del vencimiento del mismo.

Al respecto resulta del caso citar precedente del Consejo de Estado<sup>3</sup> al estudiar y resolver un asunto que guarda similitudes con el que se analiza, y se reitera en esta oportunidad, "Que el pago oportuno de los tributos aduaneros no está entre los eventos que causan la finalización del régimen en comento, de suerte que una situación es la finalización del régimen y otra, distinta, el pago de los tributos aduaneros dentro de los términos correspondientes, que valga resaltarlo, no implica la aludida finalización" ..."

Igualmente, mediante pronunciamiento arriba citado<sup>4</sup> destacó: ...la garantía constituida no amparaba el cumplimiento de una única obligación, como lo plantea el actor, pues, como ya se observó, ella amparaba el cumplimiento de dos obligaciones, a saber: el pago de los tributos aduaneros y la finalización del régimen de importación temporal a largo plazo dentro del término autorizado, sobre lo cual no deja duda alguna el objeto indicado en la póliza expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A., de suerte que, como se consideró igualmente en la referida sentencia de 2 de julio de 2009, "el riesgo amparado y, por ende, el siniestro que da lugar a su efectividad, es sencillamente el incumplimiento de cualquiera de esas obligaciones..."

...En consecuencia, siguiendo las precisiones que anteceden, debe concluirse que no operó el fenómeno de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, ni la DIAN incurrió en la violación del literal c) del artículo 46 del Decreto 1909 de 1992 pues, bien podía declarar, como en efecto lo hizo, la efectividad de la garantía por no haberse acreditado el pago de los tributos aduaneros y la finalización del régimen de importación temporal dentro del término previsto en la Declaración de Importación, que fue objeto de la póliza de cumplimiento que se constituyó para el efecto.

<sup>3</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección primera, Exp: 13001.23-31-0000-2003-00612-01, Consejero Ponente Dr. RAFAEL OSTAU DE LAFONT PLANETA.

<sup>4</sup> Pie de página 2

Se precisa entonces, que tanto la no finalización de la importación temporal de largo plazo por cualquiera de los mecanismos legales, como la no cancelación oportuna de las cuotas a las cuales se ha hecho alusión, impone para la Administración Aduanera la obligación de declarar el incumplimiento y ordenar hacer efectiva la garantía constituida, sin perjuicio del decomiso de la mercancía, por permanecer ilegalmente en el territorio aduanero nacional. Se trata entonces de una dualidad que no resulta excluyente, y así se puede verificar del contenido mismo de la garantía materializada en pólizas que expide la entidad demandante, cuando en ellas se consigna: *OBJETO DEL SEGURO: Seguros del Estado S.A. que en adelante se llamará Segurestado, Garantiza: La terminación de la Importación temporal a largo plazo y el pago oportuno de los Tributos Aduaneros de la mercancía descrita...*”, de manera que la DIAN podía motivar sus decisiones acogiendo la no terminación de la importación temporal a largo plazo, entendiéndose tal actuar completamente ajustado a la legalidad, como de hecho lo hizo.

Lo anterior dista de la errada interpretación que elabora la parte actora, consistente en que, ante el incumplimiento de las obligaciones del importador y como requisito para hacer efectiva la garantía constituida, la autoridad aduanera debe ordenar el decomiso.

En virtud de lo anterior, prospera entonces el recurso de apelación y procede la revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda, no sin antes advertir, que al momento de hacerse efectiva la garantía deben tenerse como deducibles los pagos de las cuotas que aparecen acreditados en el proceso y los que se acrediten posteriormente ante la Administración.

## **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

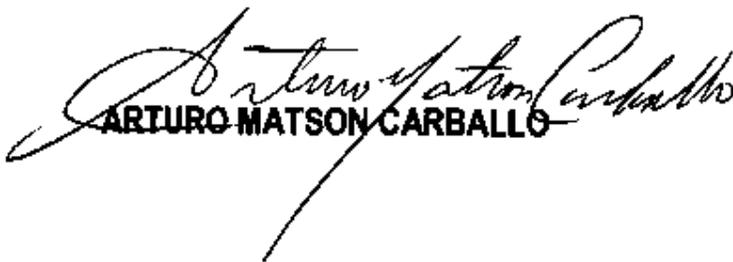
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena que accedió a las pretensiones de la demanda y en consecuencia se dispone **NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

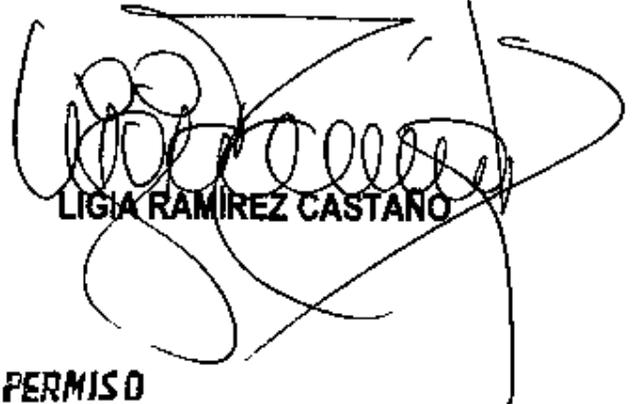
**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFIQUESE 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**



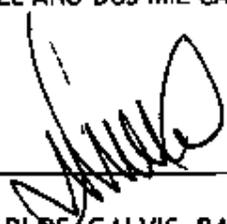
**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0100  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: FERNANDO LAVERDE MERCADO</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: E-S-E CENTRO DE SALUD CON CAMAS VITALIO SARA CANTILLO</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-012-2007-00001-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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., Dieciséis (16) de Diciembre de dos mil Trece (2013)

**TEMA:** Pago de Prestaciones Sociales.

SENTENCIA No. 340 / 2013

### I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

#### **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Radicación: No. 13-001-33-31-012-2007-00001-01

### II. PARTES

**Demandante: FERNANDO LAVERDE MERCADO**

**Demandado: E.S.E. CENTRO DE SALUD CON CAMA VITALIO SARA**

### 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 Treinta y uno (31) de Mayo de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, a través de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

## IV. ANTECEDENTES

### A. LA DEMANDA

#### 1. Pretensiones

El demandante solicita expresamente lo siguiente:

**“PRIMERO:** Que se declare la nulidad de la resolución No. 2003 - 08- 29, expedida por el señor gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD CON CAMA VITALIO SARA CASTILLO del municipio de Soplaviento (Bolívar), mediante la cual se ordenó reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales adeudados al actor a que tiene derecho por haber laborado para las entidades accionadas durante el periodo de 1 julio 2000 y 30 de Agosto de 2001, en el cargo de Subgerente Administrativo y el acto administrativo negativo presunto, que se configura o se origina por el hecho de que la entidad accionada hasta el día de hoy no han resuelto - ni notificado decisión al respecto - los recursos de reposición y en subsidio de apelación (los cuales constan de un escrito y dos anexos), contra la resolución No. 2003 -08- 29, expedida por el señor gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD CON CAMA VITALIO SARA CASTILLO del municipio de Soplaviento (Bolívar), mediante la cual se ordenó reconocer y pagar los salarías y prestaciones sociales adeudados al actor a que tiene derecho por haber laborado para la entidad accionada durante el periodo de 1 julio 2000 y 30 Agosto de 2001, en el cargo de Subgerente Administrativo, devengando un salario mensual de \$1.500.000 pesos ML.

La inconformidad que motivo la interposición de los recursos consiste en que en el acto recurrido no se liquidan, reconocen ni ordenan pagar los valores realmente devengados por el actor, ni el auxilio de cesantías ni los intereses de cesantías. No se transcribe el texto completo del recurso, del cual emana el acto administrativo negativo presunto pero se anexa al presente líbello.

**SEGUNDO:** Que como consecuencia de la anterior declaración se le restablezca el derecho, obligando a la entidad demandada a:

- a) Pagarle al actor el valor de los salarios y prestaciones sociales que se relacionan a continuación:

Incremento salarial del 1 de enero de 2001 al 31 de agosto de 2001 ( $1.500.000 * 2.5\%$ )	300.000,00
Bonificación por servicios prestados del 15 de marzo de 2000 al 15 de marzo de 2001 ( $1.537.500 * 35\%$ )	538.100,00
Bonificación por recreación y cultura del 15 de marzo de 2000 al 15 de marzo de 2001 ( $1.537.500 * 30\% * 2$ )	102.500,00
Prima de servicios del 30 de junio de 2000 al 30 de junio de 2001 ( $1.537.500,00 * 12/24$ )	791.200,00
Prima de vacaciones del 15 de marzo de 2000 al 15 de marzo de 2001 ( $1.648.275. * 360\% / 720$ )	824.100,00
Prima de navidad del 1 de enero del 2001 al 31 de agosto de 2001 ( $\$1.716.950,00 * 240/360$ )	1.144.600,00
Auxilio de cesantías del 1 de julio del 2000 al 31 de agosto de 2001 ( $\$1.791.350,00 * 420 / 360$ )	2.089.900,00
Intereses de cesantías del 1 de julio de 2000 al 15 de septiembre de 2003 ( $2.089.900 * 1155 * 12\% / 360$ )	804.600,00
Indemnización de vacaciones del 15 de marzo de 2000 al 15 de marzo de 2001 ( $\$1.537.500 * 21/30$ )	1.076.300,00
<b>TOTAL</b>	<b>7.671.300,00</b>

B) Pagarle un día de salario o sea la suma de CINCUENTA MIL PESOS ML (\$50.000,00) diarios desde el día 29 de Agosto del año 2003, fecha de la expedición de la resolución número 2.003 - 08-29, hasta que le sea pagado la totalidad del auxilio de cesantía, a que tiene derecho el actor de conformidad con el recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por este y que no ha sido resuelto por las entidades accionadas y por lo cual se configura el acto administrativo presunto demandado.

Hasta la fecha de presentación de la presente demanda la entidad accionada debe pagar por este concepto la suma de SESENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$62.250.000,00), equivalentes a 1.245 días a razón de \$50.000 pesos hasta la fecha más los valores que se causen hasta el día en que se produzca el pago definitivo.

**TERCERO:** Que se condene a la entidad accionada, a pagarle a todas las sumas que se generen con ocasión del presente proceso, por concepto de honorarios de abogado y costas procesales.

**CUARTO:** Que se decrete que a las sumas reconocidas mediante sentencia se les aplique la indexación correspondiente, de conformidad con las normas constitucionales y legales aplicables para estos efectos, a fin de preservar el poder adquisitivo de las mencionadas sumas adeudadas por la demandada,

**QUINTO:** *Que se condene a la demandada a indemnizar al demandante por los perjuicios MATERIALES producidos por las acciones y omisiones de la demandada constituidos en el pago de los honorarios cancelados al abogado apoderado en la presente ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.*

**SEXTO:** Se me reconozca la personería adjetiva de rigor".

## **2. Hechos**

Los hechos en resumen son los siguientes:

El demandante prestó sus servicios en calidad de empleado público para la entidad demandada desde el día 1 de Julio de 2000 hasta el 30 de Agosto de 2001, devengando un salario de \$1.500.000,00 durante la relación laboral.

Indica que la entidad accionada no realizó los trámites legales pertinentes a fin de que el Fondo nacional de ahorro recibiera, mantuviera disponible y llegada la oportunidad entregara al actor el auxilio de cesantías devengado.

Manifiesta que ante la imposibilidad de reobtener la expedición de la resolución de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías definitivo ni el pago directo, ni la solución de asunto de una manera concreta y definitiva, por parte del ente demandado, el actor acudió mediante derecho de petición al Fondo Nacional del Ahorro, el día 12 de Marzo del año 2002 a fin de que este ente le certificara si el demandado ante ellos había realizado los trámites pertinentes para que se le pagara el auxilio de cesantías adeudado.

Refiere que con fecha 12 de Marzo de 2002 envió al ente demandado escrito que contiene entre otras peticiones, la de certificarle si el auxilio de cesantías, fueron consignadas en el Fondo Nacional de Ahorro, en caso positivo, en qué fecha y entregar copia autentica de los reportes mensuales de cesantía enviados y recibido por el FNA.

Manifiesta que esta petición no fue respondida dentro del término legal, por lo cual el actor interpuso acción de tutela por violación del derecho fundamental al derecho de petición, lo cual se concretó el día 14 de Mayo del año 2002, correspondiéndole al Juzgado Cuarto Civil municipal de Cartagena. Dentro del curso de la tutela la entidad accionada envió respuesta al accionante y por lo tanto la tutela fue denegada.

Indica que la respuesta enviada al actor por parte del ente hoy accionado, no resolvió ni los requerimientos de su poderdante ni tampoco del Fondo Nacional del Ahorro, puesto que indica que es el Ministerio de Salud quien gira los dineros, pero no indicó si la ESE realizó los tramites que a ella como empleadora le correspondían. Por lo cual, realizó una nueva petición el 18 de Marzo de 2002, la cual tampoco fue respondida de manera oportuna y como consecuencia de ello, instaura una nueva acción de tutela, la cual fue rechazada.

Finalmente, el ente demandado decidió expedir la resolución número 2.003-08-29 por medio de la cual se reconoció y ordenó pagar al actor prestaciones sociales

pero manifiesta el apoderado del demandante que dicha resolución no dijo nada con relación al auxilio de cesantías, ni en cuanto al reconocimiento y pago de los valores generados con ocasión de la mora en el pago de esta prestación, dejando "en un completo limbo a mi poderdante".

Por lo tanto, refiere que se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en contra de lo resuelto en la resolución 2.003 -08 - 29 y que dichos recursos no fueron resueltos.

Indica que la entidad de salud accionada no expidió oportunamente la resolución de reconocimiento y pago del auxilio de cesantías así como tampoco realizó los trámites ni diligencias correspondientes a fin de que fueran depositados a la cuenta individual del afiliado al Fondo Nacional del ahorro, periódicamente los valores correspondientes al auxilio de cesantías. Impidiendo con ello al actor el cobro por la vía ejecutiva, ordinaria, contenciosa o administrativa de sus prebendas laborales.

Finalmente, aduce que por no haber podido obtener el pago directo del auxilio de cesantías definitivas, por no haber realizado los trámites necesarios para que el FNA pagara al actor las cesantías devengadas durante su vínculo laboral el ente demandado debe restablecerle los derechos violados y como consecuencia de ello reconocer y pagar al demandante, tanto las prestaciones sociales adeudadas y negadas mediante el acto administrativo presunto, como los valores que correspondan por concepto de un día de salario por cada día de mora en el pago del auxilio de cesantías, contados desde el día 29 de Agosto del año 2003, fecha de la expedición de la resolución número 2003-08-29, hasta que le sea pagada la totalidad del auxilio de cesantía, a que tiene derecho el actor de conformidad con el recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por este y que no ha sido resuelto por las entidades accionadas y por lo cual se configura el acto administrativo presunto demandado.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

- Constitución Nacional: Artículos 1,2,6,25,53,54,58,122,125,209
- Decreto 2400 de 1968 artículos 26,40,45,46 y 61
- Decreto 1950 de 1973 artículo 108.
- Decreto 1223 de 1993 artículos 3, 5, 6,12 y 116.
- Decreto 256, 805 y 2645 de 1994.
- Decreto 2311 de 1997 art 3º, que modificó el artículo 4º del Decreto 1223 de 1993.
- Código de Régimen Municipal art. 288 y 289. Ley 72 de 19314. Decreto 1045 de 1938.
- Decreto 2939 de 1944
- Ley 4ª de 1996: artículo 11
- Decreto 2922 de 1966 artículo 1 y 2
- Ley 6ª de 1945 artículo 22. Ley 65 de 1946 artículo 1º, 2º
- Decreto 1160 de 1947 artículo 2º y 6º. Parágrafo
- Decreto 2567 de agosto 31 de 1946.
- Ley 4ª de 1964
- Decreto 2755 de 1966
- Decreto 3118 de 1968
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 2247 de 1974
- Ley 19 de 1976
- Ley 54 de 1977
- Decreto 1045 de 1978
- Ley 20 de 1979. 14 de 1984
- Decreto 01 de 1984
- Ley 446 de 1998

- Ley 23 de 1991 artículo 59 a 65
- Ley 244 de 1995
- Ley 344 de 1996
- Ley 489 de 1998
- Código de Comercio artículo 881
- Código Civil artículos 1653, 1654 y 1655
- Decreto 1582 de agosto 15 de 1998.

En síntesis los conceptos base de la violación son los siguientes:

"De conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la prevalencia del interés general. Siendo entonces Colombia un Estado social de derecho, las actuaciones de los servidores públicos deben estar sujetas a las leyes, lo cual no ha sucedido, ya que la administración Pública de Arjona se encuentra en mora de cancelarle las prestaciones económicas que reclama mi poderdante en esta demanda, debido a la omisión del deber que tienen sus administrados de hacerlo.

Actualmente, por mandato de los artículos 1º y 2 de la Ley 244 de 1995, la cancelación del auxilio de cesantía debe hacerse dentro los 45 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por el interesado. Como en la actualidad el ente demandado no le ha cancelado de manera total el auxilio de cesantías y sus intereses, se ha producido por parte del mismo, una infracción a tales normas, lo que trae como consecuencia, que el actor se le debe pagar un día de salario por cada día de retardo en el pago de su auxilio de cesantía y sus intereses.

(...)

En el caso que nos ocupa los entes demandados no dieron cumplimiento a las disposiciones contenidas en la norma antes referenciada, dando lugar a que al actor le fuera imposible obtener el pago tanto del auxilio de cesantías parciales como las definitivas, lo cual le ha producido enormes perjuicios que han de ser reparados.

## **B. LA CONTESTACION**

La entidad demandada no contestó la demanda.

## **C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó sentencia el treinta y uno (31) de mayo de 2012, concediendo parcialmente las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos administrativos demandados, condenando a la entidad demandada a reliquidar las prestaciones sociales del actor, teniendo en cuenta el último salario devengado por este es decir, (\$1.537.500), en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2000 al 30 de agosto de 2001, pues consideró el aquo que la entidad demandada no tuvo en cuenta el último salario devengado por el trabajador al momento de liquidar sus prestaciones sociales y que no realizó el incremento salarial correspondiente al año 2001, razón por la cual resulta procedente acceder a esta pretensión.

De igual manera, con relación a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no pago oportuno de sus cesantías, la misma fue negada por el a quo por cuanto consideró que como quiera que el demandante en virtud del decreto 010 de julio 1º de 2000 fue trasladado de la planta de personal del Municipio de Soplaviento (Bolívar) a la ESE Centro de salud Con Cama VITALIO SARA CASTILLO de dicho municipio, no le era posible entonces determinar desde cuando venía vinculado con la entidad territorial de la cual fue transferido y que ello era determinante para saber cuál era el régimen de cesantías que le era aplicable al actor, teniendo en cuenta que el régimen de cesantías retroactivo no prevé sanción moratoria y sobre todo que dicha transferencia se hace sin solución de continuidad y respetándose el régimen salarial y prestacional del cual venían siendo beneficiarios.

Aunado a lo anterior, esta pretensión también se negó porque el despacho a quo consideró que a folio 253 del expediente obra copia del oficio aportado por el Fondo Nacional del Ahorro de fecha 22 de octubre de 2003, mediante el cual se anexa el

extracto de la cuenta individual del demandante, y que ello le permite al a quo corroborar que el actor cuenta con un consolidado de sus cesantías consignadas por la ESE a dicho Fondo.

Finalmente también negó el reconocimiento y pago del concepto “Indemnización de vacaciones”, por cuanto indicó que en el concepto de violación planteado en el escrito de demanda no se observó el fundamento normativo para sustentar dicha pretensión, en contravía a lo exigido por el artículo 137 núm. 4º del C.C.A.-

#### **D. LA APELACION**

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque parcialmente la misma, modificando únicamente su ordinal SEGUNDO en el sentido de, que además de que se ordenó la reliquidación de las prestaciones, también se condene a la demandada a pagar al actor el valor de las prestaciones sociales que sean reliquidadas.

Dice entonces que el literal a) de la pretensión 2º de la demanda contiene la petición de condenar al ente demandado a pagar al actor el valor de \$ 7.671.300,00 por concepto de prestaciones sociales y la sentencia en el ordinal SEGUNDO ordenó solo su reliquidación, teniendo en cuenta para ello como base que el salario devengado por el demandante fue de \$1.537.500, 00 pesos, pero el Juez a quo no condenó a pagarlas, lo cual transgrede el principio de la congruencia de las sentencias contenido en el artículo 305 del C.P.C.

#### **V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- El Veintiocho (28) de mayo de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha Veintiocho (28) de Octubre de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Publico.

- Conforme a lo dispuesto en el acuerdo PSAA12-9201 pasó al despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de fallo.

## **VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado en el presente asunto, desistió de emitir concepto.

Cumplidas como se encuentran las diferentes etapas procesales, y no observando la sala causal de nulidad y/o de irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a dictar sentencia de segunda instancia previas las siguientes:

## **VII.- 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.

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.

El Honorable Consejo de Estado ha señalado los límites y competencia del ad quem en el recurso de apelación, así:

*(...).. Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados. Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de*

*apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C. En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad que: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”.*

(...)

### **NO REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación**

*Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el*

*litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la*

*sentencia de primera instancia. Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política. No sobra puntualizar que la no reformatio in pejus –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: i).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; ii).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.).<sup>1</sup>*

Por lo tanto como quiera que el apelante está de acuerdo con la decisión de nulidad tomada por el a quo y con la negativa de las demás pretensiones de la demanda, ese aspecto de la decisión quedará entonces al margen del examen de este recurso de apelación y solamente se limitará la Sala al estudio de la inconformidad del apelante, que se circunscribe únicamente al numeral 2º de la sentencia de primera instancia y

---

<sup>1</sup> 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. 25000-23-26-000-1995-01405-01(18950), Actor SEGUNDO GREGORIO MOSQUERA FORERO Y OTROS, Demandado. NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

concretamente al aspecto de que a su juicio el a quo debió ordenar además de reliquidar las prestaciones sociales, también su pago a favor del actor.

## 2. Problema Jurídico

Teniendo en cuenta lo manifestado por el apelante, y lo decidido por el a quo en ese punto específico, la Sala encuentra entonces que el problema jurídico en el presente caso consiste en determinar si debe o no modificarse el numeral 2º de la parte resolutive del fallo de primera instancia, en el sentido de que además de condenar a la entidad demandada a reliquidar las prestaciones sociales del demandante teniendo en cuenta el último salario devengado por el actor al momento de su desvinculación de la entidad demandada, también se ordene el pago de dichas prestaciones reliquidadas.

## 3. Tesis de la Sala

La Sala de decisión, para que se respete el principio de congruencia de la sentencia, modificará el numeral Segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de que se además de RELIQUIDAR las prestaciones sociales del señor FERNANDO LAVERDE MERCADO, teniendo en cuenta que el último salario devengado por este, es decir, un millón quinientos treinta y siete mil quinientos pesos m/c (\$1.537.500), por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2000 al 30 de agosto de 2001, también deberá una vez que ello sea realizado realizar el pago de dichas sumas reliquidadas.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.-

Dispone el artículo 305 del C.P.C. sobre el principio de congruencias lo siguiente:

**ARTÍCULO 305. CONGRUENCIAS.** <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 10. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627 <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 135 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio.

Y el artículo 170 del C.C.A., que también dispone:

**ARTICULO 170. CONTENIDO DE LA SENTENCIA.** <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> <Subrogado por el artículo 38 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones **con el objeto de resolver todas las peticiones**. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

Pues bien de acuerdo con el principio de congruencia de las sentencias, consagrado en el citado artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 1° numeral 135 del Decreto 2282 de 1989), la decisión del juez debe resultar armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda, por lo tanto el juez debe pronunciarse con fundamento en las pretensiones expresamente planteadas en la demanda y los hechos descritos en la misma, debiendo existir una adecuación o perfecta simetría entre lo pedido y lo resuelto, que resulta afectada cuando el juez concede más allá de lo pedido (ultra petita); o cuando concede puntos no sometidos al litigio (extra petita), o cuando deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso (infra o citra petita).

Pues bien, precisamente, en el caso bajo examen, dicho principio de congruencia resulta afectado al disponer el a quo en el numeral 2º de la parte resolutive únicamente la orden a la entidad demandada para que reliquide las prestaciones sociales del demandante teniendo en cuenta que el último salario devengado por este, es decir, un millón quinientos treinta y siete mil quinientos pesos m/c (\$1.537.500), por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2000 al 30 de agosto de 2001, pero sin ordenarle también a dicha demandada que luego de la reliquidación proceda al pago de estas sumas.

Precisamente era una de las pretensiones del demandante que finalmente fue acogida por el a quo, es decir no solo la reliquidación de las prestaciones sino también el pago de las sumas que finalmente le resulten a su favor.

Por consiguiente la Sala no tiene que hacer mayores esfuerzos argumentativos, para concluir que el recurso de alzada tiene prosperidad por lo cual se dispondrá modificar el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que se condene a la entidad demandada ESE CENTRO DE SALUD CON CAMA VITALIO SARA CASTILLO, a RELIQUIDAR y PAGAR las prestaciones sociales del señor FERNANDO LAVERDE MERCADO, teniendo en cuenta el último salario devengado por este, es decir (\$1.537.500), por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2000 y el 30 de agosto de 2001, confirmando la sentencia en todo lo demás,

#### **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:** MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de fecha treinta y uno (31) de Mayo de dos mil Doce (2012) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, a través de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, el cual quedara así:

**"SEGUNDO: CONDENAR** a la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMA VITALIO SARA CASTILLO, a RELIQUIDAR y PAGAR las prestaciones sociales del señor FERNANDO LAVERDE MERCADO, teniendo en cuenta que el último salario devengado por este, es decir, un millón quinientos treinta y siete mil quinientos pesos m/c (\$1.537.500), por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2000 al 30 de agosto de 2001.

En dicha liquidación se deben reconocer y pagar los incrementos salariales correspondientes al año 2001."

**SEGUNDO:** Confirmar la sentencia en todo lo demás.

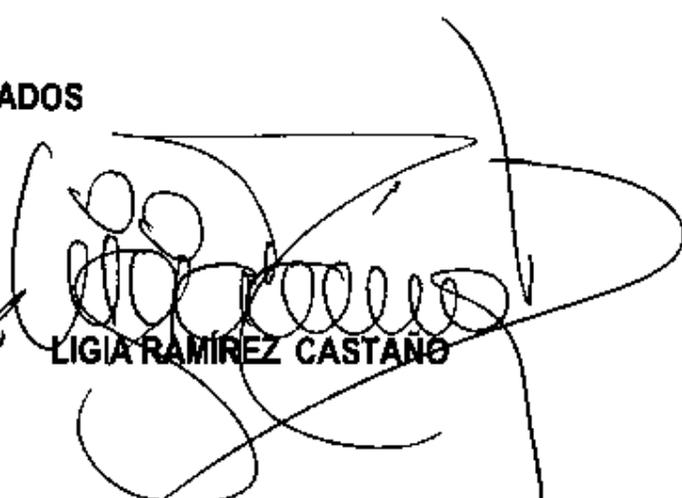
**TERCERO:** En firme esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

### 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 RAMIREZ CASTAÑO

  
JORGE FARIÑO SALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0101  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: CARMEN EDITH CORDERO</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y D-P-S</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-004-2012-00005-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE ENERO DE 2014</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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. **003 / 2014**

Cartagena de Indias, D. T. y C., dieciseis(16) de enero de dos mil catorce (2014)

**TEMA: DESPLAZAMIENTO FORZADO**

**I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

**ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA**

Radicación: No. 13 001 33 31 004 2012 00005 01

**II. PARTES**

**Demandante:** CARMEN EDITH CORDERO

**Demandado:** NACIÓN- MINISTERIO DEL INTERIOR – D.P.S

**III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolivar, 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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la providencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

#### IV. ANTECEDENTES

##### A- HECHOS

*“Los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:  
Manifiesta el apoderado del actor, que su representada es oriunda del Municipio de Tierra Alta, jurisdicción del Departamento de Córdoba, desplazado desde el año 2006, desempeñándose toda su vida como agricultor y por razones de violencia fue forzado a desplazarse a esta ciudad, siendo inscrito en el “Sistema Único de Registro – SUR”, para obtener la ayuda humanitaria prevista en la Ley 387 de 1997 la cual, sin embargo no le ha sido otorgada, por lo que se han vulnerado sus derechos adquiridos por ley.*

*Sostiene el libelista que con ocasión del desplazamiento, el actor tiene derecho a recibir ayuda humanitaria y una indemnización correspondiente a perjuicios materiales, representada en el daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, por un valor de DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$235.916.880.00).”*

##### V- PRETENSIONES

Textualmente son las siguientes:

*“Primera. La demandada, la Nación Colombiana – Ministerio del Interior – Ministerio de Justicia – Acción Social o UAO Unidad Territorial de Bolívar – Agencia Presidencia para acción Social y la Cooperación Internacional son responsables administrativa y demandante a el señor CARMEN EDICTH CORDERO y, a sus menores hijos naturales, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al DESPLAZAMIENTO al demandante donde perdió todos sus bienes materiales.*

*Segunda. Que se CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a La Nación Colombiana – Ministerio del Interior – Ministerio de Justicia – Acción Social o UAO Unidad Territorial de Bolívar – Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional , como reparación del daño ocasionado con la perdida de todos sus bienes, a pagar a los actores, 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 DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS DIECISEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS (\$235.916.880.00) M- Cte, conforme a lo probado y los valores que vienen relacionados en los hechos dentro del proceso, la suma anterior la demandada se obligo a pagar o restituir los daños a mi mandante conforme a la Ley 387/1997 y demás decretos reglamentarios, haciéndose acreedor de las siguientes ayudas humanitarias, así:*

A.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de la pérdida de sus bienes materiales Un Negocio de yuca, arroz, plátano y maíz, animales como gallinas, cerdos, pavos, patos y bestia, le destruyeron una vivienda y todos los enseres, para un promedio en perdida de (\$133.900.000.00) M-cte, le destruyeron una vivienda y todos los enseres, anexo relación de pérdida de bienes.

B.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de asistencia alimentaria y elementos de aseo personal la suma de TREINTA Y UN MILLÓN CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$31.481.280.00) M-CTE, equivalente a los daños materiales.

C.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de utensilios de cocina y elementos de alojamiento la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$257.500.00) M- CTE, equivalente a los daños materiales.

D.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de transporte la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$257.500.00) M- cte.

E.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de la estabilización socioeconómica o proyecto productivo la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00) M-CTE, equivalente a los daños morales.

F.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de subsidio de vivienda, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00) M-CTE, equivalente a los daños de indemnización futura. (...)"

## **VI. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

### **NACIÓN – MINISTERIO DE INTERIOR (FL 151-153)**

A través de apoderada judicial designada para tal efecto, la entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de los demandantes, toda vez que la entidad que represento carece de legitimación procesal y material en la causa por pasiva, puesto que no participó, directa ni indirectamente, en los hechos a que dan lugar a la presente demanda.

En ese sentido la entidad demandada entró a argumentar tanto la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, como la falta de legitimación material en la causa por pasiva.

### **DEPARTAMENTO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (FI 204-236)**

Dentro de la oportunidad procesal la apoderada de la entidad demandada presente contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones aducidas.

Precisa como primera circunstancia la ocurrencia de la transformación de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional en el Departamento Administrativo para la Prosperidad, en ese entendido alega la necesidad de integrar el litisconsorcio necesario entre esta y la Unidad Administrativa Especial para Atención y Reparación Integral a las Víctimas, aduciendo que la ausencia de tal circunstancia comporta una violación al debido proceso.

Sobre los hechos que fundamenta la demandada,, coinciden con que efectivamente la actora fue incluida en el Registro Único de Población Desplazada – RUPD desde el 30 de marzo de 2006, como Jefe de Hogar de su núcleo familiar, con código de declaración nº 440346.

Sustenta además que no es cierto que la actora no se le haya prestado ninguna ayuda, puesto que en la base de datos de estos reposan ayudas humanitarias de emergencias consistentes en apoyo alojamiento por 3 meses, asistencia alimentaria por 3 meses y kit.

Para el efecto muestran un reporte detallado de la fechas de entrega de las ayudas humanitarias a la demandante, en las que se muestran como fechas desde diciembre de 2006.

Como excepciones previas aduce las de falta de integración del litisconsorcio necesario, inepta demanda por falta de los requisitos formales, inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, caducidad de la acción con relación a las reclamaciones económicas de el demandante que sean anteriores en dos años a la

fecha de radicación de la demanda. Como excepciones de fondo, la de falta de legitimación en la causa por pasiva, hecho de un tercero, falta de existencia del perjuicio cierto.

## VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia adiada el 08 de marzo de 2013, negó las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones así:

### FALLA

*“PRIMERO: Declarar no probada las excepciones de caducidad de la acción, ineptitud de la demanda y falta de legitimación procesal, propuestas por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL y por el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: no hay lugar a condena en costas.*

*CUARTO: ejecutoriada esta providencia archívese el expediente*

*(...)”*

En consideración de la Juez *a quo*, en el presente proceso se encontró demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por las dos entidades accionadas, toda vez que quedó establecido en el plenario que conforme a sus funciones, no dieron lugar a la producción del daño consistente en el desplazamiento forzado aducido por la accionante, pues no se encuentra dentro de estas la obligación de brindar seguridad y protección a los ciudadanos y por ende impedir el desplazamiento forzoso de estos debido a los ataques de los grupos armados del

país, y quedó establecido que al Ministerio del Interior le corresponde la formulación de la política pública del sector administrativo del interior, dirigir y promover las políticas tendientes a la prevención de factores que atenten contra el orden público interno y también promover y apoyar la generación de infraestructura para la seguridad, pero no su ejecución.

En cuanto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, señaló la Juez que tampoco se encuentra legitimada por la pasiva conforme a los hechos que se le imputan en la demanda, por las mismas razones anotadas para el Ministerio, en cuanto a su responsabilidad de brindar seguridad al demandante o la omisión de poner en movimiento todos los medios puestos a su disposición para evitar el hecho dañoso, esto es el desplazamiento, ya que su intervención se produce con posterioridad, a fin de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia y apoyar el retorno y la consolidación y estabilización socioeconómica de quien ha sido víctima de la violencia.

#### **VIII. Recurso de Apelación (FI 397-407)**

Contra la anterior decisión se interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la que expresa su inconformidad con el fallo de primera instancia manifestando que no está solicitando, en forma alguna, responsabilidad de las entidades demandadas por el desplazamiento de que fue objeto el actor, sino que la responsabilidad se deriva del actuar omiso de las mismas, con relación a la pérdida de bienes y la entrega de la ayudas humanitarias que el accionante viene reclamando con la demanda.

#### **IX. TRÁMITE PROCESAL**

- La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de fecha 17 de junio de 2013. (Folio 413)

- Mediante auto de fecha 30 de julio de 2013 se dio traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público (Fl 415)
- Finalmente el proceso entra al Despacho 001 de Descongestión para su estudio de fondo.

## **X.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO.**

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante este Tribunal, se abstiene de emitir concepto en esta instancia.

## **XI.- CONSIDERACIONES.**

### **1. Competencia**

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del ocho (08) de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

### **2. Caducidad.**

A pesar de la falta de técnica judicial que acusa la demanda, en cuanto no precisa en forma individualizada las pretensiones del actor como lo dispone el art. 138 del C.C.A., al hacer la interpretación integral de la demanda como lo autorizan los recientes lineamientos fijados en tal sentido por la Corporación de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encuentra la Sala de Decisión que dos son los hechos dañosos invocados por el demandante, a saber, el desplazamiento forzado del que fue víctima en el año 2006, que determinó para él la pérdida de sus bienes materiales y, un segundo hecho, que se concreta en la omisión de las autoridades demandadas en la entrega de las ayudas humanitarias previstas en la Ley 387 de 1997.

En ese orden de ideas, debe la Sala definir si el fenómeno jurídico de la caducidad se ha configurado, o no, en este caso, en relación con los dos hechos dañosos que se han referenciado.

## **De la caducidad de la acción por el desplazamiento forzado.**

En primer lugar, es necesario establecer si el fenómeno de la caducidad de la acción ha tenido ocurrencia frente al hecho mismo del desplazamiento forzado.

Al respecto ha de tenerse en cuenta la orden que viene impartida por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, en cuanto dispone en su parte resolutive:

**VIGÉSIMO CUARTO.- DETERMINAR** que para efectos de la caducidad de futuros proceso judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.

Esta determinación, de obligatorio cumplimiento para los jueces administrativos al estar incluida en la parte resolutive de la sentencia de unificación, respondió al siguiente

### **2. Problema Jurídico**

*El problema jurídico que debe resolver esta Sala, es si en los casos de tutela que se examinan, se presenta vulneración del derecho a la indemnización administrativa y a la reparación integral de los accionantes, por parte de la antigua Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social-, hoy transformada en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, de conformidad con la Constitución Política de 1991, los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas, y el nuevo marco jurídico e institucional creado por la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, especialmente el Decreto 4800 de 2011.*

*Así, la Sala Plena de esta Corporación deberá unificar los distintos criterios jurídicos que han dado lugar a la ejecución de distintas acciones judiciales, a partir de las cuales se han adjudicado diferentes consecuencias jurídicas a los mismos supuestos de hecho en materia de reparación integral e indemnización administrativa a víctimas del desplazamiento forzado. Para ello, la Corte deberá resolver diversos cuestionamientos jurídicos, tanto de tipo procesal como sustancial, asociados a la procedencia de la acción de tutela, su prosperidad en los casos en concreto y el régimen legal aplicable,*

*con el fin de lograr la protección efectiva del derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento forzado, atendiendo el nuevo marco legal y reglamentario en la materia.*

La determinación en comento fue soportada por esa Alta Corporación con los siguientes razonamientos:

*11.2.5 En cuanto a la procedencia de la indemnización en abstracto en el trámite de la acción de tutela, esta Sala reitera su jurisprudencia en relación con el alcance normativo del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, el cual prevé que (a) cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, (b) la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, y (c) si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho; en el fallo de tutela, el juez podrá, de manera oficiosa, ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado y que la liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente mediante trámite incidental.*

*(i) Respecto de este tema, la Corte reitera nuevamente su jurisprudencia, insistiendo en el carácter subsidiario y excepcional de la indemnización en abstracto de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, ya que la acción de tutela no posee un carácter o una finalidad patrimonial o indemnizatoria, sino de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en razón a que su procedencia se encuentra condicionada a que: (i) debe cumplirse el requisito de subsidiariedad, en tanto no exista otro medio judicial para alcanzar la indemnización por los perjuicios causados; (ii) debe existir una violación o amenaza evidente del derecho y una relación directa entre ésta y el accionado; (iii) debe ser una medida necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho; (iv) debe asegurarse el derecho de defensa del accionado; (v) debe cubrirse con la indemnización solo el daño emergente; y (vi) debe precisarse por el juez de tutela el daño o perjuicio, el hecho generador del daño o perjuicio, la razón por la cual la indemnización es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho, el nexo causal entre el hecho y el daño causado, así como los criterios para que se efectúe la liquidación en la jurisdicción contenciosa administrativa o por el juez competente.<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Sentencia T-299 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

*Por consiguiente, esta Sala reafirma que la indemnización en abstracto consagrada por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 procede solo de manera excepcional y siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriormente mencionados. Finalmente, es de resaltar que el derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional, no se agota de manera alguna en el componente económico de compensación a través de medidas indemnizatorias de los perjuicios causados, sino que por el contrario, la reparación es un derecho complejo que contiene distintas formas o mecanismos reparatorios, tales como medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, garantías de no repetición, entre otras.*

*(ii) De conformidad con los criterios expuestos, la Sala, en forma categórica, negará por improcedente la concesión de la indemnización en abstracto, de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en los casos bajo estudio en la presente sentencia de unificación y en relación con el mecanismo de indemnización vía administrativa a víctimas de desplazamiento forzado, exclusivamente, por cuanto (a) no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya que la indemnización que se solicita por parte de los actores es una indemnización administrativa, existiendo en la normatividad actualmente vigente –Ley 1448 de 2011 y decretos reglamentarios-, un mecanismo diseñado para el reconocimiento y otorgamiento de la indemnización administrativa a las víctimas del conflicto interno, la cual se encuentra regulada en los artículos 132 a 134 de la Ley 1448 de 2011, y por los artículos 146 a 162 del Decreto 4800 de 2011; (b) así mismo la indemnización abstracta de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 se refiere al cubrimiento del daño emergente, mientras que la indemnización administrativa, por su naturaleza y carácter administrativo y masivo, es una indemnización que debe ser fijada por el Gobierno Nacional con base en criterios de equidad; y (c) no existen los elementos de juicio necesarios dentro de los expedientes de tutela bajo revisión, para fijar los parámetros o criterios con base en los cuales el juez contencioso administrativo deba realizar la liquidación de perjuicios. Bajo esta misma consideración, la Corte revocará los fallos dentro de los cuales se concedió la condena en abstracto, de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en relación con el mecanismo de indemnización vía administrativa a víctimas de desplazamiento forzado, pues los jueces soslayan dentro de tales pronunciamientos las ostensibles diferencias entre la **indemnización por vía administrativa y la***

*reparación por vía judicial, dando aplicación generalizada a los lineamientos traídos sobre el particular por la sentencia de tutela T-085 de 2009, cuando en ella se tienen en cuenta presupuestos específicos para conceder la condena en abstracto, “(...) (i) comprobada la violación manifiesta del derecho fundamental de los accionantes, (ii) al no disponer los afectados de otro medio judicial ordinario y (iii) al ser imperativo asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado”, que como allí también se señala es de carácter excepcional.*

*Ahora bien, teniendo en cuenta que por primera vez la Corte Constitucional, a través de una sentencia de unificación de su jurisprudencia, fija el sentido y alcance del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena precisa que los términos de caducidad para población desplazada, en cuanto hace referencia a futuros procesos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sólo pueden computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse, como antes se explicó, de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto por la sentencia C-099 de 2013, que declaró exequibles los incisos 2 y 3 del artículo 132 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido que en el caso de los daños causados por crímenes de lesa humanidad, como el desplazamiento forzado, que sean atribuibles a agentes del Estado, no podrá entenderse que la indemnización administrativa se produce en el marco de un contrato de transacción, pudiendo descontarse de la reparación que se reconozca por vía judicial a cargo del Estado, los valores pagados por concepto de reparación administrativa.*

*En punto a este tema, la Sala debe insistir en que la indemnización por vía administrativa no es una medida ni exclusiva, ni suficiente, para asegurar el goce efectivo del derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento, sino que constituye tan solo uno de los mecanismos dirigidos a lograr tal fin. De esta forma, la indemnización por vía administrativa de que tratan los artículos 132 a 134 de la Ley 1448 de 2011, y los artículos 146 a 162 del Decreto 4800 de 2011, constituye tan solo un componente de la reparación integral para las víctimas de desplazamiento, cuyo otorgamiento se protegerá en todo caso mediante esta decisión, sin menoscabo, ni exclusión, de otras medidas de reparación integral contenidas en la Ley 1448 de 2011.*

Como se ve, lo dicho por la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Constitucional tiene el carácter de *ratio decidendi*, al responder a uno de los problemas jurídicos que desatan en la sentencia de unificación 254/13; pero, debe tenerse presente que los efectos *inter comunis* de esta sentencia sólo tendrán cabida en los casos que la misma sentencia prevé, así:

*De conformidad con lo anterior, la Sala aclara que para los casos análogos y similares a los aquí fallados se aplicarán los efectos inter comunis que se explicarán en detalle más adelante y que para otros casos diferentes a los que aquí se fallan que no queden cobijados por los efectos jurídicos aludidos, cuya reparación deba ser definida de conformidad con el régimen de transición o con el nuevo régimen establecido por la Ley 1448 de 2011 y su decreto reglamentario 4800 del mismo año, en atención a que esas víctimas no hayan interpuesto todavía solicitudes de reparación o acciones de tutela, será la Unidad Administrativa Especial para Atención y Reparación Integral a Víctimas, o los jueces excepcionalmente, los llamados a determinar el monto de la indemnización administrativa, teniendo en cuenta el grado de vulnerabilidad y debilidad de cada uno de ellos, monto que deberá ser fijado hasta por 27 salarios mínimos mensuales legales vigentes si es del régimen de transición o hasta 17 salarios mínimos si del nuevo régimen establecido por la Ley 1448 de 2011.*

Finalmente, para lograr la comprensión de la orden impartida por la corte Constitucional, es necesario acudir a la sentencia T-299/09, a la que se refiere esa alta Corporación en la sentencia de unificación que se cita, en torno al derecho de la población desplazada a ser beneficiaria de una reparación integral, donde se lee:

### **3.5. Los derechos de los desplazados y el derecho a la verdad la justicia y la reparación.**

**3.5.1.** *La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia tiene, conforme lo señaló la Corte en la Sentencia la Corte en la Sentencia T-025 de 2004 <sup>[113]</sup>,: i) derecho a ser incluido en el Registro Único de Población Desplazada bien individualmente o con su núcleo familiar, ii) derecho a que se reconozca su condición de sujeto de especial protección, iii) derecho a recibir ayuda humanitaria que comprende, como mínimo, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y*

*vivienda básicos, c) vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales, iv) derecho a que se les proporcione una certificación o documento que los acredite como inscritos en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud, v) derecho al retorno a su lugar de origen en condiciones de seguridad, sin que se les pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional, vi) derecho a que se establezcan, con su participación, las circunstancias de su situación personal y familiar para determinar, cómo pueden trabajar con miras a generar ingresos que le permita vivir en forma digna y autónoma, vii) derecho de los menores de 15 años, a acceder a un cupo en un establecimiento educativo, y, viii) derecho a la verdad la justicia y la reparación como víctimas de un delito.*

**3.5.2.** *El derecho a la verdad exige que dentro del proceso penal se establezcan claramente las circunstancias del desplazamiento y de los otros delitos de que hubiese sido víctima el desplazado, autores y partícipes, al igual que la posibilidad de que la víctima participe dentro del proceso. El derecho a la justicia incluye la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la eficiente actividad estatal para evitar que los hechos queden en la impunidad. El derecho a la reparación conlleva, una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente.*

**3.5.3.** *Los demandantes tendrían por tanto el derecho a que se establezcan las condiciones que generaron su desplazamiento y los autores y de haber sido víctimas no solo de ese delito sino de otros, y en esos casos también tendrían derecho a que se revele la verdad, se castiguen los autores, y a obtener una reparación judicial o administrativa.*

Así entonces, aún cuando se dirá que la caducidad de la acción en este caso no será tomada en cuenta como presupuesto procesal, estima la Sala Especial de Descongestión que es necesario precisar que tal determinación se acoge, no solo por tratarse de una determinación adoptada por la Corte Constitucional con miras a efectivizar la protección reforzada de la que ya se ha revestido a la población desplazada, sino también porque ello responde a los criterios de integralidad normativa contenidos en los arts. 93 y 94 de la

Carta Superior<sup>2</sup>, que remiten a los tratados y convenios internacionales que conforman el llamado Bloque de Constitucionalidad, así como a los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas y la protección especial que también cabe respecto de los derechos y garantías que, aún cuando no se encuentren enlistados en la Carta superior o en los convenios internacionales, son inherentes a la persona humana.

### **De la caducidad de la acción por la no entrega de ayudas humanitarias.**

Sea lo primero decir que, como se vio en el acápite anterior, la regla de caducidad de la acción, en materia de reparación directa, no se agota en su contenido literal, sino que queda abierta para su integración normativa de acuerdo con las reglas de los arts. 93 y 94 Superior, cuando se tienen en cuenta los especiales eventos y las precisas circunstancias en que ocurrieron los hechos determinantes del daño.

En punto a la caducidad de la acción por la no entrega de las ayudas humanitarias en forma oportuna a la población desplazada, esta Sala Especial de Descongestión analizará la ocurrencia de dicho fenómeno no desde el punto de vista de la omisión en la que incurrió el Estado, porque en ese evento la caducidad de la acción se iniciaría a partir del momento en que la entidad demandada incurrió en omisión, entendida dicha omisión como conducta única e instantánea, sino que se dirá que dicho fenómeno encuentra como extremo temporal inicial el momento a partir del cual se inició la distribución de las mencionadas ayudas, analizado ello desde la óptica del retardo o inactividad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

---

<sup>2</sup> ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

En efecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha construido una línea jurisprudencial en torno a la omisión en la actividad estatal como hecho configurativo del daño que da lugar a reclamar la responsabilidad del Estado a la luz de las previsiones contenidas en el art. 90 de la Carta Superior, de manera que el cómputo del término de caducidad de la acción según las reglas del numeral 8º del art. 136 del C.C.A., debe iniciar a partir del día siguiente a aquel en que *ha tenido lugar dicha omisión*, y fenece de manera perentoria en el último día de los dos (2) años siguientes atendiendo el carácter objetivo e improrrogable del término de caducidad de la acción, como se lee en la siguiente nota de relatoría:

*Al respecto, la Sala tiene por establecido que el término de caducidad en este tipo de acciones se cuenta, generalmente, a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que sea la causa del perjuicio. Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho en el término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Dicho lapso está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.<sup>3</sup>*

No obstante, dicha posición se ha ido morigerando para reconocer la existencia de circunstancias que, siendo dañosas, no pueden ser confundidas con el daño antijurídico propiamente dicho, como resultan serlo las consecuencias del daño cuando estas se prolongan o se extienden en el tiempo, porque en tales casos, ha dicho el Consejo de Estado, la caducidad corre de manera autónoma e independiente a partir de la ocurrencia del daño, y no de la extensión en el tiempo de sus efectos nocivos, como se lee en el siguiente aparte:

*Las reflexiones que han llevado a esta Corporación a reconocer la posibilidad de acudir a la solución que se deja vista, nacen de la aplicación de los principios de equidad y de justicia, bajo una visión de la lógica de lo razonable y habida consideración de la circunstancia de desconocimiento por parte del afectado de la existencia del daño, desconocimiento, se reitera, no nacido del desinterés o descuido*

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099)

*de éste, sino de las particularidades específicas en que surgió. En el marco de ese mismo universo, ha reconocido la jurisprudencia que ocurren eventos en los cuales los daños pueden provenir de un acontecimiento de agotamiento instantáneo, pero que también puedan –ocasionalmente- provenir de un hecho que se va produciendo de manera paulatina o progresiva y que esas distintas circunstancias se proyectan, también, en el ámbito de la contabilización del término de caducidad de la acción. En el primer caso no cabe duda en cuanto a que el término para interponer la demanda resarcitoria ha de empezar a contabilizarse a partir del día siguiente a aquel en que se produjo el acontecimiento dañoso (y esta constituye la regla general), pero también puede ocurrir que los efectos del daño se agraven con el tiempo, o que fenómenos sucesivos y homogéneos puedan producir daños continuos. En eventos como estos últimos, se ha señalado por la jurisprudencia, que ha de tenerse cuidado de no confundir la producción de daños sucesivos con el agravamiento de los efectos de un mismo daño, pues en este último evento el término para ejercitar la acción debe empezar a contarse desde el acaecimiento del hecho que le dio origen, y no así cuando los daños se producen de manera paulatina como efecto de sucesivos hechos u omisiones, o causas dañosas diversas, en cuyo caso el término para reclamar la indemnización de perjuicios corre de manera independiente para cada uno de los daños derivados de esos sucesivos eventos.<sup>4</sup>*

Conforme con las anteriores decisiones judiciales, forzoso resultaría concluir que en el caso que ahora se estudia se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, como quiera que el Estado incurrió en omisión frente al demandante, cuando no le hizo entrega de las ayudas humanitarias en el momento en que anunció haber sido desplazado de manera forzada de su lugar de habitación.

Sin embargo, en este caso encuentra la Sala que no se trata de una *omisión del Estado* sino de una prolongada *inactividad estatal*, un *retardo institucional* frente a las necesidades de la población desplazada al interior del territorio colombiano, lo que fue resaltado por la Corte Constitucional al declarar el *estado de cosas inconstitucional* a través de la sentencia

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109)

T-025/04<sup>5</sup>; inactividad o retardo que eventualmente se configura como causante del daño antijurídico del que derivaría la responsabilidad estatal y cuya cesación determina el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción, pues es en ese momento cuando cesa la causación del daño.

Atendiendo tales parámetros, debe entonces afirmarse que el daño que se le enrostra a la Administración cesa en su causación, precisamente cuando el Estado entra en acción para dar cumplimiento a la obligación que le viene impuesta por mandato legal, y es a partir de ese momento cuando inicia el cómputo del término de caducidad de la acción.

### 3. Problema Jurídico

De la lectura de la demanda, de la sentencia de primera instancia y del recurso de apelación, esta Sala debe determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) son responsables a título de falla del servicio por los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento forzado del actor, hecho en el que perdió todos sus bienes materiales, así como la falla del servicio o de la administración en la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, ordenadas por la ley con destino a la población desplazada.

---

<sup>5</sup> ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

Como problemas jurídicos asociados habrá de estudiarse i) si como requisito de prosperidad de las pretensiones referidas al daño causado por el desplazamiento forzado, se debe establecer cuál fue el hecho violento que lo determinó, para a partir de allí establecer la responsabilidad estatal; ii) cómo se demuestra la condición de persona desplazada; iii) qué perjuicios deben repararse por el Estado por la ocurrencia del desplazamiento forzoso; iv) qué perjuicios deben repararse con ocasión de la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.

#### **4. Tesis De Sala**

Teniendo como punto de partida la sentencia SU-254/13 proferida por la Corte Constitucional, reforzada con los lineamientos jurisprudenciales que vienen dados por el Consejo de Estado en materia de reparación del daño antijurídico causado a la población desplazada, la Sala estudiará las pretensiones del actor, de acuerdo con los siguientes parámetros:

1. La inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es prueba de la condición de persona desplazada, a menos que se demuestre en juicio lo contrario.
2. La responsabilidad del Estado ante el daño causado por el desplazamiento forzado, debe analizarse frente al hecho particular de violencia que lo determinó.
3. El daño moral se presume en los eventos en que ha tenido ocurrencia el desplazamiento forzoso.
4. El daño material reclamado por la ocurrencia del desplazamiento forzado, debe ser plenamente demostrado por el demandante en el marco del proceso judicial en el que se debate la responsabilidad estatal.
5. La inactividad o retardo del Estado en la entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, se configura como un daño antijurídico que agrava las condiciones de vulnerabilidad de ese grupo poblacional, aún cuando dicha

obligación no tenga un componente de carga legal, sino que se soporta en el principio de solidaridad.

6. La no entrega oportuna de ayudas dirigidas a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, no se configura como un daño antijurídico al soportarse en el principio de solidaridad y no ser el Estado el único titular de dicha obligación.

## 5. Marco Jurídico.

### La responsabilidad extracontractual del Estado

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

En efecto, los estatutos citados disponen:

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

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

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos<sup>6</sup>:

1. **El Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.

---

<sup>6</sup> Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.

2. **El Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. **El Nexos Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

### **DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA OCURRENCIA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO Y EN LA ENTREGA DE AYUDAS HUMANITARIAS.**

La Sala tomará como referente constitucional y jurisprudencial la Sentencia SU-254/13 de la Corte Constitucional, en la medida en que la misma se ocupa de analizar lo referente al daño causado a la población sometida a desplazamiento forzoso, la categorización de la conducta delictiva que dio ocurrencia al desplazamiento como un delito de lesa humanidad, los alcances de la reparación judicial y la indemnización administrativa a que tiene derecho la población desplazada, teniendo como punto de partida la Ley 398 de 1997 hasta llegar a la Ley 1448 de 2011, valorando en extenso las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado, y fijó, además, los efectos *inter communis* que dicha decisión abarca.

### **DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO**

Acerca de la configuración y magnitud de este fenómeno social, dice la Corte Constitucional en la sentencia que se cita:

***5. Los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado a la verdad, a la justicia y a la reparación, protegidos en sede de tutela, especialmente en el marco de la Sentencia T-025 y sus autos de seguimiento<sup>7</sup>***

***5.1 La Corte ha considerado que el daño que ocasiona el desplazamiento forzado, es un hecho notorio, y ha reconocido tanto la dimensión moral como la dimensión material del daño que causa el desplazamiento. Igualmente, ha afirmado que este daño se refiere a una vulneración masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las personas víctimas del delito de desplazamiento, lo cual les***

<sup>7</sup> Los siguientes son extractos tomados de la sentencia C-715 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*ocasiona la pérdida de derechos fundamentales y de bienes jurídicos y materiales, lo que a su vez los convierte en una población en extrema situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, y por tanto los sitúa en una condición de desigualdad que da lugar a discriminación.<sup>8</sup>*

*Es a partir de la definición del daño que el desplazamiento forzado produce en las víctimas de este delito, que se puede fundamentar adecuadamente el derecho a la reparación integral de que gozan las personas obligadas a desplazarse, en cuanto ello permite evidenciar la dimensión dramática y desproporcionada del daño causado por el desplazamiento, en razón a que con este delito se afecta la totalidad de los derechos fundamentales y un universo de bienes jurídicos y materiales de esta población, lo cual permite igualmente determinar qué y cómo debe repararse, y cuáles son las obligaciones específicas del Estado en materia de reparación.*

*De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha encontrado que el concepto de daño es un concepto complejo y ambigüo, con múltiples dimensiones normativas, que hace parte del debate respecto de la teoría de la responsabilidad por daños. Existen elementos comunes en las teorías clásicas sobre el daño, que se aplican tanto en el derecho civil como en el administrativo, en donde se define el daño como (i) una afectación, destrucción, deterioro, restricción, disminución o acción lesiva (ii) respecto de los derechos subjetivos, intereses jurídicos o bienes patrimoniales o morales de las víctimas, (iii) como consecuencia de una acción antijurídica que no estaban obligadas a soportar, (iv) que puede ser ocasionada por acción u omisión, (v) por distintos actores –como el Estado, particulares u organizaciones de cualquier tipo, (vi) y en diferentes grados, intensidades y niveles de afectación.<sup>9</sup>*

<sup>8</sup> Ver sentencias SU-1150 de 2000, T-098 de 2002, T-419 de 2003, T-602 de 2003, T-025 de 2004 y T-821 de 2007. Sobre el daño que causa el desplazamiento forzado a efectos de la reparación, ver Saldarriaga Restrepo Esteban, El desplazamiento forzado como paria. La Garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia, en: Rodríguez Garavito Cesar (Coord.), Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, Cijus, 2010.

<sup>9</sup> En relación con las teorías del daño ver Joel Feinberg, Joel, Harm to others. The Moral Limits of the Criminal Law. Volume I. New Cork: Oxfor University Press, 1987, págs. 31, 214; Mazeaud, Henri y Tunc, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Europa-America, 1961, pág. 293, 301-326, 385-422; Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de la responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Legis, 2007, pág. 335-469; y Saldarriaga Restrepo, Esteban, El desplazado como paria. La Justicia y la Reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia, 2010, pág. 328-329; entre otros.

*Así, la jurisprudencia constitucional en sede de tutela se ha pronunciado reiteradamente sobre el daño que produce el desplazamiento forzado en las víctimas de este delito, sobre la condición de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta que este delito produce en sus víctimas, y a la necesaria garantía de los derechos de estas víctimas, en especial, en lo que concierne a su reparación integral.*

*En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el drama humanitario que causa el desplazamiento forzado como un hecho notorio, así como la dimensión desproporcionada del daño antijurídico que causa este grave delito, el cual ha calificado como (i) una vulneración múltiple, masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento; (iii) una pérdida o afectación grave de todos los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos y materiales de esta población, que produce desarraigo, pérdida de la pertenencia, de la autonomía personal, y por tanto dependencia, marginalidad, exclusión social y discriminación de esta población; y (iv) por consiguiente como una situación de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta, de inusual y gravísima desprotección e indefensión de las víctimas de este delito.*

*Teniendo en cuenta las dimensiones del daño causado por el desplazamiento forzado y el carácter sistemático, continuo y masivo de este delito, la Corte ha (i) declarado el estado de cosas inconstitucional en relación con la vulneración masiva, continua, sistemática del desplazamiento forzado; (ii) la obligación y responsabilidad del Estado en materia de prevención y de atención integral desde la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización socioeconómica y la reparación integral a las víctimas; (ii) ha evidenciado las carencias y falencias por parte de la respuesta estatal e institucional en relación con la prevención y atención integral del desplazamiento y ha adoptado medidas que fijan parámetros constitucionales mínimos para la superación de dichas falencias y del estado de cosas inconstitucional, para el logro del goce efectivo de los derechos de esta población; y (iii) ha insistido en que el proceso de restablecimiento y de reparación integral a las víctimas de desplazamiento forzado es una cuestión de justicia restaurativa y distributiva y no puede tener un carácter asistencialista. (subrayas ajenas al texto original).*

En cuanto se refiere al título con base en el cual se hace la imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, por la ocurrencia del fenómeno del desplazamiento forzado en el territorio nacional, en la misma sentencia, con cita de múltiples decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, se lee:

### **7. Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de reparación a víctimas de desplazamiento forzado**

*Para el presente estudio, es importante hacer mención de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de reparación a las víctimas de desplazamiento forzado, por la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante acciones de grupo y acciones de reparación directa, así como a los múltiples pronunciamientos de esa alta Corporación en decisiones de tutela. En cuanto a los pronunciamientos del Consejo de Estado, es importante resaltar los siguientes temas abordados: (i) la condición de desplazado, (ii) la obligación del Estado de atender y reparar a la víctima de desplazamiento forzado, (iii) la responsabilidad estatal por acción o por omisión, (iv) los daños materiales y morales, y (v) la indemnización.*

#### **7.1 Condición de desplazado**

*La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la condición de desplazado es una circunstancia anómala, ajena a la voluntad de la persona, que crea una situación fáctica de calamidad, donde el individuo se ve despojado de sus propiedades, tenencia, arraigo, etc., y que por tanto el juez debe hacer prevalecer el derecho sustancial con el fin de asegurar la eficacia inmediata de los derechos fundamentales de las personas víctimas de desplazamiento y en esos casos resulta procedente conceder el amparo de tutela en aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad-art. 4 CN- para proteger los derechos de las personas marginadas por circunstancias ajenas a su voluntad.<sup>10</sup>*

*Para el Consejo de Estado, al margen de los procedimientos establecidos por la ley - artículo 32 de la ley 387 de 1997 – para acceder derecho a los beneficios que en la misma ley se señalan para las personas en condición de desplazamiento, la condición de desplazado es un hecho que se refiere a la migración interna forzada, y por tanto constituye una situación fáctica y no una calidad jurídica.*

*A este respecto, ha dicho el Consejo de Estado que: “ ... al margen de esos beneficios, la condición de desplazado la tiene quien se ve obligado a migrar internamente en las circunstancias y por los motivos señalados en la ley, porque, se reitera, ser*

<sup>10</sup> Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2.001). Reiterado en Sentencia 0032-01AC de 2003, y sentencia0268-01 de 2003 S3 del 03/05/08. Mediante estas decisiones el Consejo protegió el derecho a la vida, vivienda y trabajo.

**desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica**".<sup>11</sup>(Resalta la Sala). Para esa alta Corporación es claro que ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica que se adquiere con la inscripción en una lista oficial o por el hecho de recibir atención humanitaria estatal<sup>12</sup>.

En este orden de ideas, ha reafirmado igualmente el carácter de población en extremo estado de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, y por tanto, la obligación de trato preferencial y de acciones afirmativas que se deriva del Estado Social de Derecho. A este respecto ha sostenido que se justifica el **"trato preferencial que se debe otorgar a la población desplazada como causa del conflicto interno, situación anómala y excepcional que permite al juez interpretando la cláusula social de nuestro Estado Social de Derecho, proteger su situación de indefensión a la que se ve sometido por motivos ajenos a su querer."**<sup>13</sup> (Énfasis de la Sala)

Así mismo, el Consejo de Estado ha sostenido la aplicación de las normas de derecho internacional sobre la prohibición del desplazamiento forzado y su atención y protección, al constituir tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que hacen parte integrante del bloque de constitucionalidad, según reza el artículo 93 de la Carta de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tales como: el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por la ley 171 de 1994. Así mismo, ha reconocido que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la Organización de Naciones Unidas y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, se refieren al deber del Estado de atender con prontitud, proteger y prestar apoyo para suplir las necesidades de este grupo de personas. De esta manera, ha reconocido el carácter prevalente del Derecho Internacional Humanitario, de los tratados e instrumentos internacionales, así como la importancia de la jurisprudencia internacional, para la protección en el orden interno de los derechos fundamentales de la población desplazada.<sup>14</sup>

## **7.2 Víctima del desplazamiento como víctima de un delito**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido expresa y claramente que toda víctima de este flagelo es sujeto pasivo del delito de desplazamiento forzado y que, por tanto, le corresponde la garantía de los derechos de las víctimas de delitos, esto es, los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación.

A este respecto ha expresado el Consejo que: **"Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento y, por lo tanto, tiene derecho a conocer**

<sup>11</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).

<sup>12</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).Caso del desplazamiento de la Gabarra.

<sup>13</sup> Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2.001).

<sup>14</sup> Ver Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3, Acción de Grupo iniciada por el desplazamiento del corregimiento de La Gabarra; y sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo iniciada por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

**la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueron causados.”<sup>15</sup> (Resalta la Sala)**

### **7.3 Origen común del daño, acción de grupo y reparación directa**

*En cuanto al origen de la reparación de perjuicios dentro de la acción de grupo, ha aclarado el Consejo de Estado que ésta puede tener origen en la vulneración de derechos de cualquier naturaleza y no necesariamente de derechos colectivos. A este respecto, ha sostenido que la acción de grupo, cuando se entabla para obtener la indemnización por causa del desplazamiento forzado, se encuentra orientada “a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia del desplazamiento a que fueron forzados por hechos imputables a la entidad demandada”.<sup>16</sup> Así mismo, ha afirmado que en el caso del desplazamiento forzado y por tratarse de una acción indemnizatoria, la acción de grupo en estos eventos tiene una clara semejanza con la acción de reparación directa, en razón a que ambas se tramitan a través de procesos dirigidos a demostrar la responsabilidad a partir de los elementos estructuradores de la misma, tales como: la calidad que se predica de los miembros del grupo afectado y en cuya condición reclaman indemnización, la existencia del daño, su antijuridicidad, su proveniencia de una causa común y, por último, su imputabilidad al demandado.<sup>17</sup>*

*En cuanto a las diferencias entre la acción de grupo y la reparación directa para la reivindicación de los perjuicios, ha establecido el Consejo que con la primera se consigue economía procesal para el efectivo restablecimiento del derecho y evitar así la vulneración del derecho a la igualdad. Sobre este tema expuso ese Alto Tribunal:*

*“La acción de grupo se diferencia de la acción de reparación directa por los objetivos que con aquélla se persiguen, como son los de economía procesal al resolverse a través de un mismo proceso un cúmulo grande de pretensiones, cuya reclamación individual sería inviable cuando se trata de pequeñas sumas; gracias a esta acción existen mayores posibilidades de obtener, al menos en parte, el restablecimiento del derecho, “pues los bienes del demandado no se verán afectados por los demandantes que primero iniciaron la acción sino que se destinarán a cubrir la indemnización del grupo, a prorrata de sus daños y hasta donde su cuantía alcance”, evitando así fallos contradictorios y por contera, la realización del derecho a la igualdad, porque de esta manera es posible “garantizar el resarcimiento de aquellos*

<sup>15</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú. Esto fue reiterado en la Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

<sup>16</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>17</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

*perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica; con la acción de grupo se pretende además, modificar la conducta de los actores económicos y brindar mayores facilidades para el demandado pues debe atender un único proceso y no una multitud significativa de éstos.”<sup>18</sup>*

#### **7.4 La responsabilidad del Estado por acción o por omisión ante hechos de desplazamiento forzado y su obligación de atender y de reparar a las víctimas, una vez ocurrido el desplazamiento forzado**

*En relación con el tema de la responsabilidad del Estado frente a los hechos que originan el desplazamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que al Estado le corresponde una doble responsabilidad: de un lado, le compete prevenir que los hechos del desplazamiento se produzcan, en cuanto es el encargado de velar por los derechos fundamentales de los asociados, pero que una vez ocurrido el desplazamiento, al Estado le corresponde la responsabilidad de atender y reparar a la víctima del desplazamiento, con el fin de que puedan reconstruir sus vidas. En punto a este tema, el Consejo afirmó:*

***“Al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, en razón a que las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados, pero si éste no es capaz de impedir que sus asociados sean expulsados de sus lugares de origen, tiene al menos que garantizarles la atención necesaria para reconstruir sus vidas.”<sup>19</sup>(Resalta la Corte)***

*En cuanto a la función de prevenir el desplazamiento, el Consejo de Estado ha sostenido que de conformidad con la Constitución, las autoridades públicas están estatuidas para defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares y, que el omitir dichas funciones, genera no sólo una responsabilidad individual para el funcionario, sino una responsabilidad institucional que deslegitima al Estado. Sobre este tema expuso:*

***“De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación.”<sup>20</sup> (Énfasis de la Sala)***

<sup>18</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).

<sup>19</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>20</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

*En otra oportunidad reiteró ese Alto Tribunal que “[d]e acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.<sup>21</sup>*

*En cuanto a la acreditación de la responsabilidad del Estado por omisión, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos: “[...] a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño.”<sup>22</sup> (Resalta la Sala)*

*En este mismo sentido, reiteró el Consejo de Estado en otra oportunidad: “En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que **en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, para que pueda considerarse que el Estado es responsable por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad.**”<sup>23</sup> (Negrillas de la Corte)*

*Así mismo, el Consejo de Estado ha sostenido que al Estado le es imputable responsabilidad bien sea por acción o por omisión, bajo los títulos de falla del servicio o de riesgo excepcional. En el primero de los casos, la responsabilidad por falla del servicio se produce por la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia a su cargo, lo que configura la omisión y el consecuente deber de reparar. En cuanto al riesgo*

<sup>21</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

<sup>22</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

<sup>23</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

*excepcional, ha sostenido que esta figura jurídica se presenta entre otros eventos, cuando el Estado en desarrollo de su accionar expone a ciertos particulares a un hecho dañoso causado por un tercero y rompe con ello el principio de igualdad frente a las cargas públicas.<sup>24</sup>*

*A este respecto, el Consejo de Estado expresó: “[e]n materia de la responsabilidad del Estado [...] se parte del supuesto de que la conducta dañosa la despliega un tercero ajeno a la estructura pública, y que jurídicamente tal conducta le es imputable al Estado, entre otros, por acción o por omisión, bajo los títulos de falla del servicio o de riesgo excepcional, según el caso. **En el primero de esos títulos jurídicos, falla en el servicio, el daño se produce por la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia a su cargo, al no utilizar todos los medios que tiene a su alcance para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso, cuando ha tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del acontecimiento, previsibilidad que se constituye en el aspecto más importante dentro de este título de imputación, pues no es la previsión de todos los posibles hechos, los que configuran la omisión y el consecuente deber de reparar, sino las situaciones individuales de cada caso que no dejen margen para la duda y que sobrepasen la situación de violencia ordinaria. Y en cuanto al segundo título jurídico, riesgo excepcional, se presenta cuando, entre otros, el Estado expone a ciertos particulares a un hecho dañoso por virtud de que sus instrumentos de acción, que son para proteger a la comunidad, son blanco delictual, rompiendo el principio de igualdad frente a las cargas públicas y sin consideración a que el daño es causado por un tercero.**”<sup>25</sup> (Énfasis de la Sala)*

*En cuanto a la responsabilidad por omisión o falla en el servicio por falta de protección, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, ésta se produce cuando el Estado ha tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del hecho dañoso, en cuyo caso se requiere que exista un requerimiento previo a la autoridad correspondiente, requerimiento que sin embargo, no exige ninguna formalidad, ya que todo depende de las circunstancias particulares de cada caso, y aún más, en algunos casos ni siquiera es necesaria, como cuando la situación de amenaza es conocida por la autoridad.<sup>26</sup> Así mismo, la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha encontrado que la responsabilidad del Estado por omisión se evidencia por la clara inactividad de éste a pesar de que cuenta con la capacidad para prevenir y combatir el accionar de los grupos delictuales pudiendo desplegar las acciones correspondientes para evitar el desplazamiento.<sup>27</sup>*

<sup>24</sup> Ver Sentencia 01472 - 01 de 2006, S3.

<sup>25</sup> Ver Sentencia 01472 - 01 de 2006, S3.

<sup>26</sup> Así, en el caso de la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, el Consejo de Estado concluyó que “ de las pruebas que obran en el expediente, que la incursión paramilitar en La Gabarra no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policiva de la región, que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho. E igualmente puede considerarse en consideración al número de integrantes de la organización criminal que se desplazaron hasta el lugar y los medios a través de los cuales hicieron ese desplazamiento, el hecho pudo ser resistible, con los efectivos militares que se encontraban en la región y con los que al mismo hubieran podido llegar si la voluntad estatal hubiera estado encaminada a confrontar eficazmente esa incursión ” Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3

<sup>27</sup> En la Acción de Grupo adelantada por el caso del desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo en la zona del Catatumbo, el Consejo de Estado encontró que “ la respuesta del Estado frente a ese ataque contra la población civil fue omisiva. Si bien está demostrado que se impartieron órdenes, instrucciones y se organizaron operaciones militares, lo cierto es que no se demostró que esas actuaciones hubieran

A este respecto ha dicho el Consejo: **“Las autoridades públicas tenían la posibilidad de interrumpir el proceso causal, porque tuvieron conocimiento previo de que el hecho se iba a producir.”**<sup>28</sup>

En este sentido, el Consejo de Estado ha reiterado la responsabilidad que le compete al Estado y el consecuente deber de realizar todas las acciones tendientes a impedir que se vulnerara los derechos de la población civil obligada a desplazarse, una vez se ha verificado que los hechos que han dado lugar al desplazamiento forzado individual o colectivo y a los daños derivados de éste, a raíz de incursiones paramilitares, de comisiones de masacres selectivas y de amenazas de nuevas masacres, habían podido evitarse, en cuanto se ha constatado que las autoridades tenían la posibilidad de intervenir en el desarrollo causal de los hechos, cuando se trataba de un hecho resistible, dada las alertas previas que se habían emitido respecto de la inminencia del hecho.<sup>29</sup>

De otra parte, si bien es cierto que la jurisprudencia del Consejo ha establecido la relatividad de las obligaciones del Estado, reconociendo las limitaciones de sus obligaciones cuando se encuentra imposibilitado para evitar el daño a la vida y bienes de los ciudadanos, con fundamento en el principio según el cual “nadie está obligado a lo imposible”, también lo es, que esa misma Corporación ha establecido que este principio no excusa el incumplimiento de las obligaciones propias del Estado, y no es óbice para la responsabilidad estatal, la cual debe establecerse en cada caso. A este respecto ha dicho esa Corporación: “[e]s cierto que la jurisprudencia ha considerado que la relatividad de las obligaciones del Estado<sup>30</sup>, esto es, no le son imputables los daños a la vida o bienes de las personas cuando son causados por los particulares, en consideración a que las obligaciones del Estado están limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que “nadie está obligado a lo

---

estado dirigidas a impedir eficazmente que el grupo delincuencia cumpliera las amenazas contra los pobladores del corregimiento de Filo Gringo, amenaza que los obligó a desplazarse del lugar donde tenían asentado su domicilio para tratar de salvar sus vidas.

( )

Por lo tanto, el Estado es responsable de los daños sufridos por el grupo accionante, integrado por las personas domiciliadas en el corregimiento Filo Gringo que debieron desplazarse del lugar, por temor a perder sus vidas y que sufrieron los daños materiales derivados de la destrucción de sus viviendas”

En otro aparte de esta mismo pronunciamiento expresó el Consejo de Estado “[f]rente a esas actuaciones de violencia, el Estado asumió una conducta omisiva, constitutiva de falla del servicio, en tanto no adelantó ninguna acción militar de las proporciones que esos actos de violencia ameritaban. El Estado tenía el monopolio de las armas. Si éste hubiera decidido evitar la agresión del grupo paramilitar y defender a la población civil, hubiera podido interrumpir el proceso causal iniciado con la marcha del grupo de Autodefensas a la zona del Catatumbo y, en particular contra los pobladores del corregimiento de Filo Gringo, quienes, se insiste, ante la desprotección estatal no tuvieron alternativa diferente a abandonar su domicilio para padecer las penurias del desplazamiento forzado.” Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3

Igualmente, en el caso del desplazamiento de la Gabarra el Consejo de Estado concluyó la responsabilidad patrimonial de la demandada, “porque con las pruebas que obran en el expediente, se acreditaron el desplazamiento forzado a que se sometió a la población y la falla en la prestación del servicio, por la omisión de las autoridades públicas de cumplir su deber de protegerla, por cuanto no adelantaron ninguna operación estratégica ni militar tendiente a impedir la incursión paramilitar, a pesar de que tenían conocimiento previo de que ésta se iba a producir y de que los violentos pasaron por los sitios donde se encontraban instalados el batallón de contraguerrillas No 46, Héroes de Saraguro del Ejército y la estación de Policía de La Gabarra y sólo hicieron presencia en el corregimiento al día siguiente de la toma, cuando ya se había consumado la masacre de los pobladores y el desplazamiento forzado del grupo que hoy demanda” Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3

<sup>28</sup> En el caso de La Gabarra el Consejo concluyó de las pruebas que obraban en el expediente “que la incursión paramilitar en La Gabarra no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policial de la región, que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho. E igualmente puede considerarse que en consideración al número de integrantes de la organización criminal que se desplazaron hasta el lugar y los medios a través de los cuales hicieron ese desplazamiento, el hecho pudo ser resistible, con los efectivos militares que se encontraban en la región y con los que al mismo hubieran podido llegar si la voluntad estatal hubiera estado encaminada a confrontar eficazmente esa incursión, falta de interés que se hizo evidente con las sucesivas masacres y homicidios selectivos cometidos en la región del Catatumbo, inclusive en el mismo corregimiento de La Gabarra, con posterioridad al desplazamiento de que trata este proceso.” Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3

<sup>29</sup> Ver por ejemplo la sentencia SI 00213-01 de 2006 S3 mediante la cual se decidió la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento del corregimiento de La Gabarra en el municipio de Tibú

<sup>30</sup> Precisión realizada por la Sala en providencia de 10 de agosto de 2000, exp 11 585

*imposible*<sup>31</sup>. No obstante, esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que **la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa el incumplimiento de sus obligaciones, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le correspondían**<sup>32, 33</sup> (Negrillas de la Corte)

## **DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL DESPLAZAMIENTO FORZOSO.**

En cuanto a la forma de reparar el daño antijurídico causado a la población desplazada, partiendo de la base de que el Estado ha incurrido en una falla del servicio, que en cada caso debe ser analizada en concreto, en la misma sentencia de unificación que por vía de revisión ha proferido la Corte Constitucional, con soporte en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, se lee:

*De otra parte, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente entre la responsabilidad civil y administrativa que le corresponde al Estado por falla en el servicio, y la responsabilidad penal que le corresponde individualmente a un funcionario oficial como autor de un hecho criminal. Acerca de este tema, ha encontrado que la responsabilidad del Estado por falla en el servicio se configura de forma independiente y autónoma al hecho de que pueda existir responsabilidad penal de algún funcionario oficial en la participación efectiva en actos de violencia o en la inactividad intencional para permitir que los delincuentes cometan actos de violencia. En punto a este tema ha sostenido que **“una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio. Son dos conductas subsumidas en normas***

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de octubre de 1990, exp 5737, dijo la Sala “Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que “nadie es obligado a lo imposible” Así lo ha reconocido en varias oportunidades esta Sala y al efecto puede citarse la sentencia del 7 de diciembre de 1977 en donde dijo “Hay responsabilidad en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio” (Exp N° 1564, Actor Flota La Macarena, Anales, Segundo Semestre 1977, pág 605) Si bien es cierto que en esta materia el juez de la administración debe tener en cuenta que “la pobreza [del Estado] no lo excusa de sus obligaciones”, ello no quiere decir que en cada caso concreto no deba tener en cuenta por ejemplo, las disponibilidades con que pueda disponer el ente demandado para cumplir con las funciones que le correspondan, como sería en eventos como de sub - lite, la consideración de la imposibilidad de tener fuerza policial disponible en forma más o menos permanente en cada una de las cuadras en que están divididas las avenidas, calles y carreras de una ciudad como Bogotá y con mayor razón cuando una parte importante de aquella tiene que ser destacada en un lugar donde se estén desarrollando desórdenes o tumultos. Con esto, naturalmente no se quiere significar que la apreciación del juez sobre las anotadas circunstancias de tiempo, modo y lugar deba ser benigna (por el contrario, debe ser rigurosa), pero sin olvidar la máxima expuesta acerca de la no obligatoriedad a lo imposible y teniendo siempre presente que dicha máxima jamás debería utilizarse para justificar una indefensión de la administración al deber de protección a la vida de los ciudadanos, valor fundamental de un Estado de Derecho”

<sup>32</sup> En sentencia de 14 de mayo de 1998, exp 12 175, dijo la Sala “ si bien es cierto esta corporación ha sostenido que dentro de la filosofía del Estado social de derecho no es posible responsabilizar al Estado Colombiano por todo tipo de falencias que las circunstancias de pobreza del país evidencian en multitud de casos “pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o conceptos políticos o jurídicos”, de allí no puede seguirse, como corolario obligado, que los daños que padecen los ciudadanos por vivir expuestos a situaciones de peligro permanente hayan de quedar siempre librados a la suerte de cada cual. En efecto, las implicaciones y el grado de compromiso que el Estado constitucional contemporáneo exige para todas las autoridades públicas supone un análisis de cada caso concreto en procura de indagar si la denominada falla del servicio relativa, libera a éstas de su eventual responsabilidad. Dicho en otros términos, no es aceptable que frente a situaciones concretas de peligro para los ciudadanos, estudiadas y diagnosticadas de vieja data, pueda invocarse una suerte de exoneración general por la tan socorrida, como real, deficiencia presupuestal”

<sup>33</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin que el funcionario sea condenado penalmente. Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil o administrativa”.<sup>34</sup> (Resalta la Sala)

En cuanto a la causa común del daño derivado del desplazamiento forzado, ha establecido el Consejo de Estado que los perjuicios individuales se originan en una causa común que es imputable al Estado por las acciones o las omisiones de las autoridades públicas que o bien no previnieron o no reaccionaron ante los hechos violentos generadores del desplazamiento. En este sentido ha sostenido el Consejo que: “[I]os perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común, que se imputa a la entidad demandada: las acciones y omisiones de las autoridades militares y de policía que no previnieron ni reaccionaron y, por el contrario, colaboraron con la incursión y las masacres cometidas por el grupo paramilitar que se tomó violentamente el corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, desde el 29 de mayo de 1999, que generó en los demandantes el fundado temor de perder sus vidas, por lo que se vieron obligados a abandonar sus viviendas y sitios habituales de trabajo.”<sup>35</sup> (Resalta la Sala)

En otra oportunidad reiteró el Consejo de Estado que: “[I]os perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común, que se imputa a la entidad demandada: las acciones y omisiones de las autoridades militares y de policía, quienes a pesar de haber sido advertidos de la inminencia del ataque paramilitar contra la población de Filo Gringo, no adelantaron ninguna acción eficaz tendiente a impedir la consumación de las acciones criminales y a proteger a la población civil, y además, porque el grupo armado ilegal hizo presencia en la región, previa coordinación y planeación con efectivos de las Fuerzas Armadas. Las pretensiones son netamente reparatorias. Están orientadas a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia del desplazamiento a que fueron forzados por los hechos imputables a la entidad demandada y la destrucción total o parcial de sus viviendas y enseres.”<sup>36</sup>

### **7.5 Los daños materiales y morales que ocasiona el desplazamiento forzado**

En relación con el daño moral que produce el desplazamiento forzado a las víctimas de este delito, ha sostenido el Consejo de Estado que constituye un hecho notorio el que el desplazamiento produce un claro daño moral, por el dolor, la angustia, y la desolación que genera en quienes son víctimas de este flagelo. En este sentido, ha afirmado ese alto Tribunal que “[n]o es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad,

<sup>34</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3.

<sup>35</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3.

<sup>36</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

**sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional<sup>37</sup> (Negrillas fuera de texto)**

*En esa misma oportunidad el Consejo de Estado expresó que: “[c]onstituye un hecho notorio que el desplazamiento forzado produce daño moral a quienes lo padecen. En consecuencia, se reconocerá la indemnización a todas las personas que demostraron haberse visto obligadas a desplazarse del corregimiento La Gabarra, entre el 29 de mayo y el mes de junio de 1999, como consecuencia de la incursión paramilitar ocurrida en esa zona del país, desde el 29 de mayo de 1999, por el dolor, la angustia y la desolación que sufrieron al verse obligados a abandonar el sitio que habían elegido como residencia o asiento de su actividad económica, como única alternativa para salvar sus vidas.”<sup>38</sup> (Resalta la Sala)*

*En otra ocasión, el Consejo de Estado accedió también al reconocimiento de la indemnización por daño moral, esto es, por el “dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural. A propósito del daño moral considera la Sala que el hecho del desplazamiento causa dolor a quien lo sufre, por el miedo, la situación de abandono e indefensión que lo obligan a abandonar el lugar de su domicilio, pero, además, esa situación incide de manera adversa en su vida familiar y en su entorno socio cultural, el cual deberán reconstruir, en el mejor de los casos de manera provisional, en situaciones de mayor vulnerabilidad, alejados del tejido familiar, social, laboral, sobre el que se sustentaba su crecimiento como ser.”<sup>39</sup> (Resalta la Sala)*

*En otra oportunidad, esa Corporación reiteró el reconocimiento del daño moral para las personas que ha sido desplazadas forzosamente, afirmando que: “[L]a Sala accederá al reconocimiento de la indemnización por el dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural.”<sup>40</sup>*

<sup>37</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>38</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>39</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

<sup>40</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

*En este sentido, ha diferenciado el Consejo de Estado, haciendo eco del derecho francés, entre el perjuicio moral, relativo al daño antijurídico causado por el dolor derivado del hecho dañino, y el perjuicio material, relativo al daño antijurídico causado por la alteración en las condiciones materiales de existencia. A este respecto, ha sostenido esa Corporación que el “[p]erjuicio moral y alteración en las condiciones de existencia son, entonces, en derecho francesa, 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’.”<sup>41</sup>*

*En relación con la indemnización por daños materiales, esa Corporación ha reconocido que el daño material comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. En este sentido, esa Alta Corporación ha definido los perjuicios materiales como “el daño emergente y el lucro cesante causado a cada uno de los miembros del grupo con el hecho del desplazamiento, entre ellos, el valor de los predios y muebles perdidos y lo invertido en transporte para evacuar la zona de expulsión y reinstalarse en el sitio de recepción”<sup>42</sup>*

*Sin embargo, en los procesos cursados ante esa Corporación no se han podido identificar con claridad el daño material causado con los hechos del desplazamiento forzado, razón por la cual la entidad ha reconocido la responsabilidad patrimonial solamente en relación con el daño moral causado.<sup>43</sup>*

## **7.6 La indemnización**

*El Consejo de Estado, en decisiones que resuelven acciones de grupo, ha encontrado a la Nación, al Ministerio de Defensa, al Ejército y a la Policía Nacional, patrimonialmente responsables por el desplazamiento forzado de los grupos demandantes, por los perjuicios*

<sup>41</sup>Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

<sup>42</sup> En la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo, el Consejo de Estado reconoció la destrucción de algunas viviendas y el daño material ocasionado por dicha destrucción. En materia de prueba de dicho daño afirmó el Consejo “Considera la Sala que el reconocimiento que hizo la Red de Solidaridad Social por destrucción de bienes a las personas relacionadas es prueba del daño que sufrieron. Por lo tanto, se considera que las personas afectadas con los daños a las viviendas relacionadas en la lista que suministró la Red de Solidaridad Social son los propietarios de esos inmuebles o de las mejoras construidas sobre los mismos” Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Sentencia del quince (15) de agosto de dos mil siete (2007).

<sup>43</sup> Así por ejemplo, en la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo, el Consejo de Estado afirmó que “ se advierte que no existe identidad entre los datos que suministró el inspector municipal de Policía de El Tarra, al Alcalde de esa misma localidad y la lista que elaboró la Red de Solidaridad Social en relación con los inmuebles que fueron total o parcialmente destruidos por el grupo de Autodefensas. Además, aunque la Red de Solidaridad Social pretendió identificar los inmuebles afectados por su dirección y sus propietarios o poseedores, los datos que suministró no permitan a la Sala determinar ninguno de esos dos aspectos, razón por la cual dichas pruebas no pueden ser tenidas en cuenta para establecer cuáles fueron los daños materiales causados con el hecho de que trata esta acción.” Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3.

*morales ocasionados a las personas integrantes de estos grupos en su condición de víctimas de desplazamiento forzado.*<sup>44</sup>

*Ese Alto Tribunal ha establecido que aunque se produzca el retorno de la población desplazada a su lugar de origen, no por ello se debe modificar el valor de la indemnización reconocida, en cuanto ésta se otorga con el fin de compensar el daño moral causado a las víctimas de desplazamiento forzado, por el dolor que sufrieron al verse forzados a salir de sus viviendas o sitios habituales de trabajo, por la violencia que los afectó y la imposibilidad de retornar al sitio.*<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Así por ejemplo el Consejo de Estado en el fallo de la Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, declaró "patrimonialmente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO - POLICIA NACIONAL por los perjuicios sufridos por quienes se vieron desplazados en forma forzosa del corregimiento La Gabarra, del municipio de Tibú, Norte de Santander, con ocasión de la incursión paramilitar ocurrida el 29 de mayo de 1999. || Segundo. Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio moral, la suma ponderada equivalente a trece mil doscientos cincuenta (13.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cada uno de los integrantes del grupo que se relaciona en el capítulo 3 de la parte motiva de esta sentencia, tendrá derecho a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. || Tercero. Esa suma será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y será administrada por el Defensor del Pueblo." Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera.

Así también el Consejo de Estado reconoció la indemnización en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado del corregimiento de Filo Gringo en la región del Catatumbo, quienes acreditaron que tenían su domicilio o ejercían allí su actividad económica habitual y se vieron forzados a emigrar de ese lugar, como consecuencia de la incursión paramilitar ocurrida en esa región del país desde el 29 de mayo de 1999, la multiplicidad de hechos de violencia cometidos contra sus pobladores y las amenazas de incursionar a ese corregimiento para dar muerte a sus pobladores, a quienes señalaron como guerrilleros o auxiliares de dichos grupos. En este sentido el Consejo de Estado falló: "Primero: Declarar patrimonialmente responsable a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL por los perjuicios sufridos por quienes se vieron desplazados en forma forzosa del corregimiento de Filo Gringo, del municipio de El Tarra, Norte de Santander y la destrucción de las viviendas de algunos de sus residentes, con ocasión de la incursión paramilitar a ese corregimiento, anunciada meses atrás y cumplida efectivamente entre los días 29 de febrero y 3 de marzo de 1999. || Segundo. Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio moral y la alteración a las condiciones de existencia, la suma ponderada equivalente a veintiséis mil novecientos (26.900) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cada uno de los quinientos treinta y ocho (538) integrantes del grupo que figura en la lista elaborada en el punto 4.1. de esta sentencia tendrá derecho a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. || Tercero. Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio material, la suma ponderada equivalente a 140 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cada una de las personas relacionadas en el punto 4.2. de esta sentencia tendrá derecho a una indemnización equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. || Cuarto. Esa suma será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y será administrada por el Defensor del Pueblo." Ver Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA.

<sup>45</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

En cuanto a la naturaleza de la indemnización que se debe a la población desplazada, se lee en la misma providencia:

*De otra parte, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente entre la indemnización que se reconoce y concede a las víctimas por el daño antijurídico causado por el desplazamiento forzado, en razón de la responsabilidad patrimonial que se deriva para el Estado de conformidad con el artículo 90 Superior, y la atención que el Estado concede a las víctimas durante el desplazamiento, tales como: la atención humanitaria o las ayudas para el retorno o la estabilización socioeconómica, a través de proyectos productivos, las cuales se fundamentan en el principio de solidaridad.*

*Acerca de este tema ha sostenido el Consejo que "(...) de la indemnización que reciban los beneficiarios de esta condena no se descontará el valor de los bienes que hubieren recibido por parte del Estado durante el desplazamiento porque tales bienes les son entregados a las víctimas de tales delitos no a título de indemnización sino en desarrollo del principio de solidaridad, como ayuda humanitaria para su subsistencia en el momento en que se produzca el hecho o durante el tiempo posterior, para su retorno o asentamiento a través de la implementación de proyectos económicos, en tanto que la indemnización que aquí se reconoce tiene como causa la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por la causación de un daño antijurídico que le es imputable, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución."<sup>46</sup>*

#### **DE LA PRUEBA DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO**

En lo tocante a cómo se demuestra la condición de persona o población sometida a desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional en la sentencia que se comenta, precisó:

*(iii) En relación con la condición de desplazado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha condición se adquiere y se constituye a partir de un presupuesto fáctico, que es el hecho mismo del desplazamiento forzado, hecho que es el requisito constitutivo de esta condición y en consecuencia, de la calidad de víctima de desplazamiento forzado. Por tanto, la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, que la actual Ley 1448 de 2011 prevé sea el soporte para el "Registro Único de Víctimas", de conformidad con el artículo 154 de esa normativa, es un requisito meramente declarativo y no constitutivo de la condición de víctima, en donde, a través de un trámite de carácter administrativo, se declara*

<sup>46</sup>Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

*la condición de desplazado, a efectos de que las víctimas de este delito puedan acceder a los beneficios legales y a los diferentes mecanismos de protección de derechos, con carácter específico, prevalente y diferencial, para dicha población.*

*De acuerdo con lo anterior, la Corte encuentra que con la declaración e inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, hasta ahora existente, que se transformó en el Registro Único de Víctimas, en aplicación de la Ley 1448 de 2011, la población desplazada cumple con una carga mínima de presentarse ante la entidad responsable, declarar y solicitar su inscripción para el acceso a los diferentes programas que hacen parte del Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada y del recién creado “Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas”, de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1448 de 2011, en lo que se refiere a las diferentes medidas de reparación integral previstas por esta Ley.*

*Esto se encuentra en armonía con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011 que define el concepto de víctima y el artículo 16 del Decreto 4800 de 2011 que reconoce que esta condición “es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial a través de la inscripción en el Registro. Por lo tanto, el registro no confiere la calidad de víctima, pues cumple únicamente el propósito de servir de herramienta técnica para la identificación de la población que ha sufrido un daño en los términos del artículo 3 de la ley 1448 de 2011 y de sus necesidades, y como instrumento para el diseño e implementación de políticas públicas que busquen materializar los derechos constitucionales de las víctimas. El Registro Único de Víctimas incluirá a las víctimas individuales a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 e incluirá un módulo destinado para los sujetos de reparación colectiva en los términos de los artículos 151 y 152 de la misma Ley.”*

*(...) No obstante, cabe advertir que si por algún hecho sobreviniente se encuentra y establece que uno de los actores no ostenta la calidad de víctima de desplazamiento forzado, éste no será beneficiario de las medidas que se adopten en la presente decisión.*

De acuerdo con los anteriores argumentos, ha de decirse entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación de falla en el servicio, por la ocurrencia misma del hecho del desplazamiento forzado en la medida en que ha venido a establecerse que la Administración siempre pudo haber evitado la causación del hecho o, por lo menos, haber minimizado los efectos dañinos del mismo, responsabilidad

que deriva del contenido obligatorio que la Constitución y la ley imponen al Estado de preservar y proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

### **DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA NO ENTREGA OPORTUNA DE AYUDAS HUMANITARIAS A LA POBLACIÓN DESPLAZADA.**

De los apartes ya transcritos de la sentencia SU-254 de 2013, se destaca que la Corte Constitucional no encuentra que el daño causado por la no entrega de ayudas humanitarias se torne antijurídico, en la medida que tal obligación encuentra sustento en el principio de solidaridad de asistencia en casos de emergencia, y no en una disposición que conlleve tal obligación como carga impositiva para la Administración, de manera que no se configura la responsabilidad estatal en la forma como la contempla el art. 90 Superior.

Sin embargo, como quiera que dicha consideración se expresa en la mencionada sentencia a título de *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, al no responder al problema jurídico que en dicha providencia se desata, la misma se apreciará por esta Sala a título de ilustración; pero, aún así, se abocará al estudio de la configuración del daño y su eventual imputación de responsabilidad al Estado, tomando como referente la sentencia C-278 de Abril 18 de 2007 a través de la cual esa misma Corporación efectuó el estudio de constitucionalidad de los artículos 15 y 18 de la Ley 387 de 1997.

Como ya se anunció al abordar el estudio de la caducidad de la acción frente a la reclamación de reparación por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, esta Sala de Decisión parte del principio del *retardo estatal*, de la *prolongada inactividad estatal*, y no de la *omisión estatal*, como elemento que configura el hecho dañoso en estos casos, tal como se explica a continuación.

#### **a) Naturaleza de la obligación de entregar ayudas humanitarias de emergencia.**

A través de la Ley 387 de 1997 se consagró como a cargo del Estado, la obligación de proveer ayudas humanitarias de emergencia a la población que resultara afectada por el desplazamiento forzado, una vez se produjera el mismo; obligación cuyo contenido es

definido por el art. 15<sup>47</sup> de la Ley en cita como garantista, de socorro, de asistencia y protección para atender las necesidades básicas de este grupo poblacional, incluso mientras subsista la condición de emergencia.

Como ya se dijo en aparte anterior, a través de la sentencia T-025 de 2004 fue necesario que la Corte Constitucional declarara el *estado de cosas inconstitucional* de la población desplazada, para conminar al Estado a que diera cumplimiento a las previsiones de la Ley 387 de 1997 incluso las referidas a la entrega de ayudas humanitarias, y fue necesario que se hiciera el seguimiento de las *órdenes de ejecución compleja* impartidas, para lograr que finalmente se implementaran las políticas de atención preferencial a este grupo humano y se apropiaran los recursos dirigidos a cumplir tales políticas.

Ahora bien, al resolver sobre la exequibilidad de este articulado, a través de la sentencia C-278/07, la Corte Constitucional reafirma su extensa línea jurisprudencial de protección a la población desplazada, calificando el desplazamiento forzado como un problema de humanidad, como una verdadera tragedia nacional, un estado de emergencia social y un serio peligro para la estabilidad política del país. Se refiere a la inactividad del Estado como contraria a la racionalidad implícita en el constitucionalismo, al causar una *evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenida en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos*, contradicción que se hace patente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad que padecen los desplazados y la

---

<sup>47</sup> ARTICULO 15. DE LA ATENCION HUMANITARIA DE EMERGENCIA. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas.

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales.

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento

PARAGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible. Apartes tachados INEXEQUIBLES> A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables

negación del Estado a cumplir el deber constitucional de prevenir las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

A más de lo anterior, aplicando el principio de interpretación por convencionalidad a que se refieren los arts. 93, 94 y 224 de la Carta Superior, la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante a los **Principios Rectores de los Desplazamientos Internos**, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos, pese a que tales principios no han sido aprobados mediante un tratado internacional, considerando que deben ser apreciados como parámetros en la creación normativa y la interpretación en la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado.

Para resolver sobre la constitucionalidad del art. 15 de la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional centra su atención en los Principios Rectores 24, 25, 26 y 27, en los que se lee:

**“Sección IV**

**PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ASISTENCIA HUMANITARIA**

**Principio 24**

- 1. La asistencia humanitaria se prestará de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna.*
- 2. No se desviará la asistencia humanitaria destinada a los desplazados internos, ni siquiera por razones políticas o militares.*

**Principio 25**

- 1. La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.*
- 2. Las organizaciones humanitarias internacionales y otros órganos competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado un acto inamistoso ni una interferencia en los asuntos internos del Estado y se examinará de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria.*

3. *Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán el paso libre de la asistencia humanitaria y permitirán a las personas que prestan esa asistencia un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos.*

**Principio 26**

*Las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros gozarán de respeto y protección. No serán objeto de ataques ni de otros actos de violencia.*

**Principio 27**

1. *En el momento de proporcionar la asistencia, las organizaciones humanitarias internacionales y los demás órganos competentes prestarán la debida consideración a la protección de las necesidades y derechos humanos de los desplazados internos y adoptarán las medidas oportunas a este respecto. En esa actividad, las mencionadas organizaciones y órganos respetarán las normas y códigos de conducta internacionales pertinentes.*

2. *El párrafo precedente se formula sin perjuicio de las responsabilidades en materia de protección de las organizaciones internacionales encargadas de esta finalidad, cuyos servicios pueden ser ofrecidos o solicitados por los Estados.”*

Y, al hacer el análisis sobre lo que ha sido la respuesta institucional del Estado colombiano, en especial en relación con las ayudas humanitarias, se expresa:

En lo que concierne a las **etapas de atención**, precisó que la **ayuda humanitaria de emergencia** debe ser suministrada por Acción Social, “*ya sea de manera directa, o a través de convenios con organizaciones no gubernamentales, entidades particulares y organizaciones internacionales*” y que la ejecución de **programas de estabilización socioeconómica** depende de la disponibilidad presupuestal, “*aun cuando las entidades estatales pueden contar con la ayuda de organismos humanitarios, tanto de carácter nacional como internacional*”, componente que incluye la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001).

Advirtió esta Corte que el diseño y la ejecución de la política pública en este ámbito, debe realizarse contando con la participación de las comunidades desplazadas y que las entidades estatales pueden celebrar convenios con organizaciones no gubernamentales (ONG) y organismos internacionales con tal fin, sin descontar el compromiso de la sociedad civil.

Igualmente, en la mencionada providencia la Corte se refirió a los **resultados de la política pública** en materia de desplazamiento forzado y advirtió tajantemente que *“no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos.”* A tal conclusión llegó al apreciar que *“según un estudio reciente<sup>48</sup>, las condiciones básicas de vida de dichas personas distan mucho de satisfacer los derechos reconocidos nacional e internacionalmente. El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia.<sup>49</sup> Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada<sup>50</sup>, y el 49% no cuenta con servicios idóneos<sup>51</sup>”.*

La corporación se fundamentó en varios de los documentos de análisis y evaluación de la política de atención a la población desplazada y de sus distintos programas, elaborados por entidades gubernamentales, organizaciones de derechos humanos y organismos internacionales y en las respuestas al cuestionario formulado por la entonces Sala Tercera de Revisión, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, que conoció de aquella acción de tutela.

El estudio y evaluación de los resultados de la política pública de desplazamiento fue realizado tomando también en cuenta datos oficiales sobre cobertura de cada uno de los componentes de la atención y el grado de satisfacción de la población desplazada, información que la llevó a concluir que *“los niveles de cobertura de todos los componentes de la política son insuficientes”.*

Para citar el caso de la **atención humanitaria de emergencia**, que concierne al asunto que se decide en esta providencia, halló esta Corte que *“entre 1998 y 2002 tuvo una cobertura del 43% de hogares desplazados registrados por la Red de*

<sup>48</sup> Cita en la cita Naciones Unidas, Programa Mundial de Alimentos PMA, *Vulnerabilidad a la Inseguridad Alimentaria de la Población desplazada por la violencia en Colombia*, informe de 2003. Estudio contratado por el PMA, consistente en encuestas y pruebas fisiológicas (perímetro braquial, que mide la reserva grasa y la proteína somática o muscular del individuo) realizadas a 1503 hogares desplazados, seleccionados aleatoriamente en 41 municipios. Los indicadores para dicho estudio fueron realizados por la firma Econometría SA, y tienen un nivel de confianza del 99% y un error absoluto máximo del 3% calculado sobre el total de la muestra. Adicionalmente al estudio se realizó una investigación cualitativa con 18 grupos focales compuestos por 148 jefes de hogar o cónyuges y 22 entrevistas a líderes comunitarios (p. 1 del estudio).

<sup>49</sup> Cita en la cita La situación de la población desplazada se constata significativamente peor que la del quintil más pobre urbano en Colombia. En este sentido se observa que el 30% del quintil más pobre presenta necesidades básicas insatisfechas, mientras que el 39% de este grupo se encuentra en situación de indigencia.

<sup>50</sup> Cita en la cita. Dicha proporción para el quintil más pobre urbano es de 7.1%. La adecuación de la vivienda y de los servicios a los que tiene acceso la población desplazada, es un criterio utilizado por el PMA, en el que se mide que la vivienda o los servicios cumplan con ciertos requisitos mínimos.

<sup>51</sup> Cita en la cita. 6% para el quintil pobre urbano.

*Solidaridad Social, del 25% de familias reportadas por CODHES, y ha cumplido con el 36% del nivel establecido como meta en el Plan Estratégico.<sup>52</sup> Al analizar únicamente los casos de desplazamiento individual, se observa que los datos son peores. En este caso, la cobertura es del 33% de los desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, y del 15.32% de los reconocidos por CODHES”.*

Para la Corte los bajos resultados de la respuesta estatal, según los cuales no ha sido posible proteger integralmente los derechos de la población desplazada, “se pueden explicar de acuerdo a dos problemas principales. (i) La precariedad de la capacidad institucional para implementar la política, y (ii), la asignación insuficiente de recursos”.

Al analizar el **diseño de la atención humanitaria de emergencia**, observó que **“hace énfasis en el factor temporal, resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada”** y anotó que **“el límite temporal de tres meses no responde a la realidad de la continuación de la vulneración de sus derechos, de tal forma que la prolongación en el tiempo de dicha prestación no depende de las condiciones objetivas de la necesidad de la población, sino del simple paso del tiempo”** (no está en negrilla en el texto original).

En cuanto al **grado de implementación** de la política de atención a la población desplazada, halló una **“insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones”**, pues varias de las instituciones comprometidas **“no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales”**, lo cual se evidencia en casi todos los componentes, incluyendo la atención humanitaria de emergencia, que **“se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos”**.

Por lo que hace al **cumplimiento y continuidad** de la política de atención al desplazamiento forzado, la Corte señaló que aun cuando no se es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas, por no contarse con mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades implicadas, **“las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hace de manera discontinua y demorada”** y agregó que según esos informes **“no existe una concatenación adecuada entre**

<sup>52</sup> Cita en la cita. Entre 1998 y 2002, la Red de Solidaridad Social prestó atención humanitaria de emergencia a 69.054 hogares, lo cual representa el 36% de las 194.000 familias que pretendió el Plan Estratégico.

*algunas etapas y componentes de la atención”, problema que para la Corte está presente en casi todos los componentes de la política, incluida la atención humanitaria de emergencia, que “puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias”.*

Por último, la Corte encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas, han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria de emergencia, donde halló que *“los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación”.*

Con base en todas estas observaciones, la Corte Constitucional concluyó que la respuesta del Estado al fenómeno del desplazamiento forzado *“sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada”.*

Para esta corporación, la causa central de esas fallas es la escasez de recursos, además de la incapacidad institucional, que dan lugar a que el nivel de ejecución de las políticas sea insuficiente frente a las necesidades de la población desarraigada y a que los índices de cobertura de sus distintos componentes sean tan bajos, lo cual se palpa, entre otros ámbitos, en la **atención humanitaria de emergencia**, que tiene una cobertura del 43% de la población registrada, con lo cual *“se desconocen los derechos a la vida, al mínimo vital, a la igualdad y a la salud de las personas que no acceden a dicha ayuda, es decir más de la mitad de la población desplazada registrada”.*

Por todo lo anterior, la Corte declaró la existencia de un **estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada**, dada la magnitud del fenómeno y su grave incidencia en la protección de los derechos de los afectados y, en consecuencia, expidió las que denominó *“órdenes de ejecución compleja”*, dirigidas a las entidades encargadas de atender a la población desplazada, para que *“establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de*

*recursos destinados y de precariedad de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada”.*

También, encontramos que el art. 1º de la Ley 387 de 1997, anterior al documento internacional que se ha referenciado, incluye los siguientes principios en materia de atención a la población desplazada:

*ARTICULO 2o. DE LOS PRINCIPIOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios:*

*1o. Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.*

*2o. El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente.*

*3o. El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.*

*4o. La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar.*

*5o. El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación.*

*6o. El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen.*

*7o. Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.*

*8o. El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.*

*9o. Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social.*

Vemos entonces, que si bien la obligación de prestar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada se cimienta en un principio de humanidad y solidaridad que compromete a toda la sociedad, también tiene un componente legal y supralegal que radica en cabeza del Estado la primera obligación de asistencia en la **situación de emergencia** y mientras subsista la misma, como efectivización del deber de satisfacer los derechos mínimos a la subsistencia digna garantizados por los estándares nacionales e internacionales del Derecho Humanitario, como realización y observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho; y, también se consagra para este grupo poblacional la facultad de reclamar la efectividad de la ayuda humanitaria de emergencia, puesto que la norma se refiere a ella como un derecho que le asiste a la población desplazada a recibir y reclamar por ellas.

Ahora bien, el incumplimiento del Estado en su deber de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada, a más de ser un hecho notorio y por tanto no necesario de demostración, se hizo evidente con el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004 por medio de la cual se declara el estado de cosas inconstitucional para la población desplazada, que, de acuerdo con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, se configuró por *(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

Entonces, para esta Sala de Decisión es incuestionable que la población desplazada fue obligada, por la prolongada inactividad del Estado, a permanecer en condición de emergencia de manera indefinida, a soportar sin justificación alguna la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales mínimos y relacionados con la subsistencia digna, fue forzada a reclamar sus derechos por vía de acción de tutela, ante la actitud impasible de la Administración que se escudaba en la falta de los recursos económicos necesarios para atender las penurias de este grupo poblacional.

Todo lo anterior se configura, según el criterio de esta Colegiatura, en un daño antijurídico causado por el Estado, que debe ser reparado, como quiera que la población desplazada debió ser atendida en forma prioritaria y/o preferente para obviar su condición de emergencia; de manera que se acredita así la existencia del daño sufrido por la población desplazada y, la antijuridicidad de tal daño determinado por la inactividad estatal al no

hacer entrega oportuna de las ayudas humanitarias de emergencia, como lo exige el art. 90 Superior.

Este criterio, a más de lo anterior, encuentra respaldo en la sentencia No. 14721 de Junio 4 de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se dijo:

*Los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo y de cuya concurrencia surge el deber de reparar los daños que se ocasionen, se pueden resumir en los siguientes: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) el incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño. En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio de la administración derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración.<sup>53</sup>*

#### **b) De las ayudas para la estabilidad socioeconómica**

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721)

En relación con las ayudas que se deben prestar a través de la implementación de programas de estabilización socioeconómica, consistentes en la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001), no encuentra esta Sala de Decisión que ante su no entrega se configure daño antijurídico alguno, como quiera que esta obligación, que *prima facie* puede ser enmarcada como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto debe promover la prosperidad general de sus asociados, no está radicada únicamente en el Estado sino que, a su atención concurren también organismos humanitarios nacionales e internacionales, a más de la sociedad en general, aún cuando le corresponda al Estado implementar los programas que serán los canales para la adecuada distribución de tales prestaciones asistenciales, sin olvidar que en estos casos debe el Estado contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

#### DE LOS PERJUICIOS MATERIALES

Ahora bien, respecto de la forma cómo se ha de reparar el daño antijurídico así causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, esta Sala advierte la imposibilidad de derivar un daño material por dicho concepto, como quiera que el concepto mismo de *ayuda humanitaria* reprime la eventualidad de obtener un lucro de tales ayudas, precisamente por su carácter humanitario y su componente de solidaridad, aunque no se desconoce por la Sala que el recibo a tiempo de la ayuda humanitaria de emergencia habría significado para la población desplazada el alivio a necesidades básicas que podían ser traducidas en un componente pecuniario, más no patrimonial, es decir, tales ayudas no pueden ser consideradas – en ningún caso – como factor de acrecentamiento del patrimonio o peculio personal de los individuos que integran el grupo de población desplazadas.

A más de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado en claro que no es posible efectuar el pago retroactivo de las ayudas humanitarias, como quiera que su no pago o entrega oportuna no se torna en un crédito, y así lo dejó ratificado en la sentencia T-840 de 2009, citando la sentencia T-600 de 2009, cuyo aparte se transcribe:

*“En la sentencia T-600 de 2009 se aclaró que: “la ausencia en el suministro de la atención humanitaria de emergencia no constituye un crédito a favor de la persona desplazada por la violencia que le genere un saldo dinerario a ser cobrado retroactivamente, toda vez que ello desnaturaliza esta medida que busca suplir las necesidades inmediatas a fin de otorgar un nivel de vida digno y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.”*

*Aun si la ayuda humanitaria no es suministrada en el término requerido, circunstancia reprochable desde la perspectiva constitucional, permitir la prosperidad de la mencionada pretensión implicaría una actuación que choca con la naturaleza de la obligación que no tiene carácter retroactivo, y con la finalidad propia de la acción de tutela, porque esta acción constitucional no fue instituida para el cumplimiento de obligaciones dinerarias, sino para la satisfacción de los derechos fundamentales.”*

Con base en lo anterior se dirá, entonces, que no hay lugar a reconocer perjuicio material alguno por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, al no tener ellas un componente patrimonial o crediticio.

#### **DE LOS PERJUICIOS MORALES**

En este punto, advierte la Sala que el perjuicio moral causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, encuentra su razón de ser en la forma como el Estado agravó la condición de sufrimiento y aflicción de ese grupo social, circunstancia que para esta Colegiatura no requiere demostración si se toma como referente lo tantas veces dicho por la Corte Constitucional frente a las condiciones de desprotección, vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra este grupo poblacional.

En ese orden de ideas, para la tasación del perjuicio moral, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta factores objetivos que permitan determinar la intensidad del mismo, a efectos de proceder a su reconocimiento acorde con los principios que informan la regla *arbitrio iuris*

#### **6. Caso Concreto**

La demanda afirma que la **NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA –** y la **AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL** hoy **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**, son responsables administrativa y patrimonialmente por los daños, perjuicios materiales y morales causados a la demandante

CARMEN EDITH CORDERO, en primer lugar por el desplazamiento a la que fue sometida donde perdió todos sus bienes materiales y en segundo lugar por la omisión de las demandadas en otorgar las ayudas humanitarias a que estaban obligados a entregar conforme a lo estatuido en la Ley 387 de 1997.

De acuerdo con los parámetros que antes se han expuesto, el estudio de las pretensiones de la actora se efectuará en los siguientes términos:

### **1. Prueba de la condición de persona desplazada.**

Atendiendo las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, contenidas en el art. 177 del C.P.C., al que se llega en virtud del expreso principio de remisión previsto en el art. 267 del C.C.A., le corresponde en este caso al demandante acreditar que se encuentra inscrito en el Registro Único de Población Desplazada, actualmente Registro Único de Víctimas, para a partir de dicha probanza permitir el estudio de sus pretensiones.

En este caso, dicha prueba no fue arrimada al plenario y tampoco fue solicitada por el actor como prueba a su favor, lo que sería suficiente para denegar las súplicas de la demanda; no obstante, al alegar contestar la demanda, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTERNACIONAL "ACCION SOCIAL"), acepta como hecho que la actora señora CARMEN EDITH CORDERO se encuentra incluida desde el día 30 de marzo de 2006, como jefe de hogar del núcleo familiar identificado con código de declaración N° 440346. (FL 176), de igual manera yace en el expediente informe rendido por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, en la que se demuestra la calidad de desplazada que ostenta la actora su inscripción y los pagos que le han sido efectuados por concepto de ayudas humanitarias establecidas en la ley. (Fl 344-348), con lo que se acredita la condición de persona desplazada.

### **2. De la caducidad de la acción por los daños ocasionados a la actora por el desplazamiento forzado.**

Atendiendo lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia SU-254 de 2013, no hay lugar a efectuar el estudio de la caducidad de la acción por la ocurrencia de este hecho.

### **3. Del daño causado por el hecho mismo del desplazamiento forzado.**

Se afirma en la demanda que la señora CARMEN EDITH CORDERO fue desplazada de su domicilio de origen , ubicado en el Corregimiento de Campo Bello, Municipio de Tierra Alta (Córdoba), pero nada informa la actora acerca del hecho de violencia que determinó su movilización forzosa, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a las demandadas por esta circunstancia, lo que determina que se denieguen las pretensiones que se han formulado en la demanda derivadas del hecho mismo del desplazamiento forzoso, lo que se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

### **4. De la caducidad de la acción por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias de emergencia.**

Se afirma por el apoderado de la señora CARMEN EDITH que a la presentación de la demanda se le adeudaban la totalidad de las ayudas humanitarias que debía recibir de las demandadas; sin embargo, En la contestación de la demanda, así como en el informe rendido por la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (FI 344-348) es posible determinar que la demandante comenzó a recibir ayudas humanitarias a partir del 22 de diciembre de 2006, de manera que, según los parámetros que antes se han precisado, ha de decirse que el término de caducidad de la acción inició su cómputo a partir del 22 de diciembre de 2006 para finalizar el 22 de diciembre de 2008 y, como quiera que la demanda introductoria de este proceso se presentó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el 18 de enero de 2012, forzoso resulta concluir que el citado fenómeno jurídico ha tenido ocurrencia, lo que obliga a su declaración y a denegar las súplicas de la demanda relacionadas con este hecho.

### **7. Costas**

De acuerdo con las previsiones del art. 151 del C.C.A., no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

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

#### **XI. DECISIÓN**

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: MODIFÍCASE** la sentencia de fecha ocho (08) de marzo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, la cual quedará así:

- 1. NIEGANSE** las pretensiones de la señora **CARMEN EDITH CORDERO** relacionadas con el daño que afirma le fue causado por las demandadas, por el desplazamiento forzoso al que fue sometido en el año 2006, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.
- 2. DECLARAR** la caducidad de la acción en relación con las pretensiones que guardan relación con la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.
- Como consecuencia de la anterior declaración, **NEGAR** las súplicas de la demanda relacionadas con la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias a la población desplazada.
- 4. SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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 FAJARDO GALLO**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0102  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: PIEDAD DEL ROSARIO DIAZ MONSALVE</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-003-2007-00172-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **338 / 2013**

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

**TEMA:** Declaratoria de Insubsistencia cargo provisional –falta de motivación

**I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Radicación: No. 13-001-33-31-003-2007-00172-01

**II. PARTES**

**Demandante:** PIEDAD DEL ROSARIO DIAZ MONSALVE

**Demandado:** DISTRITO DE CARTAGENA

**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 1 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 del diecinueve (19) de Diciembre de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se conceden las pretensiones de la demanda del actora PIEDAD DEL ROSARIO DIAZ MONSALVE en contra del DISTRITO DE CARTAGENA.

## IV. ANTECEDENTES

### A. LA DEMANDA

#### 1. Pretensiones

*“1. Declárese que es nulo el Decreto 0889 de fecha 27 de Junio de 2007, expedido por el señor Alcalde de Cartagena, Dr., Nicolás Curi Vergara y la comunicación - que lo entera- de fecha 27 de Junio de 2007 recibida el 29 de Junio de 2007, mediante los cuales, el primero declara la insubsistencia del nombramiento de la actora en el Cargo de Inspector de Policía Rural Código 306 Grado 27 en la Inspección de Bayunca y se nombra al señor Andrés Ortega Acosta en el antes mencionado cargo y la segunda, se repite, se notifica la decisión.*

*2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese al Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C. para el caso, y en la misma sentencia, a restablecer a la demandante en el derecho lesionado, en el sentido de que sea reintegrada al cargo que ocupaba antes del retiro del servicio, o a uno de igual o superior categoría, bajo las mismas condiciones de servicio y remuneración de las que gozaba antes de que fuera desvinculada.*

*3. Así mismo, como consecuencia del reintegro, sea condenada al pago de los salarios, prestaciones y demás emolumentos que, el actor, haya dejado de percibir, así como los aportes a la seguridad social (salud y pensiones) entre la fecha de retiro y aquella en que se produzca el efectivo reintegro valores que serán debidamente indexados.*

*4 Condénese en costas a la parte demandada.”*

## 2. Hechos

*"1. Mi mandante se encontraba vinculada en provisionalidad al Distrito de Cartagena de Indias en el cargo de cargo de Inspector de Policía Rural Código 306 Grado 27 en la Inspección de Bayunca desde el 12 de Julio de 2005 hasta el 29 de Junio de 2007 fecha en la cual fue desvinculada.*

*2. Mediante decreto 0889 de fecha 27 de Junio de 2007 se declara la insubsistencia del nombramiento de la actora en el cargo de Inspector de Policía Rural Código 306 Grado 27 en la Inspección de Bayunca y se nombra al señor Andrés Ortega Acosta en el mencionado cargo.*

*3. El antes referenciado decreto fue comunicado al actor mediante escrito de fecha 27 de Junio de 2007, el cual fue recibido el día 29 de junio de 2007.*

*4. Aun cuando estamos en presencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha establecido que el acto que declara la insubsistencia de estos nombramientos debe ser motivado y obedecer al criterio del buen servicio.*

*5. El decreto que declara la insubsistencia del nombramiento de la actora debió ser motivado y no lo fue.*

*6 La hoja de vida de la actora se ajusta a las exigencias personales, profesionales y éticas que se requieren para el desempeño del cargo del que fue separada y al criterio del buen servicio.*

*7. Si se mira la hoja de vida del señor Andrés Ortega Acosta en esta no se acreditan los estudios universitarios profesionales que determinan su competencia para el desempeño del cargo en el cual fue nombrado.*

*8 Es un hecho notorio - ampliamente conocido- que esta clase de cargos sirven de instrumento de prácticas clientelistas de los políticos corruptos del distrito de Cartagena En esta ocasión el nombramiento del señor Ortega Acosta como reemplazo de la doctora Piedad Díaz Monsalve responde a un "pago" o "canje" por proselitismo político en el ejercicio electoral.*

*9. El último salario devengado por mi mandante fue la suma de \$1.270.000"*

### **3. Normas Violadas y Concepto de Violación**

Los actos acusados de nulos son violatorios de los artículos 53 de la C.N

#### **Concepto de Violación**

##### **DESVIACIÓN DE PODER**

De acuerdo con el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié el vicio de la desviación de poder, se origina cuando el funcionario que expide el acto lo hace con competencia para el mismo, es decir se encuentra dentro de la órbita de sus funciones, pero lo hace por motivos diferentes a los que ha indicado el legislador al atribuirle esa competencia, es decir actúa con una intencionalidad diferente a la perseguida por la norma que señaló los motivos para los cuales se ha investido de competencia.

Se ha indicado por la doctrina y jurisprudencia que éste es el vicio más difícil de establecer, pues se debe acudir al examen de la mente del funcionario, para confrontar sus motivos personales con los de la norma La dificultad probatoria entonces radica en establecer en una prueba directa de la intención que lleva el funcionario, pues la misma no se expresa en la motivación de la decisión, razón por la cual en éstos casos se ha aceptado el acudir a la prueba Indirecta, a los indicios, para derivar el vicio.

Así encontramos que, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante providencia de fecha 15 de abril de 2004 se ha pronunciado de la siguiente manera:

*“Ello no implica que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente. La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pero esta modalidad de vinculación no es generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. La autoridad nominadora mientras no exista la lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Como esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos. Procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera No están exentos de ser removidos a través del ejercicio irreciular de la facultad nominadora, caso en el cual mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se pueda demandar el acto de remoción, invocando la respectiva causal de nulidad. La normatividad que consagra las circunstancias de retiro, procedimiento y recursos, es para el personal de carrera. Para esta forma de provisión de cargos- en provisionalidad- es pertinente predicar las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los libre nombramiento y remoción El retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado.”*

La misma Corporación, en ampliación a su criterio frente al tema planteado, en providencia de fecha mayo 18 de 2000 se pronunció bajo los siguientes términos:

*“Es verdad que según las normas que regulan la administración de personal, que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora*

*sin necesidad de motivar la providencia, atributo de derecho público, conocido como facultada discrecional. Sin embargo tal prerrogativa no puede concebirse de manera aislada e .limitada y sin ningún control, su ejercicio tiene en ordenamiento, trazados precisos límites, unos de orden Constitucional ya citados aunque no todos, y otros de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa. En asunto como el presente la hoja de vida de la actora es prueba suficiente para demostrar que el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los méritos personales de la servidora derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica, el cumplimiento de las responsabilidades a ella encomendadas, con ausencia de antecedentes disciplinarios garantizaban la prestación del adecuado servicio público a que la sociedad aspira. Estas circunstancias por si solas demuestran que la expedición del acto de insubsistencia sin ninguna justificación, desconoce la previsión del artículo 36 del C C.A., antes anotada."*

Y continúa el Consejo de Estado su pronunciamiento sobre el tema así:

*"Si bien ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por si solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, este un elemento que si puede indicar, aunado a otros, que la razón del retiro no sido la de mejorar el servicio, lo cual conduce a que se desvirtúe la presunción de legalidad de los actos de insubsistencia".*

Como prueba de que el Distrito de Cartagena de Indias D.T. y C. no fundamentó su decisión en el criterio del buen servicio para proceder a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento efectuado a la actora lo que configura el vicio de desviación de poder que se aduce, basta con observar la hoja de vida de la actora y

compararla con la de su reemplazo, lo que evidencian las aptas competencias personales y profesionales de mi mandante en el desempeño de sus funciones en el contexto general de los fines esenciales del Estado, condiciones que necesariamente la hacían merecedora de permanecer en el cargo.

La única razón de ser de mi insistencia radica es el hecho de que se nombró en el cargo de la actora a una persona con formación profesional inferior a la de ella. Y tal circunstancia constituye desviación de poder en su manifestación más objetiva, y, por tanto, afectación del criterio del buen servicio. El criterio del buen servicio está íntimamente con la excelente o mala calidad de un servicio público a cargo del Estado, y ello sólo es posible con un excelente componente humano en la administración pública, con calidades profesionales.

#### FALTA DE MOTIVACIÓN

Si bien los cargos que se ocupan en provisionalidad no revisten los derechos de estabilidad laboral de la carrera administrativa, estos si comprenden ciertas garantías. La jurisprudencia ha determinado que una de las garantías exigible en los casos de empleos proveídos en provisionalidad es la debida motivación del acto administrativo que desvincula al funcionario en razón al respeto al derecho al debido proceso:

"La estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, en oíros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello."

Al respecto la Jurisprudencia de la Corte también ha precisado que "*cuando la administración ha decidido nombrar una persona con carácter provisional en*

*un cargo de carrera, no puede proceder a su desvinculación sin que el acto administrativo correspondiente se encuentre motivado si la razón de la desvinculación no es la de que el cargo será proveído por quien ganó el concurso. Esta desvinculación por parte de la administración procedería por motivos disciplinarios, baja calificación, o por los demás motivos de interés que afecten el servicio. La Corte ha recordado que cuando se trata de desvincular de un cargo de carrera administrativa a un funcionario nombrado en provisionalidad, sin que el cargo vaya a ser proveído por concurso, no se está ante el ejercicio de la facultad de nombramiento y remoción que no requiere de motivación alguna, sino ante un acto administrativo, que dada la calidad y las características del cargo, obliga a la administración a motivar la desvinculación de quien lo ocupe.”*

La misma ley ordena que todo acto administrativo debe estar debidamente motivado, si no se hace se ha entendido, como una aceptación de que no existe razón alguna para la desvinculación y se ha ordenado el reintegro.

Ahora bien, en lo que se refiere al manejo de los empleos en la administración pública el artículo 209 de la Constitución establece que ésta debe cumplir con los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En ese orden de ideas la administración tiene la facultad de crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, como en el caso de la distribución y el manejo de sus recursos de acuerdo a las necesidades del servicio.

## **B. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

La entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, señala que el artículo 41 de la ley 909 de 2004, señala expresamente que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuara mediante acto no motivado.

Así mismo propone las siguientes excepciones.

- Ineptitud sustancial de la demanda
- Legalidad del acto demandado
- Excepción innominada

### **C. LA SENTENCIA APELADA**

En la sentencia de primera instancia, el a-quo concedió las pretensiones de la demanda argumentando lo siguiente:

El juez a-quo considera que la Alcaldía mayor de Cartagena declaró insubsistente al señor Martin Arce sin motivación del acto administrativo, simplemente se limitó a manifestar su decisión, sin explicar la motivación, por lo que no se cumplieron los presupuestos que estipula la ley 909 del año 2004 ya explicados, ni se tuvieron en cuenta los criterios jurisprudenciales vigentes, que establecen que el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado.

Señala que el cargo de inspector no se encuentra entre los de libre nombramiento y remoción, conforme lo señalado en la Ley 909 de 2004, art 5°, aduce que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, es necesaria por parte de las entidades administrativas, la motivación de los actos que desvinculen a los empleados, sin distinción de que el nombramiento en el cargo sea en provisionalidad o en carrera.

Son las anteriores razones, las que llevaron al Juez de primera instancia a conceder las pretensiones de la demanda, visto que el acto administrativo acusado, no fue motivado, tal y como se señaló anteriormente.

### **D. EL RECURSO DE APELACION**

La entidad demandada a través de su apoderado, interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de fecha 19 de Diciembre de 2012, en su sustentación del recurso manifiesta que la sentencia que se recurre, resulta desconocedora de los fundamentos jurídicos y probatorios que fundan el proceso de marras, al afirmar que el acto de desvinculación de la señora Piedad Díaz Monsalve, debió ser motivado, aun cuando se trataba de un nombramiento en provisionalidad y en consecuencia decide declarar la nulidad del Decreto No. 889 del 27 de junio de 2007, ignorando que no hay ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

Señala el recurrente que el ordenamiento normativo ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presenten vacancias definitivas o temporales y mientras estos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de la ley o cesa la situación administrativa que origino la vacancia temporal.

Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente.

## **V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- En auto de fecha 17 de Junio de 2013, se admitió el recurso de apelación presentado.
- Por auto de fecha 31 de Julio de 2013, se corre traslado a las partes para que aleguen de conclusión, y al Señor Agente del Ministerio Publico para que emitiera concepto.
- Finalmente el proceso entra al despacho para su pronunciamiento.

## **VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Agente del Ministerio público emitió concepto, ante este proceso, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, considerando que por la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores, en este caso la jerarquía constitucional, lo que de ordinario deberá ser reclamado mediante el uso de las acciones que para tal fin previsto el ordenamiento jurídico.

Con fundamento en la reiterada jurisprudencia sobre el tema, esta Agencia del Ministerio Público considera que a la actora si le asiste el derecho de que se motivara el acto donde se declaraba su desvinculación, por tanto el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada no debe prosperar, ya que como se ha explicado anteriormente los actos administrativos de cargos en provisionalidad también se deben motivar.

## **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.

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.

## **2. Acto Administrativo acusado.**

- Decreto 0889 del 27 de Junio de 2007 por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento hecho a la señora PIEDAD DEL ROSARIO DIAZ MONSALVE y de la comunicación de fecha 27 de Junio de abril de 2007.

## **3. Problema jurídico.**

Se trata de establecer si el Decreto No. 0889 de fecha 27 de Junio de 2007 expedido por el Alcalde de Cartagena de Indias y la comunicación, de fecha 27 de Junio de 2007, expedida por el Director de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Piedad Díaz Monsalve, en el cargo de INSPECTOR DE POLICIA RURAL, código 306, grado 27 en la Inspección de Policía de Bayunca, se encuentra viciado o no por falta de motivación.

## **4. Tesis De La Sala**

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que en el presente caso se observa que los motivos de la insubsistencia del nombramiento del actor, no están visiblemente expuestos en el acto administrativo, lo que hace procedente el cargo de falta de motivación del acto acusado alegado por el actor, toda vez que la corporación demandada no cumplió con el requisito de motivar exigido por la Ley 909 de 2004.

## 5. Caso Concreto

La señora Piedad del Rosario Díaz Monsalve, fue nombrada por la Alcaldía Mayor de Cartagena como Inspectora de Policía Rural Código 306, Grado 27 en el corregimiento de Bayunca, en esta ciudad mediante Decreto No. 0625 de julio 11 de 2005, tomando posesión el día 12 de julio de 2005, tal y como consta en certificado expedido por el Director Administrativo de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, visible a folio 99 del expediente.

El Distrito de Cartagena a través del doctor Nicolás Francisco Curi Vergara, Alcalde de Cartagena de Indias, a través del Decreto No. 0889 del 27 de junio de 2007, carente de motivación declaró insubsistente el nombramiento hecho a PIEDAD DIAZ MONSALVE, del cargo de Inspector de Policía Rural Código 306, Grado 27 en la Inspección de Policía de Bayunca.

### Lo probado en el proceso

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

1. Copia Decreto No. 0889 de 27 de junio de 2007, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento hecho a la señora Piedad Díaz Monsalve, del cargo de Inspector de Policía Rural Código 306, grado 27 en la inspección de Policía de Bayunca.(fl. 12)
2. Copia de la comunicación de fecha 27 de junio de 2007, por medio del cual se le informa a la señora Piedad Díaz Monsalve que el nombramiento que venía desempeñando fue declarado insubsistente.(fl. 13)
3. Copia certificado expedido por el Director Administrativo de Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, donde consta que la señora Piedad del Rosario Díaz Monsalve, laboró en el Distrito de Cartagena, como Inspector de Policía Rural Código 306, grado 27 en la Inspección de Policía Rural de Bayunca, desde el 12 de julio de 2005 (Decreto No. 0625 de julio 11 de 2005) según Acta de

posesión No. 347 de julio 12 de 2005, hasta el 30 de junio de 2007 (Decreto No. 0889 de 27 de junio de 2007) (fl. 81,99)

De las pruebas documentales obrantes en el proceso y susceptibles de ser valoradas conforme a los artículos 253 y 254 del CPC, se encuentra probado lo siguiente:

- Que la señora PIEDAD DIAZ MONSALVE, fue nombrada mediante Decreto No. 0625 de julio 11 de, como Inspector de Policía Rural, Código 306 grado 27, habiendo tomado posesión del cargo el día 12 de julio de 2005.(fl. 81,99)
- Que el Distrito de Cartagena de Indias, a través Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, declaró insubsistente, a la señora PIEDAD DIAZ MONSALVE, mediante el Decreto No. 0889 de 27 de junio de 2007.(fl. 12)
- Que el Distrito de Cartagena de Indias a través de la comunicación de fecha 27 de junio de 2007, informó a la señora PIEDAD DIAZ MONSALVE, que su nombramiento había sido declarado insubsistente. (fl. 13)
- Que en el acto que aquí se impugna, la entidad demandada no explicó las razones por las cuales daba por terminada su vinculación laboral, es decir que se expidió sin la debida motivación.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, la actora presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, como resultado de la misma, el A quo concedió las pretensiones de la demanda debido a que el acto administrativo demandado, no menciona ni siquiera sumariamente los motivos que conllevaron al nominador a desvincular del servicio al demandante, lo que vulneró el debido proceso y derecho de defensa que le asiste al actor, incurriendo además en una falta de motivación.

La parte demandada apeló la decisión del Juez de primera instancia, manifestando que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el del actor, está ajustada a las leyes que regulan la materia, y es procedente de forma inmotivada y sin procedimiento o condiciones algunas. Más aún, por ser un acto administrativo goza de presunción de legalidad, presunción que no fue desvirtuada por el querellante.

Señala que el acto administrativo cuya nulidad se pretende, se encuentra plenamente ajustado a derecho, y que pese a que se coloca en cabeza del accionante la labor de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, el Juez a-quo decide declarar la Nulidad de los actos acusados, de esta manera concediendo las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, es pertinente señalar la naturaleza del cargo en que se encontraba el actora para poder estudiar la legalidad del acto acusado, es por eso que observa esta Sala que en el presente caso, la actora fue nombrada por la Alcaldía Mayor de Cartagena como Inspector de Policía Rural Código 306 Grado 27 en el corregimiento de Bayunca, en la ciudad de Cartagena, tomando posesión desde el día 12 de julio de 2005.

Igualmente observa esta Sala que si bien, en dicha certificación expedida por el Director Administrativo de Talento Humano visible a folio 99 del expediente, donde consta el tiempo y Decreto por el que fue nombrada la actora, en esta, no se especifica la naturaleza del cargo, es decir si el mismo es de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, no se acredita en este juicio que la entidad demandada haya convocado, adelantado y/o surtido el respectivo concurso de méritos para proveer el citado cargo, como tampoco se acredita que hayan existido razones de servicio para desvincular a la demandante, carga probatoria que le incumbía a la entidad accionada conforme a las previsiones del artículo 177 del C.P.C.

Comparte por ello esta Sala el análisis jurídico que hizo el a-quo en sentencia de primera instancia, al determinar que el cargo que ocupaba la actora era de carrera administrativa, al constatar que en la normatividad que excepciona los cargos que son de carrera administrativa, no incluían el cargo de Inspector de Policía Rural, cargo que era el desempeñado por la señora Piedad Díaz Monsalve.<sup>1</sup>

Por otra parte, si bien queda claro para esta Sala que el cargo que ocupaba la actora era de carrera administrativa, no pasa lo mismo con la modalidad o manera de vinculación de dicho cargo, es decir si era en provisionalidad o si era en propiedad, pues en el presente caso, la misma actora manifiesta en el acápite de los hechos que su vinculación con la entidad demandada era en provisionalidad, pues de otra manera no se encontraría acreditado en el plenario que su vinculación haya sido en propiedad, es decir se tiene que la actora no acreditó estar inscrita en carrera administrativa, razón por la cual la Sala deduce que el nombramiento del actor en el cargo de carrera que ocupaba, lo fue bajo la modalidad de nombramiento en provisionalidad.

En este orden de ideas, esta Sala hace las siguientes precisiones:

Quedó claro que el cargo de Inspector de Policía rural es un cargo de carrera administrativa, en razón de que primero pertenece al nivel profesional y segundo que dicho empleo no se encuentra dentro de alguna de las excepciones a la clasificación genérica de empleos de carrera, consagradas en el artículo 5º de la ley 909 de 2004 vigente al momento del nombramiento de la actora en dicho cargo.

Por ello, la Sala no está de acuerdo con el argumento del recurrente en el sentido de que manifiesta que la señora Piedad del Rosario Díaz Monsalve, fue designada en un cargo de libre nombramiento y remoción, argumento que no comparte esta Sala toda vez, que no podría haber sido la actora de libre nombramiento y remoción, porque sencillamente el cargo de Inspector de Policía no se ajusta a ninguno de los criterios establecidos en el citado artículo 5º de la Ley 909 de 2004 para ser catalogado como empleado de libre nombramiento y remoción.

---

<sup>1</sup> Folio 308-309

Por ello le queda claro a la Sala que el nombramiento de la actora en el referido lo fue en provisionalidad, toda vez que la demandante no demostró en este proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el estar inscrito en carrera administrativa, y que finalmente resulta aplicable la ley 909 del 2004, en razón de que para el momento de la declaratoria de insubsistencia del actor, el acto administrativo acusado fue expedido el día 27 de junio de 2007, siendo entonces necesaria la motivación del acto administrativo que ordena el retiro del servicio.

En efecto, con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004<sup>2</sup>, es decir, cuando regía la Ley 443 de 1998, la desvinculación del funcionario que ocupaba un cargo en provisionalidad no requería de acto administrativo motivado, es decir, no era necesario expresar las causas del retiro, pues se presumía que se expedía por razones del servicio y así era reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>3</sup>, criterio que aún se mantiene para las insubsistencias que se dan antes de la vigencia de la ley 909 de 2004.

No obstante, con la expedición de la Ley 909 y sus reglamentos el Consejo de Estado ha precisado que el régimen anteriormente expuesto fue modificado sustancialmente, pues se estableció una condición más favorable para los empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, toda vez que el retiro del servicio de estos funcionarios debe ahora hacerse mediante acto administrativo motivado.

En efecto, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2010, la Sección Segunda del Consejo de Estado, expuso:

---

<sup>2</sup>Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

<sup>3</sup>Véase entre otras, Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 21 de octubre de 2010, exp. 25000232500020040516302 (2000-2008). CP. Dr. GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN.; Consejo de Estado, Sección Segunda subsección B, sentencia del 26 de febrero de 2009. Rad. N° 680012315000200101897-01 (0058-08), C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia de la sección segunda de 11 de septiembre de 2003, exp. 4714-01 y la sentencia de la subsección B de la sección segunda, exp. 5965-05 ambas con ponencia del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado.

*“(...) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**<sup>4</sup>, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.*

---

<sup>4</sup> De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

*La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>5</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.”<sup>6</sup>*

Así mismo, otra Jurisprudencia un poco más reciente del Honorable Consejo de Estado, ha reiterado en que la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad con posterioridad a la vigencia de la ley 909 de 2004, requiere ser motivada, así lo dice:

*“Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad*

---

<sup>5</sup>La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

<sup>6</sup> Sentencia del 23 de septiembre de 2010, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado. M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente 2500 23 25 000 2005-01341-02. Interno. 0883-2008.

se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año). Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual no ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.”<sup>7</sup>

Teniendo en cuenta los precedentes Jurisprudenciales citados anteriormente, esta Sala señala que la falta de motivación alegada por la actora es fundada y le asiste razón, toda vez que el Decreto acusado habiendo sido expedido con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 909 de 2004, no cuenta con motivación, esto es la expresión de las razones bien sean legales o fácticas que llevaron a la entidad demandada a proferirla.

Advierte la Sala, que si bien en casos anteriores similares ha concedido las pretensiones, pero acogiendo la línea jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional sobre la motivación del acto administrativo que declara insubsistente a un servidor que ocupe en provisionalidad o propiedad un cargo de carrera, a ello ha habido lugar con fundamento en el estudio de la causal de falsa o falta de motivación, por lo que la Sala en esta ocasión decide es con fundamento en el requisito de motivar que expresamente exige la ley 909 de 2004, y siguiendo así mismo el precedente vertical del Consejo de Estado, en el sentido que la entidad aquí demandada ( Distrito de Cartagena de Indias ) si estaba obligada a motivar el acto mediante el cual declaró insubsistente a la señora Piedad Díaz Monsalve por haberse expedido con posterioridad a la vigencia de la ley 909 de 2004.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de fecha doce (12) de Octubre de 2011, Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

Conforme lo anteriormente expuesto, procederá la Sala de Decisión a confirmar la sentencia adiada 19 de Diciembre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda.

### 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

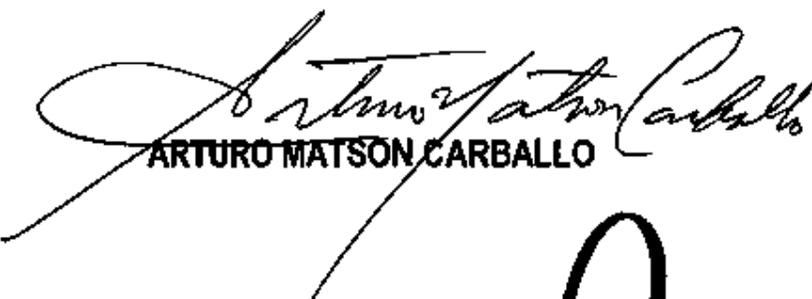
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 19 de Diciembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, con la precisión que el reintegro debe hacerse en provisionalidad.

**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

  
JORGE FERNANDO GALLO





**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0103  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: ERIKA MARQUEZA CARDONA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: MUNICIPIO DE CORDOBA BOLIVAR</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-23-31-002-2003-00352-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE ENERO DE 2014</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 BOLIVAR

---

**-SALA DE ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-**

Magistrado Ponente : **Arturo Matson Carballo**

**SENTENCIA NRD 002/2014**

Cartagena de Indias, D.T. y C., Dieciséis (16) de Enero de dos mil catorce (2014).

**I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Radicación: **No. 13-001-23-31-002-2003-00352-00**

**II. PARTES**

**Demandante:** **ERIKA MARQUEZA PORTO CARDONA** identificado con la cédula de ciudadanía No.52.144.381 de Bogotá.

**Demandado:** **MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar)**

**III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Conforme la competencia otorgada por el Acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede esta Sala especial de descongestión a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha diecisiete (17) de mayo de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**IV. ANTECEDENTES**

**A. LA DEMANDA**

**1. Pretensiones**

En el caso bajo estudio la demandante persigue la declaratoria de nulidad del acto administrativo presunto resultante del silencio administrativo negativo, por medio del cual se entendieron negadas las reclamaciones laborales impetradas por el actor en su calidad de docente del Municipio de Córdoba (Bolívar).-

Además que como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad, a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada reconocer y pagar los siguientes conceptos a su juicio dejados de cancelar:

- a) Intereses sobre las cesantías acumuladas.-
- b) Subsidio familiar de los menores Marcial José, Marcial Andrés y María Inés Rodríguez Porto
- c) Auxilio de Transporte
- d) Prima de alimentación
- e) Auxilio de movilización rural
- f) Prima vacacional correspondiente al 40% del salario para el año 1997 y del 50% del año 1998 en adelante.
- g) Bonificación por laborar en zona de difícil acceso, mineras o inseguras.
- h) Dotación de calzado y vestido de labor.
- i) Salarios caídos o sanción moratoria

## 2. Los hechos

Narra el apoderado de la parte actora que la señora ERICA MARQUEZA PORTO CARDONA, por lo menos hasta la fecha de presentación de la demanda, venía vinculado al municipio de Córdoba desde mayo 4 de 1994 en el cargo de docente.

Cuenta además que el municipio de Córdoba le adeuda por sus servicios los siguientes derechos desde la fecha de su vinculación:

- a) Intereses sobre las cesantías acumuladas.-
- b) Subsidio familiar de los menores Marcial José, Marcial Andrés y María Inés Rodríguez Porto.
- c) Auxilio de Transporte
- d) Prima de alimentación
- e) Auxilio de movilización rural
- f) Prima vacacional.
- g) Bonificación por laborar en zona de difícil acceso, minera o insegura.
- h) Dotación de calzado y vestido de labor.
- i) Salarios caídos o sanción moratoria

Manifiesta que por estar su mandante prestando servicios a la docencia le es aplicable el régimen previsto en el decreto ley 2227 de 1979, ley 91 de 1989, ley 115 de 1994 entre otras disposiciones vigentes.

Que a su mandante la entidad territorial demandada le ha venido cancelando como salario básico mensual los siguientes:

Para el año 1996 \$156.871.00  
Para el año 1997 \$259.907.00  
Para el año 1998 \$334.069.00  
Para el año 1999 \$407.690.00  
Para el año 2000 \$462.900.00  
Para el año 2011 \$503.402.00

Finalmente dice que en cumplimiento a lo dispuesto en el art. 70 del C.P.C., agotó la vía gubernativa de reclamo indicada en la ley 58 de 1982; que posee el título de docente y que se encuentra inscrito en el grado 4° del escalafón nacional.

### **3.- Normas violadas y concepto de la violación**

El accionante considera que con la expedición del acto administrativo presunto demandado, resultante del silencio administrativo negativo, se han infringido las siguientes disposiciones:

- Artículos 1, 2, 25 y 53 de la Constitución Política.
- Decreto ley 2227 de 1989
- Ley 9 de 1989 art. 15
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1848 de 1969
- Decreto 1045 de 1978
- Ley 115 de 1994, art. 107 y 115
- Decreto 109 de 1985, art. 15
- Decreto 45 de 1997
- Decreto 1999 de 1987, art. 16
- Ley 21 de 1982
- Ley 70 de 1988
- Decreto 1978 de 1989
- Resolución 386 de 1990
- Decreto 524 de 1975
- Decreto 134 de 1985
- Decreto 707 de 1996
- Decreto 89 de 1986
- Ley 50 de 1990
- Artículos 65, 150 y ss, 250 y ss 300 y ss del C.S. del trabajo
- Ley 58 de 1982
- Ley 446 de 1998
- Decreto 1381 de mayo 26 de 1997
- Decreto 45 de 1997
- Decreto 47 de 1998
- Decreto 051 de 1999
- Decreto 2279 de 2000
- Decreto 2713 de 2001
- Decreto 688 de 2002

Manifiesta el apoderado de la parte actora que con la conducta asumida por los Alcaldes del Municipio de Córdoba, como ordenadores del gasto que lo son, han violado los postulados de los artículos 1, 2, 25 y 53 de la Carta Política de Colombia, y las demás normas citadas como violadas, por falta de aplicación, siendo su deber hacerlo en atención a que son de imperioso cumplimiento por ser de orden público y porque resguardan derechos irrenunciables y constituyen a su juicio derecho adquirido del actor ejerciendo una labor con esfuerzo y dedicación y dice que el municipio demandado no puede desconocer el valor del trabajo como lo enuncia el art. 53 ejusdem.

En apoyo de su argumento trae a colación la sentencia C. 555 del 6 de diciembre de 1994 emanada de la Corte constitucional, la cual según señala reconoció el status de empleado público a todos los docentes que tenían vinculados, incluso con orden de prestación de servicios, comportamiento en que dice se quisieron disfrazar los alcaldes y demás nominadores amparado en la ley 80 de 1993.

Que si bien es cierto la administración al momento de escoger a sus funcionarios lo hace, como debe ser, sobre la existencia de presupuestos y la necesidad de sus servicios para desempeñar ese cargo, no indica ello que imponga su voluntad sobre sus derechos e intereses, hacerlo le corresponde acudir a los estrados judiciales competentes para hacérselos respetar como lo hace en estos momentos.

Finalmente que la entidad demandada no puede unilateralmente entrar a variar los derechos de sus servidores máxime cuando existe la ley que se los tiene reconocidos.

## **B. LA DEFENSA**

En el trámite de la primera instancia la parte demandada no presentó escrito de contestación de la demanda.

## **C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, dictó sentencia el 17 de mayo de 2013, donde desestimó las pretensiones de la demanda bajo las siguientes consideraciones:

Como primera medida el juez a quo precisó que, el derecho de petición mediante el cual se agotó la vía gubernativa, se aportó en copia simple, por lo cual advirtió que carece de valor probatorio, y además de ello no contiene fecha de presentación o recibo del mismo.

Reiteró que el documento aportado carece de valor probatorio, por lo que a falta de documentos idóneos se ubica en la imposibilidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que acusa.

Dijo que el silencio administrativo negativo no es equiparable a una respuesta, se trata de una ficción, para fines procesales y establecidos en beneficio del administrado, pero que no cumple con los presupuestos de una respuesta que de satisfacción a la petición elevada a la Administración. La administración solo pierde la posibilidad de contestar cuando el administrado hace uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto ficto o acude a la autoridad judicial y se profiere el auto admisorio que admite la demanda en contra de aquel. Así lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que "... cuando el administrado se encuentra frente a la figura del silencio administrativo negativo, la vía gubernativa no se agota de manera automática, y puede elegir entre dos opciones: (i) acudir a la jurisdicción directamente o, (ii) esperar una respuesta efectiva de la administración, sin que esta última opción le genere consecuencias adversas, como contabilizar el término de caducidad de la respectiva acción contenciosa a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo.

Concluyó el A quo, que resulta jurídicamente imposible otorgar mérito probatorio a los documentos allegados en fotocopia simple que la parte accionada no reconoce, razón por la cual y ante la ausencia de pruebas, denegó las pretensiones de la demanda.

#### **D. LA APELACION**

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia donde manifiesta que el Juez en sentencia de primera instancia deniega las suplicas de la demanda, argumentando que "Resulta jurídicamente imposible otorga merito probatorio a tal documento allegado en fotocopia simple que la parte accionada no reconoce... la cual y ante la ausencia de pruebas respecto de la petición..."

Sobre el particular manifestó el recurrente que dentro del expediente contentivo del proceso no milita escrito de la contestación de la demanda por parte del Municipio de Córdoba Bolívar, evento que contradice lo dicho por el señor Juez cuando manifiesta que la parte accionada no reconoce el derecho de petición invocado por la actora.

Que en el caso bajo estudio, el señor juez al emitir decisión de fondo, debió aplicar los presupuestos establecidos en el artículo 249 y 250 del Código de Procedimiento Civil.

Manifiesta también, que con relación a los documentos en copias simples, es imperioso destacar que dichos documentos no fueron tachados de falsos por la parte accionada.

Considera el recurrente, que dentro de este contexto, se infiere, que existe dentro del acervo probatorio elementos de juicio para emitir una providencia que condene al accionado a pagar y reconocer lo pedido en la demanda, por lo que, solicito al H. Tribunal Administrativo de Bolívar, se sirva a revocar la providencia de fecha 17 de mayo de 2013, mediante el cual negó las suplicas de la demanda y en consecuencia conceda la pretensiones de la demanda.

#### **V. TRÁMITE PROCESAL 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.

El Procurador judicial delegado para esta Corporación, no solicitó traslado especial y por ende no emitió concepto.

El día 22 de noviembre de 2013 la Secretaría General del Tribunal pasó este proceso al despacho de ésta Sala especial de descongestión para proferir la respectiva sentencia, a lo cual se procede previas las siguientes:

#### **VI. CONSIDERACIONES**

##### **1. Competencia.**

De conformidad con el artículo 133 Inc. 1º del C. C. A. este Tribunal es competente para conocer en

segunda instancia del recurso de apelación de la sentencia de fecha 17 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo en descongestión 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. Acto demandado**

Se demanda dentro del presente asunto, la nulidad del acto ficto presunto proveniente del silencio administrativo negativo, que se generó según se menciona en la demanda, por la no contestación del derecho de petición presentado a la administración el día 15 de noviembre de 2000 y que se encuentra en el expediente entre los folios 19-20.

## **3. El problema jurídico a resolver.**

De los argumentos expuestos por el A quo y los motivos de inconformidad de la apelante, surge el problema jurídico a resolver en esta instancia, el cual consiste en determinar, i.- si el aportar en copia simple el derecho de petición, con el cual se configura el silencio negativo, es motivo suficiente para no proceder a su estudio por carecer de valor probatorio, o si por el contrario el derecho de petición aportado en copia simple puede ser valorado como prueba.

En el evento que se pueda estudiar el fondo del asunto, esta Sala deberá entonces resolver los siguientes problemas jurídicos que a continuación se mencionan:

ii.- Determinar si efectivamente dentro del presente asunto, se configura el acto administrativo ficto presunto derivado del silencio administrativo negativo.

iii.- Determinar ¿si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas que afirma le dejó de pagar la entidad demandada?

Procedamos entonces al desarrollo de los problemas jurídicos planteados de la siguiente manera:

**i.- Si el aportar en copia simple el derecho de petición, con el cual se configura el silencio negativo, es motivo suficiente para no proceder a su estudio por carecer de valor probatorio, o si por el contrario el derecho de petición aportado en copia simple puede ser valorado como prueba.**

La señora ERICA MARQUESA PORTO CARDONA, mediante apoderado, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho encaminada a obtener la nulidad del acto administrativo presunto generado por la falta de respuesta a la petición presentada por la demandante a la Alcaldía Municipal de Córdoba Bolívar.

El A quo denegó las pretensiones de la demanda de la referencia, señalando en primer lugar que en el caso de marras no hubo un adecuado agotamiento de la vía gubernativa, toda vez que en la petición inicial no se discutió la aplicación de las normas que ahora se señalan en la demanda.

Además de ello, indicó el Juez de Primera instancia que el derecho de petición mediante el cual se agotó la vía gubernativa, se aportó en copia simple, por lo cual carece de valor probatorio.

En cuanto a la relacionado con el valor probatorio que se le debe dar a la copia simple, mediante sentencia de 28 de Agosto de 2013, dando alcance al principio de la buena fe y la lealtad procesal, la Sección Tercera. Subsección C. del H. Consejo de Estado. Rad. Núm. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022), precisó:

*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.”*

En el presente asunto observa esta Sala que la parte demandada no contestó la demanda, por lo que se puede llegar a la conclusión de que la entidad demandada no se opuso al material probatorio aportado al proceso.

Otro aspecto a tener en cuenta del por qué la parte demandante presentó en copia simple la reclamación administrativa, es debido a que dicha reclamación fue presentada por el abogado LUIS E. GOMEZ MEZA, en representación de 49 personas, lo que da a entender que cada persona debió quedarse con una copia del documento, lo que le imposibilitaba a la demandante presentar el documento en original.

Por otra parte es preciso indicar que el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencias del 4 de octubre de 2012 y del 14 de marzo de 2013, decidió las demandas presentadas por JAIME NAVARRO ESPELETA y MARY RUIZ PALENCIA, respectivamente, en contra del Municipio de Córdoba, demandas en la cual se enjuiciaba el mismo acto administrativo que se demanda dentro del presente asunto, y donde se resolvió el fondo del asunto.

En conclusión esta Sala estima pertinente proceder al estudio del fondo del asunto, lo que indica que no se comparte la tesis del juez de primera instancia, consistente en afirmar que por ser presentado el documento con el cual se pretende demostrar el silencio negativo en copia simple, este no debe ser valorado, pues esta Sala es del criterio que dicho documento si puede ser analizado como prueba toda vez que se observa que el mismo estuvo aportado durante todo el proceso y no fue tachado de falso por el apoderado de la parte demandada teniendo la oportunidad de haberlo efectuado.

Como consecuencia de la resolución al primer problema jurídico planteado, es del caso pasar a estudiar el segundo problema jurídico.

ii.- Determinar si efectivamente dentro del presente asunto, se configura el acto administrativo ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo.

Al respecto de la figura del silencio administrativo negativo, el código contencioso administrativo lo regula de dos formas, frente a la petición inicial, que también se le conoce por la doctrina como el silencio negativo sustantivo, y frente a los recursos de la vía gubernativa, que se le conoce como el silencio negativo procesal.

Sobre el silencio negativo sustantivo, el artículo 40 del C.C.A, dispone lo siguiente:

*"Transcurrido un plazo de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades ni las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa con fundamento en él, contra el acto presunto"*.

Y con relación al silencio negativo procesal, esta lo normado por el artículo 60 ibídem, que dispone:

*"Transcurrido un plazo de dos (2) meses contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa."*

*El plazo mencionado se interrumpirá mientras dure la práctica de pruebas.*

*La ocurrencia del silencio administrativo negativo previsto en el inciso 1° no exime a la autoridad de responsabilidad, ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo*

En el caso sometido a examen del despacho, está plenamente acreditado que el demandante, el día 15 de noviembre de 2000, por intermedio de apoderado y mediante derecho de petición solicitó al Alcalde Municipal de Córdoba (Bolívar), el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales definitivas a que considera tener derecho así como de la indemnización por supresión del empleo de carrera que dice ocupaba en esa entidad territorial.-

En efecto, a folios 19 y 20 de la demanda, encuentra el despacho la copia del mencionado derecho de petición, que fue presentada por la parte actora al Municipio demandado, la cual tiene constancia de haber sido recibido efectivamente el día 15 de noviembre de 2000.

Y si bien es cierto dicho documento fue aportado por la parte actora en copia simple, como ya se resolvió en el primer problema jurídico planteado en esta sentencia, si se le dará valor probatorio a la reclamación administrativa.

No ha sido desvirtuado tampoco, el que la entidad demandada no notificó a la demandante respuesta alguna a la petición antes mencionada, dentro del plazo de los tres (3) meses siguientes a su presentación como lo dispone el art. 40 ejusdem y tampoco para la fecha de presentación de esta demanda.

Por tal razón, considera esta Sala que la acción bajo examen estuvo presentada en debida forma, atacando el acto administrativo presunto negativo de la entidad demandada, puesto que el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, dispuso que la acción sobre actos presuntos pueda interponerse en cualquier tiempo, es decir, sin someterse a un término de caducidad.

En conclusión con relación al segundo problema jurídico planteado, el acto administrativo demandado es el acto ficto o presunto negativo, resultante del silencio administrativo negativo de la entidad demandada, al no decidir las peticiones de reconocimiento de los conceptos salariales y prestacionales, elevados por la demandante el día 15 de noviembre de 2000.

En este punto pasa la Sala a analizar el tercer problema jurídico planteado dentro del presente asunto.

**iii.- Determinar ¿si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas que afirma le dejó de pagar la entidad demandada?**

Dependiendo de la respuesta al interrogante anterior, la Sala debe decidir si es procedente o no declarar la nulidad del acto administrativo acusado.

Pero antes de dar respuesta al problema anterior, como quiera que el demandante alega que tenía una vinculación con el municipio de Córdoba en calidad de docente de tiempo completo en la Escuela urbana Mixta No. 2 desde el 4 de mayo de 1994, en consecuencia en materia prestacional, se rige por el régimen especial aún vigente para los educadores.

Sobre el particular, se debe acudir entonces a lo normado por la ley 91 de 1989, que en el artículo 15 dispone la normatividad aplicable a los docentes en materia de prestaciones económicas y sociales, veamos:

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

*1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

*2.(...)*

*3. Cesantías:*

*A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

*B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1° de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de*

1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

#### 4. Vacaciones:

*Las vacaciones del personal docente que se vincule a partir del 1º de enero de 1990, continuarán regidas por lo previsto en el Decreto-Ley 2277 de 1979. Esta Ley no incluye la prima de vacaciones a que tienen derecho de manera general los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con el Decreto 1045 de 1978.*

*Parágrafo 1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuando su situación financiera lo permita, podrá extender los servicios asistenciales a las familias de los docentes de acuerdo con el reglamento que se expida.*

*Parágrafo 2. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no pagará las siguientes prestaciones, que continuarán a cargo de la Nación como entidad nominadora, en favor del personal nacional o nacionalizado, vinculado antes o con posterioridad al 31 de diciembre de 1989: Primas de navidad de servicios y de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte o movilización y vacaciones. (Negritas fuera de texto)*

Es decir, que en materia de prestaciones económicas y sociales para los docentes territoriales que se vincularon al servicio a partir del 1º de enero de 1990, como es por ejemplo el caso de la actora, que se vinculó al Municipio de Córdoba como docente de la Escuela urbana Mixta No. 2, el 4 de mayo de 1994, en consecuencia en materia de prestaciones sociales y factores de salario, le eran aplicables de un lado los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, pero además lo dispuesto por el Decreto-Ley 2277 de 1979.-

Ahora bien, respecto de los docentes territoriales, es preciso también hacer referencia a la Ley 60 de 1993, en especial al Decreto 196 de 1995, por el cual se reglamenta el artículo 6º de la citada ley.

Tal precepto establece que el personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal debe ser afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respetando el régimen prestacional vigente de la entidad territorial que los haya vinculado. Para tal efecto se tiene que los docentes territoriales, son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1º de enero de 1976 sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975<sup>1</sup>.

Así las cosas, los docentes territoriales se clasifican en:

1. **Docentes departamentales, distritales y municipales:** Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial con cargo a su propio presupuesto y que pertenecen a su planta de personal. De acuerdo con su fuente de financiación pueden ser:
  - 1.1. **Recursos Propios:** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial con cargo a su propio presupuesto.
  - 1.2. **Financiados:** Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial, que pertenecen a la planta de personal del municipio o departamento y que durante la vigencia de los convenios (Entidad Territorial - Fondo de Financiación para la Inversión Social - FIS) eran financiados 100% por la Nación.

<sup>1</sup> Artículo 10 En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría ni el Distrito Especial, ni los municipios, podrán a cargo de la nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional

- 1.3. Cofinanciados: Son los docentes vinculados por nombramiento de la respectiva entidad territorial, que pertenecen a la planta de personal del distrito, departamento o municipio y que durante la vigencia de los convenios (entidad territorial - Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social – FIS) eran cofinanciados por la Nación 70% y 30% a cargo de la entidad territorial.
- 1.4. Docentes Establecimientos Públicos: Son los vinculados por nombramiento del gobierno nacional para laborar en establecimientos públicos con cargo a sus propios recursos, la Nación le trasladaba los recursos.

Precisado lo anterior, la Sala considera necesario además hacer algunas reflexiones, con relación a la naturaleza y características de las prestaciones sociales y factores salariales que son reclamados por la parte actora, a saber: los intereses a las cesantías, la sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías, la prima vacacional, la dotación de calzado y vestido de labor, el subsidio familiar, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, el auxilio de movilización rural y la bonificación por laborar en zona de difícil acceso.

### **Intereses a las cesantías**

Con relación a esta prestación social, tenemos que de acuerdo con el literal b del art. 15 de la ley 91 de 1989, se estableció que para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Es decir, que de acuerdo a esta ley, se debe reconocer y pagar a los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, intereses sobre el saldo de las cesantías que tenga acumuladas a 31 de diciembre de cada año, por lo cual es claro que esta es una prestación social diferente al auxilio de cesantía.-

### **La sanción por no pago oportuno o mora en el pago de los intereses a las cesantías:**

La Sala tampoco accederá al reconocimiento solicitado de la mora en el pago de intereses sobre cesantías en razón a que en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes, no existe disposición que lo establezca, pues los artículos 1º, inciso segundo, y 5º del Decreto 116 de 1976, que reglamentan la Ley 52 de 1972 se refiere a los intereses anuales a las cesantías de los trabajadores particulares, no de los servidores públicos y, por ende, no tienen cabida en el presente caso.

### **De la sanción moratoria por consignación extemporánea o por pago extemporáneo de cesantías.**

Como primera medida, mencionar que todo funcionario público (así como todo trabajador del sector privado o de entidades sin ánimo de lucro) tiene derecho al pago oportuno de sus salarios y prestaciones sociales y, por tanto, el Estado (o la entidad privada) tiene el deber correlativo de mantener los recursos necesarios para atender sus obligaciones laborales en el momento en que ellas se causen.

En el caso concreto de las cesantías, éstas deben pagarse a los trabajadores en el momento de su retiro o dentro del término razonable que confiera la ley, dado que dicha prestación constituye para

éstos un derecho adquirido que tiene por objeto atender a su manutención durante el tiempo que se encuentren vacantes.

El auxilio de cesantía se concibe entonces como un derecho del trabajador de creación legal, originado en los servicios subordinados que se prestan al empleador, que tiene como objeto básico y primordial cubrir el infortunio en que aquél se puede ver enfrentado por desocupación, al perder su empleo, sin perjuicio del pago de avances para las finalidades establecidas en el ordenamiento jurídico; desde esta perspectiva, es un ahorro que constituye una prestación social. Se trata de un verdadero derecho económico que no puede ser desconocido por el empleador o por la autoridad estatal, sin vulnerar derechos fundamentales, pues constituye el ahorro hecho por el trabajador durante el lapso laborado, y se incrementa en el transcurso del tiempo.

La cesantía es pues una prestación social a la que tienen derecho los empleados públicos, entre ellos los del orden territorial. Se reconoce cuando se rompe el vínculo entre la administración y el funcionario, caso en el cual es definitiva, o cuando se dan los supuestos para su otorgamiento de forma parcial, sin que el vínculo laboral cese, como cuando su pago está relacionado con necesidades de adquisición o mejoramiento de vivienda.

Ahora bien, con relación a las cesantías definitivas, para la fecha de presentación de la demanda, esto es para el 17 de marzo de 2003, la norma que estaba vigente en relación al pago oportuno de las cesantías definitivas de los servidores públicos, era la ley 244 de 1995 que hoy está subrogada por la ley 1071 de 2006.-

En cuanto al pago de la cesantía definitiva reconocida la citada ley 244 de 1995 disponía lo siguiente:

**ART. 1º—Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes la entidad patronal deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley**

**PAR.—En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hace falta anexar**

**Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo**

**ART. 2º—La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha en la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.**

**PAR —En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual sólo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste. (Negrillas y subrayas son del despacho)**

Como puede observarse, el espíritu de la ley 244 de 1995 es proteger el derecho de los servidores públicos que se retiran del servicio, a percibir puntualmente la liquidación definitiva del auxilio de cesantía. En tal sentido, en dicha norma se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago definitivo del auxilio de cesantía, consagrando, entre otros asuntos, una multa a cargo de la Administración y a favor del empleado, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo, en caso de constituirse la mora en el pago de las cesantías.

En todo caso, la mora en el pago por incumplimiento en la cancelación definitiva del auxilio de cesantías, se contabiliza es a partir de la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas; esto es, cuando no se interpongan recursos contra el mismo, cuando se renuncie expresamente a ellos o cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

#### La prima vacacional.

Esta prestación social para el caso de los docentes de los servicios educativos estatales, fue creada por el decreto 1381 de mayo 26 de 1997 y consiste en una cantidad de dinero que se paga anualmente, equivalente actualmente, según lo normado por el artículo 1º del citado decreto a un porcentaje del 40% del salario mensual para el año de 1997 y del 50% a partir del año 1998.-

De acuerdo también con el párrafo 1º del artículo 2º del decreto 1381 de 1997, a dicha prestación se tiene derecho una vez finalizado el año académico correspondiente, por cada año de servicios prestados y se debe pagar dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del disfrute de las vacaciones.

Por último dicha prestación prescribe al igual que el derecho vacacional en 4 años a partir de la fecha en que se haya causado el derecho.(Dcto. 1045/78 art. 31)<sup>2</sup>

#### Dotación de calzado y vestido de labor

En cuanto a la dotación esta es una prestación social consistente en la entrega gratuita y material de un vestido y un calzado a cargo del empleador y para uso del servidor en las labores propias del empleo que ejerce.

El fundamento legal de esta prestación social lo constituye la ley 70 de 1988<sup>3</sup> y el decreto 1978 de 1989 que la reglamenta.

De acuerdo con el artículo 2º del decreto 1978 de 1989, el suministro del calzado y vestido de labor deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año.

A su vez el artículo 3º ejusdem, dispone que *"Para tener derecho a la dotación a que se refiere este Decreto, el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por lo menos tres (3) meses en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro, y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente"*.

#### Subsidio Familiar.

Según el artículo 1º de la ley 21 de 1982 el subsidio familiar consiste en una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios, a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en

<sup>2</sup> Artículo 31º Dto 1045 de 1978.- De la prescripción de la prima vacacional. El derecho a percibir la prima vacacional prescribe en los mismos términos del derecho a vacaciones

<sup>3</sup> Artículo 1º Ley 70 de 1988- Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1978 de 1989, la entrega de esta dotación para el trabajo no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso

proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representan el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Según el artículo 7º de la ley 21 de 1982, están obligados a pagar el subsidio familiar:

1. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.
2. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y **los Municipios**.
3. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal.
4. Los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

Igualmente, establece del artículo 11 ibídem se deduce que el aporte de la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y **los Municipios**, para el pago del subsidio familiar es equivalente al 4%.

Señala así mismo el art. 18 ejusdem, que son beneficiarios del régimen del subsidio familiar los trabajadores al servicio de los empleadores señalados en el artículo 7º de dicha ley, que además, reúnan los siguientes requisitos:

1. Tener el carácter de permanentes.
2. Encontrarse dentro de los límites de remuneración señaladas en el artículo 20;
3. Haber cumplido los requisitos de tiempo trabajado indicados en el artículo 23, y
4. Tener personas a cargo, que den derecho a recibir a la prestación, según lo dispuesto en el Capítulo IV de esta Ley.

Además se menciona en el art. 20 y en el 23 que tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepasen los cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales, siempre y cuando laboren 96 al mes, y que sumados sus ingresos con los de su conyuge o compañero (a), no sobrepasen los seis (6) salarios mínimos legales mensuales.

Por último, señalar que conforme el artículo 6º de la ley 21 de 1982, *“Las acciones correspondientes al subsidio familiar prescriben en los términos del Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo el derecho a la cuota correspondiente a un mes determinado, caduca al vencimiento del mes subsiguiente en relación con los trabajadores beneficiarios que no hayan aportado las pruebas del caso, cuando el respectivo empleador, haya pagado oportunamente los aportes de Ley por intermedio de una Caja de Compensación Familiar o de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero”*.

### **El Auxilio de transporte.**

El auxilio de transporte es una figura jurídica creada para aquellos trabajadores que devenguen hasta dos (2) veces el salario mínimo legal mensual vigente, siempre que éstos laboren en lugares donde se preste el servicio público de transporte (urbano o rural) y deban utilizarlo para desplazarse de su residencia al sitio de trabajo, sin tener en cuenta la distancia ni el número de veces al día que deba pagar pasajes.

El auxilio de transporte fue creado por la ley 15 de 1959, y reglamentado por el Decreto 1258 de 1959, y para los empleados públicos por el art. 50 del decreto 1042 de 1978, con el objetivo de subsidiar el costo de movilización de los empleados desde su casa al lugar de trabajo.

Quedan exentos los empleadores que presten este servicio a los trabajadores en forma gratuita y exclusivamente tendrán derecho a este auxilio los trabajadores que residan a una distancia de mil (1000) metros o más del lugar del trabajo.

El auxilio de transporte no hace parte del salario, puesto que no constituye ingresos para el empleado, tiene por objeto facilitar al empleado llegar al sitio de labor pero no constituye una remuneración por su trabajo.

Es por esta razón que el auxilio de transporte no se incluye como base para el cálculo de los aportes parafiscales, vacaciones ni de seguridad social, sin embargo, por disposición expresa del artículo 7º de la ley 1ª de 1.963, el auxilio de transporte si debe ser incorporado al salario para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales.

#### **El auxilio o subsidio de alimentación.**

El subsidio de alimentación es un beneficio que el trabajador recibe como retribución de la prestación de su servicio. Consiste en el pago habitual y periódico de una suma de dinero destinada a la provisión de alimento del empleado. Es uno de los elementos constitutivos de salario, de conformidad con el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978.

El subsidio mensual de alimentación se reconoce a los empleados públicos de las entidades y organismos de los departamentos, municipios y distritos, que:

1. Devenguen una asignación básica mensual no superior a un millón ciento cincuenta y seis mil veintitrés pesos (\$1.156.023) moneda corriente.
2. Se encuentren prestando sus servicios a la entidad, por lo tanto, cuando el empleado se encuentra en vacaciones, licencia o suspendido no habrá lugar al reconocimiento; así mismo, cuando la entidad les suministre alimentos tampoco se podrá percibir.

También se le reconoce a los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial y a los servidores de las Empresas Sociales del Estado, que tienen la calidad de trabajadores oficiales, quienes tendrán derecho de conformidad con lo pactado en el contrato de trabajo o de acuerdo con lo previsto en el reglamento interno o convención colectiva.

#### **Del Incentivo por ruralidad o bonificación por laborar en zonas de difícil acceso.**

El 8 de febrero de 1994 se expidió la Ley 115 que consagra las normas generales para regular el Servicio Público de la Educación inspirada en los principios constitucionales del derecho a la educación que tiene toda persona, en las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra y en su carácter de servicio público.

Dicha ley en su artículo 134 establece:

***" Incentivo especial para ascenso en el escalafón.- Los docentes estatales que presten sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de seguridad o mineras, disfrutarán, además, de una bonificación especial y de una disminución en el tiempo requerido para el ascenso dentro del escalafón, según reglamentación que expida el Gobierno Nacional"***

El citado artículo 134 fue reglamentado por el Gobierno nacional mediante el Decreto 707 de abril 17 de 1996, para el otorgamiento de estímulos para los docentes que prestaran sus servicios en zonas de difícil acceso o en situación crítica de inseguridad o mineras, señalando en los artículos 1º, 3º inc. 2º y 8º lo siguiente:

**"Artículo 1º.** *Los docentes y directivos docentes que presten sus servicios en los establecimientos estatales, ubicados en zonas de difícil acceso o que se encuentren en situación crítica de inseguridad o en territorios de explotación minera, gozarán de una disminución en el tiempo requeridos para el ascenso dentro del Escalafón Nacional Docente y de una bonificación remunerativa especial mientras se desempeña de manera permanente en dichas zonas, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Reglamento.* (Negrillas extratexto).

**Artículo 3º.** ("...") *Los gobiernos Departamental, Distrital y Municipal, según sea el caso, determinarán y autorizarán además, el otorgamiento de una bonificación remunerativa especial para los docentes y directivos docentes de que trata este decreto, previa incorporación de los recursos necesarios, provenientes del situado fiscal o de sus rentas propias dentro del Plan de Desarrollo Educativo de la entidad territorial y con el lleno de los requisitos legales que regulan el respectivo presupuesto.*

**"La autoridad competente mediante reglamento territorial determinará la cuantía, oportunidad, forma de pago y momento a partir del cual comienza a percibirse el beneficio de la bonificación, aplicando uno de los siguientes criterios:**

- 1- *Un salario mensual equivalente a la asignación básica mensual pagadero una vez al año o distribuido en varios pagos durante la vigencia fiscal.*
- 2- *Un porcentaje proporcional según el tiempo de servicio, calculado sobre la asignación básica mensual del educador según su grado en el Escalafón Nacional Docente, pagadero mensualmente, con un tope mínimo del 8% de acuerdo con los rangos que para tal efecto establezca la entidad territorial".*

("...")

**"La entidad territorial expedirá el primer reglamento para el otorgamiento de la bonificación remunerativa especial a los docentes directivos docentes que haya vinculado al servicio y remunerare con recursos de su presupuesto, dentro de los noventa (90) días siguientes a la vigencia del presente Decreto "**

**Artículo 8º.** *La reglamentación a que se refiere el último inciso del artículo 3º del presente decreto o sus modificaciones, se expedirán con la intervención técnica y administrativa del Ministerio de Educación Nacional, a través de la Secretaría Técnica o la dependencia que haga sus veces, hasta el momento en que los departamentos y distritos obtengan la certificación ordenada por la Ley 60 de 1993, para asumir la administración de los servicios educativos estatales, si con dicho acto administrativo se compromete recursos del situado fiscal" (Negrillas fuera de texto).*

Señala también el Decreto 707 de abril 17 de 1996, (art. 40) que determinada la zona de difícil acceso o crítica inseguridad o los territorios de explotación minera siguiendo los criterios dados en la misma norma y expedido el reglamento que se refiere el artículo 30, la Secretaría de Educación elaborará el listado de los establecimientos educativos estatales que se encuentren ubicados en las mismas, con los nombres de los docentes y directivos docentes que tienen derecho a recibir tales beneficios.

Se establece la obligación de las Secretarías para mantener actualizado el listado, de acuerdo con las variaciones ocurridas en la determinación de las zonas, la adición o supresión de establecimientos educativos y las modificaciones con relación a los docentes (art. 50).

Sin embargo, por mandato del artículo 113 de la ley 715 de 2001, esta norma fue derogada de manera tácita y en su reemplazo el último inciso del artículo 24<sup>4</sup> de esta ley previó un incentivo solo para los docentes que laboren en zonas rurales de difícil acceso, dejando a criterio del gobierno su posterior reglamentación.

Pero fue tan solo hasta el año 2004 que el gobierno nacional expidió el decreto 1171 por el cual se reglamentó el inciso 6º del artículo 24 de la Ley 715 de 2001 en lo relacionado con los estímulos para los docentes y directivos docentes de los establecimientos educativos estatales ubicados en áreas rurales de difícil acceso en el cual se establecieron las condiciones y requisitos para reconocer y pagar este incentivo.

Entre las principales novedades de la reglamentación del decreto 1171 de 2004 tenemos:

a. Se facultó a los gobernadores y alcaldes el señalar anualmente las aéreas rurales de difícil acceso en la respectiva entidad territorial.

b. Para definir un área rural de difícil acceso se fijaron los siguientes criterios: Que sea necesaria la utilización habitual de dos o más medios de transporte para un desplazamiento hasta el perímetro urbano; que no existan vías de comunicación que permitan el tránsito motorizado durante la mayor parte del año lectivo y que la prestación del servicio público de transporte terrestre, fluvial o marítimo, tenga una sola frecuencia (ida o vuelta) diaria.

c. Se facultó a las Secretarías de Educación de cada entidad territorial certificada el señalar de manera anual las sedes de los establecimientos educativos ubicados en las aéreas de difícil acceso; cuyos docentes tienen el derecho al pago de esta bonificación especial.

d. Se estableció que los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en áreas rurales de difícil acceso, **tendrán derecho a una bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario que devenguen**; y que esta bonificación se pagaría proporcionalmente al tiempo laborado durante el año académico en las sedes de los establecimientos educativos

Por las dificultades que se presentaron en la aplicación práctica de esta norma, el 17 de febrero de 2010, el gobierno nacional derogó el decreto 1171 de 2004 y expidió el decreto 521 del mismo año que nuevamente se ocupó de los estímulos para los docentes que laboran en zonas de difícil acceso.

Las principales novedades que señaló esta nueva norma se resumen así:

a. El Gobernador o Alcalde de cada entidad territorial certificada en educación deberá determinar cada año, mediante acto administrativo, y simultáneamente con el que fija el calendario académico, antes del primero (1º) de noviembre de cada año para el calendario "A" y antes del primero (1º) de julio para el calendario "B", las zonas rurales de difícil acceso y las sedes de los establecimientos educativos estatales de su jurisdicción

---

<sup>4</sup> “Art. 24. (...) . . . Los docentes que laboran en áreas rurales de difícil acceso podrán tener estímulos consistentes en bonificación, capacitación, y tiempo, entre otros, de conformidad con el reglamento que para la aplicación de este artículo expida el Gobierno Nacional.”

b. Para definir las zonas de difícil acceso se establecieron los siguientes criterios: Que sea necesaria la utilización habitual de dos o más medios de transporte para un desplazamiento hasta el perímetro urbano; que no existan vías de comunicación que permitan el tránsito motorizado durante la mayor parte del año lectivo y que la prestación del servicio público de transporte terrestre, fluvial o marítimo, tenga una sola frecuencia, ida o vuelta, diaria.

c. Los docentes y directivos docentes que laboren en establecimientos educativos estatales, cuyas sedes estén ubicadas en zonas rurales de difícil acceso, tendrán derecho a una **bonificación equivalente al quince por ciento (15%) del salario básico mensual que devenguen**. Esta bonificación no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto, se pagará mensualmente, y se causará únicamente durante el tiempo laborado en el año académico. Se dejará de causar si el docente es reubicado o trasladado, temporal o definitivamente, a otra sede que no reúna la condición para el reconocimiento de este beneficio, o cuando la respectiva sede del establecimiento pierda la condición de estar ubicada en zona rural de difícil acceso.

#### **Del auxilio de movilización rural para docentes.**

Este beneficio denominado auxilio de movilización para los docentes que laboren en áreas rurales de difícil acceso, fue establecido por el **decreto 45 de 1997** expedido en desarrollo de las normas generales señaladas en la ley 4ª de 1992, en los siguientes términos:

*"Los educadores oficiales que trabajen en los Departamentos creados en el artículo 309 de la Constitución Política, o en áreas rurales de difícil acceso o poblaciones apartadas, determinadas previamente por la autoridad competente, de conformidad con las normas que se encuentren vigentes, recibirán durante los meses de labor académica un auxilio mensual de movilización, a partir del 1° de enero de 1997 de nueve mil ciento setenta pesos (\$9.170) m/cte."*

#### **4. De los hechos probados**

Una vez realizadas las anotaciones anteriores referentes la normatividad y jurisprudencia en la que se enmarcan los conceptos salariales y prestacionales pretendidos por el actor, esta Sala procederá a hacer un análisis de las pruebas que obran en el expediente, con la finalidad de precisar aquellos hechos que se encuentran probados y a partir de ellos poder luego desatar el problema jurídico planteado.

En tal sentido tenemos que en la demanda en el hecho número uno, el apoderado de la actora manifiesta que esta viene vinculada laboralmente al municipio de Córdoba – Bolívar desde 1994 en calidad de docente y que dicho vínculo está vigente.

Para demostrar esa afirmación, se acompañó con la demanda copia simple del Decreto No.42 de mayo 4 de 1994 por el cual el Alcalde del Municipio de Córdoba –Bolívar, nombró en propiedad en el cargo de maestra municipal de la Concentración escolar Gilberto Alvarez a ERICA MARQUEZA PORTO CARDONA (FI.10), se anexó además acta de posesión de fecha 4 de mayo de 1994 de la señora antes mencionada (FI.11), copia simple de decreto 119 de noviembre 27 de 1996 por el cual se nombró a la actora posteriormente en el cargo de maestra municipal de la escuela Urbana Mixta No. 2 especialidad básica primaria, acta de posesión de fecha 27 de noviembre de 1996 (FI.12) y copia simple de la resolución No. 1597 de septiembre 4 de 2000, expedida por la Junta seccional de

escalafón del Departamento de Bolívar, por la cual se asciende a la demandante en el grado cuatro del escalafón nacional docente (Fl. 13) y certificación de fecha 29 de noviembre de 2001 expedida por el Secretario de educación del municipio de Cordoba (Bolívar), en la cual se hace constar que la señora ERICA MARQUEZA PORTO CARDONA labora como profesora de tiempo completo en la escuela Urbana Mixta No. 2 desde el 4 de mayo de 1994.(ver folio 13 del expediente)

Ahora bien, a pesar de que estos documentos a que hemos hecho referencia obran en copia simple, no obstante la Sala les reconocerá valor probatorio, por la misma razón que hicimos al inicio de estas consideraciones, respecto al derecho de petición presentado por el actor para agotar la vía gubernativa el 15 de noviembre de 2000.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se procederá a darles valor probatorio a la copia simple del Decreto No.42 de mayo 4 de 1994 por el cual el alcalde del Municipio de Córdoba –Bolívar, nombró en propiedad en el cargo de maestra municipal de la Concentración escolar Gilberto Alvarez a ERICA MARQUEZA PORTO CARDONA, a la copia simple de acta de posesión 4 de mayo de 1994 de la señora antes mencionada, a la copia simple de decreto 119 de noviembre 27 de 1996 por el cual se nombró a la actora posteriormente en el cargo de maestra municipal de la escuela Urbana Mixta No. 2 especialidad básica primaria y a la acta de posesión de fecha 27 de noviembre de 1996 toda vez que se observa que estas no fueron tachados de falsas por el demandado, teniendo la oportunidad para hacerlo en la contestación de la demanda.

De acuerdo a lo dicho, la Sala tendrá por probado respecto el hecho número uno de la demanda, pero solamente en cuanto a que efectivamente está acreditado que la actora sí estuvo vinculada laboralmente al municipio de Córdoba - Bolívar desde el 4 de mayo de 1994 fecha en la cual se posesionó del cargo de maestra municipal de la Concentración escolar Gilberto Alvarez para el cual fue nombrada en provisionalidad mediante decreto No.42 de mayo 4 de 1994 expedido por el entonces Alcalde del Municipio de Córdoba –Bolívar.

Pero no se tendrá por probado de ese mismo hecho, en cuanto a que para la fecha de presentación de la demanda, dicha actora aún permanecía vinculada laboralmente al municipio de Córdoba, pues en ese aspecto el apoderado de la parte demandada en el alegato de conclusión presentado en la primera instancia, manifestó que la señora ERICA MARQUEZA PORTO CARDONA no tenía vinculación legal y reglamentaria con el municipio sino con el Departamento de Bolívar por cuanto asegura que el municipio de Córdoba no se encuentra certificado en educación, siendo el Departamento de Bolívar quien tiene la carga de administrar y prestar el servicio público de educación en dicho municipio desde la promulgación de la ley 715 de 2001 por lo que sería esta la entidad obligada a cancelarle dichos conceptos reclamados.

Y esta Sala le encuentra asidero jurídico a esta aseveración del apoderado del municipio de Córdoba, pues según información tomada de internet de la página del Ministerio de Educación Nacional, se observa que en el Departamento de Bolívar los únicos municipios que se encuentran certificados en materia educativa son el Distrito de Cartagena de Indias y el Municipio de Magangué.<sup>5</sup>

Lo anterior tiene mucha importancia para el caso bajo examen, pues al no estar certificado en materia educativa el Municipio de Córdoba, la consecuencia que también estableció la ley 715 de

---

<sup>5</sup> Ver página web [//www.mineducacion.gov.co/1621/articles-101943\\_bolivar.pdf](http://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-101943_bolivar.pdf).

2001, es que la prestación del servicio educativo en los municipios no certificados quedaría a cargo de los Departamentos conforme el art. 6º numeral 6.2.1., al igual que la administración de las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, conforme el numeral 6.2.3. ibidem.-

En consecuencia es claro que desde el 31 de diciembre de 2001, fecha en que se publicó y entró en vigencia la ley 715 de 2001, la planta de personal docente del municipio de Córdoba al no estar certificado en materia educativa dicho municipio, la asumió el Departamento de Bolívar, luego se puede concluir que su vínculo laboral con esa entidad territorial culminó el 31 de diciembre de 2001 como lo señala la parte demandada, por lo que las reclamaciones salariales y prestacionales de la actora posteriores al 31 de diciembre de 2001, no se estudiarán porque no le corresponde asumirlas al municipio de Córdoba sino al Departamento de Bolívar, entidad que no fue demandada en este asunto.-

Está igualmente demostrado el hecho quinto de la demanda referido a los sueldos básicos cancelados a la actora como docente mientras estuvo vinculada al Municipio de Córdoba, entre los años 1996 a 2001.

En efecto, a folio 15 del expediente, obra certificación en ese sentido de fecha 11 de octubre de 2001, expedida por el entonces Tesorero Municipal de esa entidad territorial y acompañada por la actora, certificación de sueldos que además estaría ratificando nuestra primera conclusión en el sentido de que la actora solo estuvo vinculada laboralmente con el municipio de Córdoba hasta el año 2001, puesto que de haber estado por un periodo superior a esa fecha, entonces porque no se certificó los sueldos posteriores de la actora, si la demanda fue presentada en el año 2003?

El hecho número siete, referido al agotamiento de la vía gubernativa por parte de la actora, ya habíamos expresado también que está demostrado con el memorial visible a folios 19 y 20 del expediente, y por tanto nos remitimos a lo dicho.-

Y finalmente se tiene como probado el hecho noveno, según el cual la actora posee el título de docente y que se encuentra inscrita actualmente en el grado No. 11 del escalafón nacional docente, pues a solicitud del despacho a quo, la Gobernación de Bolívar, con oficio recibido el 10 de diciembre de 2012, remitió copia de la resolución No. 01697 del 5 de septiembre de 2011, expedida por la Secretaría de Educación y cultura del Departamento de Bolívar, de la cual se deduce claramente esa situación. (folio 63 del expediente)

#### **5. De la solución al caso concreto.**

Analizando detenidamente en la demanda el capítulo del concepto de violación, encuentra la Sala que el cargo de violación del acto impugnado, básicamente se refiere es a la supuesta violación de las normas citadas como violadas por falta de aplicación, la cual habría conllevado a que la entidad territorial demandada, dejase de reconocerle y cancelarle a la actora los conceptos salariales y prestacionales que reclama.

Ahora bien, este cargo de violación el apoderado de la actora solamente se limita a señalar que se dejaron de aplicar las disposiciones citadas como violadas, pero en realidad no explica de que manera la decisión impugnada es atentatoria contra los mismos, lo cual ha de recordarse que según lo establecido en el artículo 137, numerales 3º y 4º del Código Contencioso Administrativo, en la demanda, entre otros requisitos, deben indicarse los hechos u omisiones que sirven de fundamento a las pretensiones y además de señalarse las normas pretendidamente violadas se debe expresar el

concepto de la violación, pues en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad, sino limitado a los hechos u omisiones alegados y a las normas que fueron citados como violadas y al motivo de la violación.-

Pese a lo anterior, la Sala a fin de no sacrificar el derecho sustancial, por darle prelación a normas procesales, interpreta en conjunto la demanda, con las pretensiones, hechos, normas violadas y concepto de violación, y de este esfuerzo interpretativo, entiende que la vulneración de las normas citadas como violadas es porque la demandante asegura que no le fueron reconocidos unos conceptos salariales y prestacionales a los que asegura tuvo derecho en su calidad de docente del municipio de Córdoba.

Para abordar entonces la solución del referido cargo de violación, en primer lugar la Sala señala que los derechos reclamados son emanados de su supuesta relación laboral como docente territorial con el Municipio de Córdoba, de lo cual ya dijimos que está probado ese hecho.

Partiendo de lo anterior, pasemos entonces a analizar la situación referida a cada una de las prestaciones sociales y factores salariales reclamados.

Con relación a los intereses de cesantías, la mora en el pago de intereses de cesantías y a la sanción moratoria por no pago oportuno de estas, habría que decir en primer lugar que la actora, por haberse vinculado al Municipio de Córdoba en calidad de docente el 4 de mayo de 1994, es decir con posterioridad al 1º de enero de 1990, en consecuencia en materia de cesantías estaba cobijado era por el régimen de liquidación anual de estas y no por el de retroactividad.

Siendo así, conforme el artículo 15, numeral 3, literal b), de la Ley 91 de 1989, el actor si tenía derecho a que se le reconociera y pagara un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Al respecto el Consejo de Estado<sup>6</sup> ha analizado la viabilidad de acceder a dicho reconocimiento con cargo a la entidad empleadora, con base en las siguientes disposiciones normativas:

Artículo 15, numeral 3, literal b), de la Ley 91 de 1989, que dispone:

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

...

***B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de***

<sup>6</sup> Ver entre otras, las Sentencias de Subsección B, Sección Segunda, del 26 de julio de 2001, radicado interno No. 0965-2001, actor James Alfonso Tique Aranda; del 20 de febrero de 2003, radicado interno No. 4730-2001, actor Luz Elena Rodríguez Rodríguez, y Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda, del 09 de octubre de 2003, radicado interno 5701-2002, actor Melquisedec Guayara Sánchez.

*captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.”.*

Hay que mencionar, que el artículo 5º del Decreto 196 de 25 de enero de 1995 estableció la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales, financiados con recursos propios de las entidades territoriales, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el artículo 7 ibídem preceptúa:

*“El pago de las prestaciones sociales de los docentes departamentales, distritales y municipales vinculados con recursos propios de las entidades territoriales que, en los términos de la definición contenida en el artículo 2 del presente Decreto, se hayan causado antes de su incorporación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones, son de responsabilidad directa de las entidades territoriales o de las cajas de previsión o entidades que hagan sus veces, en donde hayan efectuado los correspondientes aportes.”.*

Con fundamentado en las disposiciones transcritas se ha sostenido que el reconocimiento de los intereses a las cesantías a cargo de la entidad empleadora cuando esta ha incumplido la obligación de afiliación del docente al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es viable y opera de forma independiente a la reclamación y reconocimiento de las cesantías. Al respecto sostuvo la sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 20 de febrero de 2003, M. P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado:

*“Acorde con el párrafo anterior, solamente la “incorporación” efectiva al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, liberaría al MUNICIPIO DE SANTA ISABEL de asumir el pago de la acreencia laboral reclamada. Mientras esto no suceda, le corresponde la carga de pagarle al docente los conceptos que se causen por intereses a las cesantías...”*

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente es posible concluir que la actora en su calidad de docente, ya se encuentra afiliada al fondo prestaciones sociales del Magisterio, lo que en principio podría hacernos pensar que es a dicho fondo a quien le deben ser reclamada dicha prestación social, sin embargo, existen disposiciones normativas (artículos 7º del decreto 196 de 1995 y 7º del decreto 2370 de 1997), que permiten concluir que el pago de los intereses de cesantías causados, hasta antes de la incorporación del docente al Fondo, corren a cargo del municipio.

Luego como la actora está reclamando al municipio demandado el pago de los intereses de cesantías, desde la fecha de su vinculación, que recordemos fue el 4 de mayo de 1994, en consecuencia es necesario hacer algunas precisiones en relación a la prescripción del derecho reclamado sobre los intereses de cesantías, por lo que se analizaran las normas que enmarcan este contradictorio.

En tal sentido tenemos que en aplicación del artículo 15 numeral 3º Literal B de la ley 91 de 1989 el interés a la cesantía de la docente demandante, debió liquidarse y pagarse por la entidad territorial demandada así: los intereses correspondientes al año 1994 en el año 1995, los intereses causados

en el año 1995, durante el año de 1996, los intereses causados en el año 1996, durante el año de 1997, y así sucesivamente.

Ahora bien, ya dijimos que el interés a la cesantía tiene la naturaleza de una prestación social y consiste en el derecho a un rendimiento sobre el saldo de cesantías existentes al 31 de Diciembre de cada año, deben ser liquidadas anualmente y sin retroactividad, en este orden de ideas se le debe aplicar el mismo término de prescripción de la cesantía definitiva que es de 10 años consagrado en el artículo 2536 del Código Civil para las acciones ordinarias, se considera este el termino y no la prescripción de tres años que opera para otras prestaciones sociales y para el derecho que tienen los beneficiarios del docente fallecido a reclamar sus cesantías, teniendo en cuenta que el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 establece:

*“ 1. las acciones que emane de los derechos consagradas en el decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.”*

Entonces, como en los mencionados decretos no se regula la cesantía definitiva, ni el pago de los intereses, por lo tanto no se aplica dicho término de prescripción, sino el de 10 años.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que concluir que el derecho al pago de intereses de cesantías por el periodo que se causó el 4 de mayo de 1995 a partir de esa fecha empezó a correr el término prescriptivo de 10 años, que se vencían el 4 de mayo de 2005 y como en el expediente consta que la reclamación administrativa de la actora se presentó el 15 de noviembre de 2000, en consecuencia resulta suficientemente claro que hubo interrupción de la prescripción, por lo que igualmente resulta indefectible concluir que el derecho al pago de intereses de cesantías por ese periodo no le prescribió a la actora.

Por la misma razón esta misma conclusión resulta respecto del pago de intereses de cesantías que se causaron en los años 1996, 1997, 1998 y 1999, pues el derecho al pago de esa prestación social por esos lapsos prescribían el 4 de mayo de 2006, 4 de mayo de 2007, 4 de mayo de 2008 y 4 de mayo de 2009, respectivamente; y ya hemos dicho que la reclamación del actor en vía gubernativa se hizo el 15 de noviembre del 2000 es decir interrumpiendo oportunamente la prescripción.-

Por lo anterior, la Sala revocará parcialmente la sentencia impugnada y, en su lugar, condenará a la entidad demandada a reconocerle y pagarle a la actora intereses a la cesantía de que trata el artículo 15, numeral 3, literal b), de la Ley 91 de 1989, generados entre el 4 de mayo de 1994 y la fecha de su incorporación al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En cuanto al reconocimiento y pago de la mora de intereses de cesantías, como ya se expresó anteriormente, la Sala no accederá a este pedimento en razón a que en el ordenamiento jurídico aplicable a los docentes, no existe disposición que lo establezca sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias que se puedan derivar de dicha omisión.

Y en cuanto al otro concepto reclamado en la demanda de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías, tampoco se reconocerá, puesto que no ha habido retiro de la actora, ni se demuestra que haya existido reconocimiento ni parcial ni definitivo del auxilio de cesantías.

Es decir, en este asunto la demandante no se encuentra retirada del servicio docente, ni ha solicitado el reconocimiento parcial de cesantías, razón por la cual condenar a la entidad accionada a su reconocimiento y pago no es jurídicamente viable.

Por consiguiente con relación al pago de sanción moratoria por pago extemporáneo de cesantías se negaran las pretensiones.

Con relación a la prima vacacional que también es reclamada por la actora hay que mencionar en primer lugar que para los docentes del nivel territorial, el derecho a dicha prestación social surge es a partir de la expedición del Decreto 1381 de mayo 26 de 1997, pues antes de ello, los docentes estatales no tenían prevista dicha prestación social, pues el numeral 4º del art. 15 de la ley 91 de 1989 por la cual se crea el Fondo de prestaciones sociales del magisterio, claramente así lo dispone, veamos:

*"4. Vacaciones:*

*Las vacaciones del personal docente que se vincule a partir del 1o. de enero de 1990, continuarán regidas por lo previsto en el Decreto-Ley 2277 de 1979. Esta Ley no incluye la prima de vacaciones a que tienen derecho de manera general los empleados públicos del orden nacional, de acuerdo con el Decreto 1045 de 1978."*

Sobre este punto ha dicho el Consejo de estado lo siguiente:

*"Los docentes Estatales no tenían derecho a la Prima de Vacaciones tal como se aprecia hasta ahora, ni era aplicable el Decreto 1045 de 1978, que fijó las reglas generales sobre prestaciones sociales de los servidores públicos del Sector Nacional (literal d. artículo 5). En virtud de tal ausencia prestacional, fue profendido el Decreto 1292 de 14 de mayo de 1997, estableciendo la Prima de Vacaciones para los Docentes de los Servicios Educativos Estatales a cargo del Situado Fiscal. El Decreto 1292 de 14 de mayo de 1997, fue derogado por el artículo 7 del Decreto 1381 de 26 del mismo mes y año ... La derogatoria expresa de la norma aludió a las disposiciones que le fueran contrarias, en especial aquellas contenidas en el Decreto 1292 de 1997, por lo que considera la Sala que la motivación para la creación de la Prima de Vacaciones, dada su inexistencia legal para el sector Docente continuó vigente en el Decreto 1381 de 1997, ratificándose así la ausencia del derecho prestacional de la demandante antes de la expedición de esta normativa. Ahora bien, una vez analizados los Certificados de Salarios allegados por la Alcaldía de Itagüí según lo ordenado por la Sala mediante el Auto de 5 de febrero de 2009, demuestran que la demandante devengó la Prima de Vacaciones durante los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y 2006, desvirtuándose el cargo alegado respecto de su reconocimiento y pago".<sup>7</sup>*

En consecuencia, como la actora reclama el pago de la prima vacacional por los años 1996 a 2001, en consecuencia es claro que no podrá serle reconocido por la anualidad de 1996, y solo es pertinente analizar la situación a partir del año 1997.

Sin embargo, también es necesario hacer algunas precisiones en relación a la prescripción del derecho reclamado sobre la prima vacacional.

En tal sentido tenemos que el artículo 6º del Decreto 1381 de mayo 26 de 1997 establece que en los aspectos generales de la prima vacacional que no estuviesen contemplados en dicho decreto se regirían por lo normado por el decreto 1045 de 1978 y por las normas que lo reglamenten, modifiquen o sustituyan.

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B"  
Consejero ponente BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D. C., ventidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009)  
Radicación número: 05001-23-31-000-1998-04017-01(2245-05) Actor ELCY OMAIRA RUIZ YEPES Demandado MUNICIPIO DE ITAGUI

Conforme a dicha remisión normativa tenemos que el art. 31 del decreto 1045 de 1978, establece que el derecho al reconocimiento y pago de la prima vacacional prescribe en igual forma que el derecho a las vacaciones, por consiguiente el término de prescripción de esta prestación social es de cuatro (4) años a partir de la fecha en la cual se haya causado el derecho, sin embargo el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual.

Veamos cual es la situación del actor respecto al derecho a la prima vacacional surgido a partir del año 1997:

Ahora bien, dentro del expediente no existe evidencia alguna del disfrute de vacaciones por parte de la actora, pero tampoco aparece prueba de que dichas vacaciones le hubiesen sido aplazadas por la administración demandada, lo cual en caso de haberse hecho tendría que ser a través de acto administrativo el cual habría interrumpido el plazo de prescripción.

Pero como la demandante no está reclamando el derecho al pago de las vacaciones, sino el pago de la prima vacacional, debe entender la Sala entonces que si hubo disfrute de las vacaciones, por lo que el derecho a la prima vacacional por el periodo vacacional que se causó el 4 de mayo de 1997 a partir de esa fecha empezó a correr el término prescriptivo de 4 años, que se vencían el 4 de mayo de 2001 y como en el expediente consta que la reclamación administrativa de la actora se presentó el 15 de noviembre de 2000, en consecuencia resulta suficientemente claro que hubo interrupción de la prescripción, por lo que igualmente resulta indefectible concluir que el derecho a la prima vacacional por ese periodo no le prescribió a la actora.

Esta misma conclusión resulta respecto de la prima vacacional que se causó el 4 de mayo de 1998, el 4 de mayo de 1999 y 4 de mayo de 2000, pues a partir de esas fechas, empezó a correr el término prescriptivo de 4 años, que se vencían el 4 de mayo de 2002, 4 de mayo de 2003 y 4 de mayo de 2004, respectivamente, habiéndose interrumpido la prescripción con la reclamación presentada el 15 de noviembre de 2000.

Por consiguiente con relación a la reclamación de la prima vacacional por los años 1997 a 2000, la Sala declarará que no se encuentra prescrito el derecho y como la actora asegura que no le fueron canceladas, al respecto la Sala considera que la manifestación de la actora constituye una negación indefinida, por lo que al operar el fenómeno de inversión probatoria, incumbía a la demandada desvirtuarlo demostrando, mediante la prueba pertinente, que en contrario si hubo el pago de la referida prima vacacional por esas anualidades, pero la demandada prefirió no contestar la demanda sin aportar prueba alguna que desvirtúe la negación indefinida planteada por el apoderado de la actora referida a la falta de cancelación de la prima vacacional por los años 1997 a 2000, por lo que esta Sala declarará que la demandante si tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague la prima vacacional por los años 1997 a 2000 de la siguiente manera:

Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1996 al 4 de mayo de 1997, como para el año 1997 la remuneración de la actora era de \$259.907.00, en consecuencia conforme el artículo 1º del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 40% del salario mensual, esto es a la suma de \$103.842,8.00.-

Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1997 al 4 de mayo de 1998, como para el año 1998 la remuneración de la actora era de \$334.069.00, en consecuencia conforme el artículo 1º del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 50% del salario mensual, esto es a la suma de \$167.034,5.-

Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1998 al 4 de mayo de 1999, como para el año 1999 la remuneración de la actora era de \$407.690.00, en consecuencia conforme el

artículo 1º del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 50% del salario mensual, esto es a la suma de \$203.845.00.-

Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1999 al 4 de mayo de 2000, como para el año 2000 la remuneración del actor era de \$462.900.00, en consecuencia conforme el artículo 1º del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 50% del salario mensual, esto es a la suma de \$231.450.00.-

Las anteriores sumas deberán ser canceladas una a una al actor de forma indexada, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente prima vacacional por anualidad, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Con relación a la prima vacacional por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 2000 al 4 de mayo de 2001, no se reconocerá ni ordenará su pago toda vez que no consta que sobre esta, el demandante hubiese efectuado la respectiva reclamación administrativa, y con relación a la prima vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 2001 al 4 de mayo de 2002, tampoco se reconocerá en la medida en que su pago ya le correspondía en ese momento era al Departamento de Bolívar y no al Municipio de Córdoba.

Pasamos ahora al estudio de la prestación social referida a la dotación de calzado y vestido de labor que reclama la actora desde la fecha de su vinculación al municipio de Córdoba (4 de mayo de 1994) hasta el año 2001, verificando de igual forma si se hallan o no prescritas.

En cuanto a la dotación esta es una prestación social consistente en la entrega gratuita y material de un vestido y un calzado a cargo del empleador y para uso del servidor en las labores propias del empleo que ejerce.

El fundamento legal de esta prestación social lo constituye la ley 70 de 1988<sup>8</sup> y el decreto 1978 de 1989 que la reglamenta.

De acuerdo con el artículo 2º del decreto 1978 de 1989, el suministro del calzado y vestido de labor deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año.

A su vez el artículo 3º ejusdem, dispone que *"Para tener derecho a la dotación a que se refiere este Decreto, el trabajador debe haber laborado para la respectiva entidad por lo menos tres (3) meses*

<sup>8</sup> Artículo 1º Ley 70 de 1988- Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente. Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 1978 de 1989, la entrega de esta dotación para el trabajo no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso.

*en forma ininterrumpida, antes de la fecha de cada suministro, y devengar una remuneración mensual inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente”.*

Pues bien, revisado el expediente, resulta evidente que la actora, para el periodo comprendido entre los años 1996 a 2001 devengó el equivalente a menos de dos (02) salarios mínimos legales mensuales, razón por la cual era viable que recibiera dotación de calzado y vestido de labor.

Ahora bien, observa la Sala que en materia de prescripción de derechos laborales a los servidores públicos les son aplicables las normas contenidas en el Código Procesal de Trabajo. De esta manera, la dotación de calzado y vestido de labor prescribe en un lapso de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible, sin embargo el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual.

En efecto, el decreto 1848 de 1969 consagra:

ART.102.

*“Prescripción de las acciones “Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y éste Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hay hecho exigible.*

*El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual”. (Resaltado fuera de texto).*

Igualmente sobre la prescripción de la acción laboral del Código sustantivo del trabajo:

**ART. 488. Regla general.** Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

**ART. 489. Interrupción de la prescripción.** El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.

Y sobre el mismo tema el Decreto 3135 de 1968 establece:

ART. 41.—Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual.

El artículo 151 del código procesal del Trabajo y de la seguridad social, dispone:

“Las acciones que emanan de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. Del simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual.

Y la ley 141 de 1961 en su artículo 488 enseña:

Regla general. "Las acciones correspondientes a los derechos regulado en este código prescriben en tres (3) años, que se encuentran desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código de Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

De otro lado, la honorable Corte Constitucional en sentencia C -745 de 1999, sobre el tema de la prescripción de derechos laborales manifestó:

*"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades<sup>9</sup>, ha realizado el Consejo de Estado, **también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales"**<sup>10</sup>.*

*En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado, manifestado lo siguiente:*

*"La Sala comparte el criterio expuesto en las citadas sentencias del Consejo de Estado, según el cual el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo unificó el régimen de la prescripción en materia laboral, tanto para trabajadores particulares como para empleados oficiales" (...)*

*"(..) Considera la Sala que a partir de dicha disposición quedaron derogadas las normas que establecían prescripciones especiales para trabajadores particulares y empleados oficiales (...)"*:

*"(..) con base en las anteriores premisas y abarcando un panorama más amplio del que ha estado dentro de las proyecciones de este razonamiento, es forzoso llegar a las siguientes conclusiones:*

*"(..) 2. Salvo lo dispuesto en normas que establezcan regímenes prescriptivos especiales como las ya citadas del ramo militar y las relativas a vacaciones y a la prima correspondiente v.gr., las acciones inherentes a los derechos consagrados en beneficios de los empleados oficiales de la rama ejecutiva, por disposiciones distintas de las del Decreto 3135 de 1968, están sometidas a la prescripción instituida en el artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 (Código Procesal del Trabajo).*

*"3. Salvo lo establecido en disposiciones especiales están sujetas a la prescripción del artículo 151 del Decreto 2158 de 1948 tres años) las acciones que emanen de derechos consagrados en beneficio de los demás servidores del Estado como son los de la Rama Jurisdiccional y los de las entidades territoriales".*

---

<sup>9</sup> Pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la sección segunda del Consejo de Estado del 28 de marzo de 1960, del 24 de febrero y julio 1 de 1961, del 21 de septiembre de 1982, del 2 de diciembre de 1982. Igualmente, la sentencia del 19 de noviembre de 1982 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. Carlos Betancur Jaramillo

<sup>10</sup> Sentencia del 16 de noviembre de 1959. C.P.

En consecuencia, observa la Sala que en materia de prescripción de derechos laborales a los servidores públicos les son aplicables las normas contenidas en el Código Procesal de Trabajo. De esta manera, la dotación de calzado y vestido de labor prescribe en un lapso de tres años contados a partir de la fecha en que se hace exigible, sin embargo el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero solo por un lapso igual.

Si traemos esto al caso de la actora, se tiene que el derecho al suministro de calzado y vestido de labor de la actora por todas las anualidades anteriores al 31 de agosto de 1997, se encuentran prescritas pues no fueron interrumpidas, por lo que se negará el derecho a esta prestación social por esas anualidades.

Pero en cuanto al suministro a la actora de la dotación de calzado y vestido de labor del 30 de diciembre de 1997, y las subsiguientes hasta el 30 de agosto de 2000, como quiera que dentro del expediente la actora acompañó prueba que con fecha 15 de noviembre de 2000 reclamó dicha prestación social, se debe entender que hubo interrupción de la prescripción en ese momento.

Así las cosas, el reconocimiento del derecho comprenderá la dotación causada a partir del 30 de diciembre de 1997 en adelante, que no haya sido suministrada, teniendo en cuenta que respecto de periodos anteriores, operó la prescripción del derecho, ya que la reclamación en sede gubernativa, fue elevada el 15 de noviembre de 2000. Lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968.

La dotación se entregará en especie, a razón de tres (3) pares de zapatos y tres (3) vestidos de labor, para el empleo de Docente, por cada año de servicios prestados, teniendo en cuenta que el Decreto 1978 de 1989, en su artículo 2, dispone que el suministro debe realizarse los días 30 de abril, 30 de agosto, y 30 de diciembre de cada año, siempre y cuando no haya prescrito este derecho y la demandante tenga vigente el vínculo laboral. Lo anterior, teniendo en cuenta que el objeto de esta dotación es que el empleado la utilice en las labores contratadas, lo cual es imperativo so pena de perder el derecho a recibirla para el periodo siguiente. Así las cosas, mientras el vínculo laboral se mantenga vigente no hay lugar al pago en dinero.

En caso de que se haya producido el retiro del servicio de la demandante, habrá lugar a reconocer la dotación en dinero, de los periodos adeudados, pues si se ha negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación surge el derecho a la indemnización de esta prestación.

La jurisprudencia y doctrina han señalado que sólo es viable la compensación en dinero, en los siguientes casos: a) Que se trate de fallos judiciales, dentro de los cuales se ordene a la entidad al pago de dicha "Prestación Social" y b) Cuando el reconocimiento de la dotación se haga con posterioridad a la vigencia del vínculo laboral.

Lo anterior se corrobora con el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia 10.400 de abril 22 de 1998, que al respecto, precisó:

*"...El objetivo de esta dotación es que el trabajador la utilice en las labores contratadas y es imperativo que lo haga so pena de perder el derecho a recibirla para el período siguiente. Se deriva por tanto que a*

*la finalización del contrato carece de todo sentido el suministro pues se reitera que él se justifica en beneficio del trabajador activo, más en modo alguno de aquél que se halle cesante y que por obvias razones no puede utilizarlo en la labor contratada. De otra parte no está previsto el mecanismo de la compensación en dinero y, antes por el contrario, el legislador lo prohibió en forma expresa y terminante en el artículo 234 del Código Sustantivo.*

*"...No significa lo anterior que el patrono que haya negado el suministro en vigencia del vínculo laboral, a su terminación queda automáticamente redimido por el incumplimiento, pues ha de aplicarse la regla general en materia contractual de que el incumplimiento de lo pactado genera el derecho a la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable y en favor de la afectada. En otros términos el empleador incumplido deberá la pertinente indemnización de perjuicios, la cual como no se halla legalmente tarifada ha de establecerla el juez en cada caso y es claro que puede incluir el monto en dinero de la dotación, así como cualquier otro tipo de perjuicio que se llegare a demostrar".*

*"...La insatisfacción de las dotaciones ocasiona la indemnización ordinaria de perjuicios cuyo monto por su propia índole tampoco puede dar lugar a la sanción moratoria en caso de retardarse su pago una vez culminado el vínculo laboral".*

*Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-710/96, sostuvo con ocasión de la demanda de inexecutable del artículo 234 del C.S.T.*

*"... es necesario aclarar que la prohibición que consagra la norma acusada rige sólo durante la vigencia de la relación laboral, puesto que finalizada esta, el trabajador podrá solicitar al juez correspondiente, el pago de la misma, si demuestra que durante la vigencia de su contrato, el empleador no cumplió con ella. **En este caso, la prestación incumplida, se pagará en dinero, pues es un derecho que el trabajador tiene, y que no puede renunciar...**".*

Y así lo ha reconocido la Subsección B del Consejo de Estado, al disponer:

*"Sobre el particular, observa la Sala que la Cuenta de Cobro obrante a folio 190 del cuaderno No. 2 indica que el pago por el servicio prestado durante el mes de marzo de 1997 ascendió a la suma de \$204.800, reuniendo el requisito salarial pues el mínimo legal mensual para aquella época era de \$172.005; y aquel del tiempo laborado sobrepasó los 3 meses, debiéndose en consecuencia reconocer la dotación de vestido y calzado a que tuvo derecho el demandante dentro del período que no prescribió (del 24 de diciembre de 1996 al 7 de julio de 1997), que se pagará en dinero tal como lo ha ordenado*

esta Subsección en reiteradas oportunidades.” (subrayado fuera de texto)<sup>11</sup>

Por lo tanto, en caso de haber cesado el vínculo laboral y para efectos de tasar la indemnización, como en este proceso no se determinó el valor del vestido y calzado, y ni siquiera se especificó en el acápite de la demanda correspondiente a la cuantía, ni se aportaron las respectivas cotizaciones, lo que podría llevar a una imprecisión cuántica de la condena y, por ende, a una dificultad en el cumplimiento de la sentencia, se ordenará que en aplicación del principio de primacía de la realidad, se reconozca el valor correspondiente al número de los pares de zapatos y vestidos de labor a cuya dotación tenía derecho, por cada año de servicios, de acuerdo con los toques de cuantía establecidos por el ente territorial en cada vigencia fiscal, al momento de la adquisición de la dotación de los empleados que desempeñan un cargo igual o similar al ocupado por la actora.

En este caso, el valor equivalente a la dotación deberá ser actualizado, como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice Inicial}}$$

En donde el valor presente ( R ) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia certificado por el DANE, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el correspondiente pago. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para la fecha en que se hizo exigible cada obligación teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Seguidamente asumimos el análisis del caso concreto frente a la prestación social reclamada del subsidio familiar y de la cual también se puede fácilmente concluir que el pago de esta prestación por los años 1994 al 15 de noviembre de 1997 se encuentran prescritos, pues la reclamación administrativa que presentó el actor se hizo solo hasta el 15 de noviembre de 2000.

Se observa además, que el actor no inició reclamación administrativa alguna por los subsidios dejados de recibir en el mes de diciembre de 2000 y por el año 2001, por lo que tampoco se reconocerán ni ordenará su pago, y con relación al subsidio familiar que se causó a partir del año 2002, tampoco se reconocerá en la medida en que su pago ya le correspondía en ese momento era al Departamento de Bolívar y no al Municipio de Córdoba.

Quedaría entonces únicamente como procedente el reclamo de los subsidios desde el mes de diciembre de 1997 hasta el 15 de noviembre de 2000, pero para ello la actora debe demostrar que en esas anualidades tenía a su cargo hijos o un grupo familiar.-

Debe recordarse que en cuanto al subsidio familiar, se ha de indicar que éste se instituyó como un sistema de compensación entre los salarios, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las

<sup>11</sup> Sentencia de 30 de julio de 2009, Radicación número: 15001-23-31-000-2000-02298-01(0489-08), SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

necesidades básicas del grupo familiar, por ende, su reconocimiento se da a los trabajadores que devenguen salarios bajos y en atención al número de hijos.

Mirando este aspecto, la Sala encuentra que dentro del expediente la parte actora, no demuestra que durante el año 1997 hubiese tenido a su cargo hijos, pues por el contrario, el primer hijo de la demandante, según la copia simple aportada del respectivo registro civil de nacimiento de MARCIAL JOSE RODRIGUEZ PORTO, da cuenta que este nació el 19 de febrero de 1998, el segundo hijo MARCIAL ANDRES RODRIGUEZ PORTO, a su vez nació el 1º de septiembre de 1999 y el último MARCIA INES RODRIGUEZ PORTO, nació el 23 de septiembre de 2000. (ver copias simples de registros civiles de nacimiento a folios 16, 17 y 18 del expediente)

Por consiguiente, solo se accederá a ordenar a la demandada el pago del subsidio familiar a la actora desde el mes de febrero de 1998 hasta el 15 de noviembre de 2000 por su hijo MARCIAL JOSE RODRIGUEZ PORTO, desde el mes de septiembre de 1999 hasta el 15 de noviembre de 2000, por el otro hijo MARCIAL ANDRES RODRIGUEZ PORTO y desde el mes de septiembre de 2000 hasta el 15 de noviembre de 2000 por la última hija MARCIA INES RODRIGUEZ PORTO.-

Dicho lo anterior pasamos ahora a analizar la situación del actor frente al auxilio de transporte reclamado.

Y revisado el expediente, resulta evidente que la actora, para el periodo comprendido entre los años 1994 a 2001 devengó el equivalente a menos de dos (02) salarios mínimos legales mensuales, razón por la cual era viable que recibiera el auxilio de transporte.

Sin embargo, fuerza concluir que por lo menos el derecho al reconocimiento y pago del auxilio de transporte correspondiente al periodo entre 1994 al 15 de noviembre de 1997 se encuentra prescrito, pues la reclamación administrativa que presentó la actora por ese concepto se hizo solo hasta el 15 de noviembre de 2000, quedando como únicamente procedentes el pago del auxilio de transporte a título de reparación, entre el 15 de noviembre de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2001, pues con relación al auxilio de transporte que se causó a partir del 1º de enero de 2001 en adelante, no se reconocerá ni ordenará su pago toda vez que no consta que sobre este, la demandante hubiese efectuado la respectiva reclamación administrativa y porque tampoco su pago ya le correspondía en ese momento al Municipio de Córdoba sino al Departamento de Bolívar entidad que no es la demandada en este asunto.

Siendo así, como en noviembre de 1998, el salario del demandante era de \$334.069.00, según certificación que obra en el expediente, y el salario mínimo legal mensual, establecido según decreto No. 3106 de 1997, era de **\$203.825.00**, luego sin duda alguna el salario del actor era inferior a dos (2) veces el salario mínimo, procediendo en consecuencia el auxilio de transporte a la actora, que para esa anualidad, en la suma de **\$20.700.00**, según decreto No. 3103 de 1997, por lo que se ordenará pagarle esa suma por los meses de noviembre y diciembre de 1998, debidamente indexada mes por mes.

Durante el año 1999, el salario de la demandante fue de \$407.690.00, también según la certificación que obra en el expediente, y el salario mínimo legal mensual, según decreto No. 2560 de 1998 fue de **\$236.460.00**, por lo que tampoco existe duda en cuanto a que el salario de la demandante era inferior a dos (2) veces el salario mínimo, procediendo igualmente el auxilio de transporte a la actora, que para esa anualidad, estaba en la suma de **\$24.012.00**, según decreto No. 2658 de 1998, por lo que se ordenará pagarle esa suma por los meses de enero al 31 de diciembre de 1999, debidamente indexada mes por mes.

En noviembre de 2000, el salario de la demandante era de \$462.900.00, según certificación que obra en el expediente, y el salario mínimo legal mensual, establecido según decreto No. 2647 de 1999, era de **\$260.100.00**, luego sin duda alguna el salario de la actora era inferior a dos (2) veces el salario mínimo, procediendo en consecuencia el auxilio de transporte a la actora, que para esa anualidad, estaba en la suma de **\$26.413.00**, según decreto No. 2579 de 1999, por lo que se ordenará pagarle esa suma por los meses de noviembre y diciembre de 2000, debidamente indexada mes por mes.

Y durante el año 2001, el salario de la demandante fue de \$503.402.00, también según la certificación que obra en el expediente, y el salario mínimo legal mensual, según decreto No. 2579 de 2000 fue de **\$286.000.00**, por lo que tampoco existe duda en cuanto a que el salario de la demandante era inferior a dos (2) veces el salario mínimo, procediendo igualmente el auxilio de transporte a la actora, que para esa anualidad, estaba en la suma de **\$30.000.00**, según decreto No. 2580 de 2000, por lo que se ordenará pagarle esa suma por los meses de enero al 31 de diciembre de 2001, debidamente indexada mes por mes.

Resuelto lo anterior, pasamos a analizar la situación con relación a la prima o subsidio de alimentación también reclamada por la actora y de la cual se menciona lo siguiente:  
Inicialmente, el Decreto 1042 de 1978 consagró en su artículo 51 el reconocimiento de un subsidio de alimentación para los empleados de las entidades del orden nacional. Las disposiciones de este decreto eran entonces aplicables únicamente al mencionado orden nacional.

Posteriormente, con el Decreto 1919 de 2002, se estableció que todos los empleados públicos del orden territorial gozarían del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional. Sin embargo, no se mencionó el régimen salarial de los empleados del sector territorial.

Así las cosas, se estimó que el reconocimiento del auxilio de alimentación estaba dado únicamente para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, teniendo en cuenta que de conformidad con el Decreto 1042 de 1978 y su campo de aplicación, no era viable extenderlo a los empleados públicos del nivel territorial, en razón a que la facultad para establecerlo estaba en cabeza exclusiva del Gobierno Nacional.

Lo anterior fue reconocido por el Consejo de Estado en fallo del 08 de febrero de 2007, al indicar: *"Finalmente, en cuanto al auxilio de alimentación se encuentra que fue creado por el Decreto 2477 de 1970 a favor de empleados adscritos a entidades del orden nacional (art. 3º), posteriormente el Decreto 165 de 1971 lo amplió a los supernumerarios y finalmente el Decreto 1042 de 1978 en su artículo 51 lo reafirmó a favor de los empleados vinculados a las entidades señaladas en el artículo 1º, todas ellas del orden nacional.*

*Posteriormente, la ley se ha limitado a reajustar su cuantía y a determinar las asignaciones básicas que permiten su reconocimiento. Como se encuentra establecido que el demandante es un empleado del orden territorial, tampoco resulta procedente acceder al reconocimiento de suma alguna por tal concepto".*

Sin embargo, esta posición fue posteriormente modificada por el Consejo de Estado<sup>12</sup>, pues contrariaba el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la Constitución Política y en

<sup>12</sup> Ver fallos. Consejo de Estado, Sección II, No de radicación 15001-23-31-000-2000-02698-01 (7528-05) de 22 de noviembre de 2007, con ponencia del Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado y Consejo de Estado, Sección II, No de radicación 15001-23-31-00-2000-02698-01 (7527-05) de fecha seis de agosto de 2008 con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve.

consecuencia se hacía necesario reconocer a los empleados territoriales las prestaciones del orden nacional y extender la aplicación del Decreto 1042 de 1978.

En razón a lo anterior mediante Decreto Nacional N° 627 de marzo 2 de 2007, el Gobierno Nacional inició un proceso tendiente a establecer homogéneamente el régimen salarial nacional establecido en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados territoriales, comenzando por el subsidio de alimentación. El marco de las negociaciones adelantadas fue el de los Convenios 87, 98, 151 y 154 de la OIT, aprobados en Colombia mediante las Leyes 26 y 27 de 1976, 411 de 1997 y 524 de 1999, y la Ley 4 de 1994 que estipula la concertación como factor de mejoramiento.

Entonces, a partir del año 2007 se creó el derecho al subsidio de alimentación en el orden territorial, sin condicionarlo a las disposiciones del Decreto 1042 de 1978; razón por la que desde ese año los empleados pueden reclamar el subsidio, por lo tanto como la demandante reclama el subsidio familiar es por anualidades que van desde 1994 hasta 2001, en consecuencia no es posible legalmente ordenar su reconocimiento y pago en la medida en que para esa época no se tenía derecho a este factor salarial a nivel territorial; además, en el evento de que si lo estuviese regulado, habría que concluir que el derecho al subsidio de alimentación por los años 1994 hasta el 15 de noviembre de 1997 estaría prescrito al haberse reclamado solo hasta el 15 de noviembre de 2000, mientras que el causado a partir del 15 de noviembre de 2000, no se podría reconocer por no haberse agotado la vía gubernativa.-

Pasamos entonces ahora al estudio del caso concreto frente a la reclamación por la bonificación por laborar en zona de difícil acceso, y al respecto encontramos que dentro del expediente aparece acreditado que la escuela Urbana Mixta No. 2 en el municipio de Córdoba, que es donde labora la actora, se considera como zona rural de difícil acceso, en virtud de la Resolución No.0015 de abril 14 de 1983 expedida por la Junta seccional de escalafón de Bolívar, cuya copia autenticada obra a folios 84 a 86 del expediente, por lo que en principio se cumple con el requisito para que el actor tuviese derecho al reconocimiento de esa prestación.

Sin embargo, hay varios aspectos que no se cumplen y que hacen que no pueda ser reconocido dicho incentivo, veamos:

En primer lugar, está el tema de la prescripción, y es que como la reclamación de dicho concepto la actora solo la efectuó hasta el 15 de noviembre de 2000, en consecuencia respecto al derecho al reconocimiento y pago del incentivo por laborar en zona rural de difícil acceso por las vigencias 1994 hasta el 15 de noviembre de 2000, operó la prescripción trienal, por lo cual no es posible ordenar su reconocimiento y pago.

Y con relación al derecho al incentivo por ruralidad como también se le conoce, que se generó a partir del 15 de noviembre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2001, tenemos que concluir que tampoco es viable concederlo puesto que no están acreditados en el expediente todos los requisitos exigidos por el decreto 707 de 1996, en especial el del artículo 3° consistente en el respectivo reglamento expedido por el Municipio de Córdoba (Bolívar) que hubiese determinado la cuantía, oportunidad, forma de pago y momento a partir del cual se debía comenzar a percibir la bonificación por laborar en zona rural de difícil acceso.-

Es decir, ante la ausencia en el expediente de dicho reglamento expedido por el municipio, no se sabe con certeza cuál fue el criterio adoptado por el Municipio para concederlo, si el de "*Un salario mensual equivalente a la asignación básica mensual pagadero una vez al año o distribuido en varios pagos durante la vigencia fiscal*", o el de "*Un porcentaje proporcional según el tiempo de servicio, calculado sobre la asignación básica mensual del educador según su*

*grado en el Escalafón Nacional Docente, pagadero mensualmente, con un tope mínimo del 8% de acuerdo con los rangos que para tal efecto establezca la entidad territorial".*

Es más no se tiene certeza siquiera de que el municipio hubiese expedido dicho reglamento como le ordenaba hacerlo el decreto 707 de 1996.

Así las cosas, no es posible ordenar el reconocimiento y pago del incentivo o bonificación por laborar en zona de difícil acceso al actor por el periodo desde el 15 de noviembre de 1997 al 31 de diciembre de 2001 por lo dicho, así como tampoco se reconocerá dicho incentivo por el periodo desde el 1º de enero de 2002 en adelante, puesto que respecto de este el actor no hizo la respectiva reclamación administrativa, además que en caso de proceder, su pago tampoco le correspondería al municipio de Córdoba, sino al Departamento de Bolívar, entidad que no es demandada en este asunto.

Finalmente resta solo por pronunciarnos respecto del auxilio de movilización rural que también reclama la actora, y del cual habría que decir, que como dicho auxilio solo se creó a partir del decreto 45 de 1997, en consecuencia es claro que la reclamación del mismo por las vigencias 1994 a 1996 no tienen viabilidad jurídica y por tanto serán negadas.

Y con relación al auxilio de movilización rural generado a partir del 1º de enero de 1997 y hasta el 31 de octubre de 1997, si oportunamente no le fueron cancelados por el Municipio, ahora estos ya estarían prescritos, puesto que la reclamación administrativa por dicho auxilio la hizo la actora el 15 de noviembre de 2000, habiendo operado en consecuencia la prescripción trienal de todos los conceptos salariales y prestacionales reclamados hasta antes del 15 de noviembre de 1997.

Solo procede entonces ordenar a la entidad demandada pagar los auxilios de movilización rural generados desde el 1º de diciembre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2001 así:

Por el mes de diciembre de 1997, el auxilio de movilización rural, según decreto 45 de 1997, fue de \$9.170.00, la cual debe ser cancelada en forma indexada.

Durante el año 1998, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 47 de 1998 en la suma de \$10.638.00 que debe serle cancelado al actor por los 12 meses de dicho año, debidamente indexado.

Durante el año 1999, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 51 de 1999 en la suma de \$12.234.00 que debe serle cancelado al actor por los 12 meses de dicho año, también debidamente indexado.

Durante el año 2000, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 2279 de 2000 en la suma de \$13.364.00 que debe serle cancelado al actor por los 12 meses de dicho año, debidamente indexado.

Y finalmente durante el año 2001, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 2713 de 2001 en la suma de \$14.567.00 que debe serle cancelado a la actora por los 12 meses de dicho año, debidamente indexado.

En conclusión, y por todo lo hasta aquí considerado, concluye la Sala que la sentencia de primera instancia de fecha 17 de mayo de 2013, proferida por el Juzgado primero administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, será revocada en su totalidad pues en el expediente se logró desvirtuar parcialmente la legalidad del acto ficto o

presunto negativo demandado, en la medida en que se demostró que la señora ERIKA MARQUESA PORTO CARDONA si tiene derecho a que la demandada le pague algunos conceptos salariales y prestacionales reclamados, concretamente algunas anualidades de intereses de cesantías, de la prima vacacional, del auxilio de transporte y del auxilio de movilización rural, mientras que en las demás reclamaciones si se negarán las pretensiones unas por prescripción del derecho y otras por no tener derecho a ellas.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala especial de descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO:** Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia de fecha 17 de Mayo de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar disponer lo siguiente:

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo ficto negativo resultante del silencio administrativo, al no dar respuesta al derecho de petición incoado por la actora el 15 de noviembre de 2000.

2.- Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho ordenase el reconocimiento y pago por el ente demandado, a la señora ERICA MARQUESA PORTO CARDONA, de los intereses sobre las cesantías causados entre el 4 de mayo de 1994 y la fecha de su incorporación efectiva al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, teniendo en cuenta para el efecto lo ordenado por el artículo 15, numeral 3, literal b), de la Ley 91 de 1989.

3. También a título de restablecimiento del derecho se declara que la demandante si tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague debidamente indexadas, la prima vacacional por los años 1997 a 2000 de la siguiente manera:

- Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1996 al 4 de mayo de 1997, como para el año 1997 la remuneración de la actora era de \$259.907.00, en consecuencia conforme el artículo 1º del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 40% del salario mensual, esto es a la suma de \$103.962.00.-
- Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1997 al 4 de mayo de 1998, como para el año 1998 la remuneración del actor era de \$334.069.00, en consecuencia conforme el artículo 1º del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 50% del salario mensual, esto es a la suma de \$167.034,5.-
- Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1998 al 4 de mayo de 1999, como para el año 1999 la remuneración del actor era de \$407.690.00, en consecuencia conforme el artículo 1º del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 50% del salario mensual, esto es a la suma de \$203.845.00.-

- Por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1999 al 4 de mayo de 2000, como para el año 2000 la remuneración del actor era de \$462.900.00, en consecuencia conforme el artículo 1° del decreto 1381 de mayo 26 de 1997 tiene derecho por concepto de prima vacacional al 50% del salario mensual, esto es a la suma de \$231.450.00.-

Las anteriores sumas deberán ser canceladas una a una al actor de forma indexada, aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente prima vacacional por anualidad, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

4.- Negar las pretensiones de la demanda con relación a la prima vacacional por el periodo vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 1994 hasta el 4 de mayo de 1996, del 4 de mayo de 2000 y el 4 de mayo de 2001 y con relación a la prima vacacional que se causó entre el 4 de mayo de 2001 y el 4 de mayo de 2002 por las razones expuestas en la parte considerativa.

5.- También a título de restablecimiento del derecho se declara que el demandante si tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el auxilio de transporte de la siguiente manera:

- Por los meses de noviembre y diciembre de 1998, se ordena pagarle debidamente indexada mes por mes la suma de **\$20.700.00.**
- Por los meses de enero a diciembre 31 de 1999, se ordena pagarle debidamente indexada mes por mes la suma de **\$24.012.00.**
- Por los meses de enero a diciembre 31 de 2000, se ordena pagarle debidamente indexada mes por mes la suma de **\$26.413.00.**
- Por los meses de enero a diciembre 31 de 2001, se ordena pagarle debidamente indexada mes por mes la suma de **\$30.000.00.**

6.- Declarar prescrito el derecho al reconocimiento y pago del auxilio de transporte correspondiente al periodo entre 1994 al 15 de noviembre de 1997, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

7.- Negar las pretensiones de la demanda con relación al reconocimiento y pago del auxilio de transporte del actor que se causó a partir del 1° de enero de 2001 en adelante, por lo considerado.

8.- También a título de restablecimiento del derecho se declara que el demandante si tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague el auxilio de movilización rural generados desde el 1° de diciembre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2001 así:

- Por el mes de diciembre de 1997, el auxilio de movilización rural, según decreto 45 de 1997, fue de \$9.170.00, el cual se ordena cancelar al actor en forma indexada.
- Por el año de 1998, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 47 de 1998 en la suma de \$10.638.00, el cual se ordena cancelar al actor por los 12 meses de dicho año, debidamente indexado.
- Durante el año 1999, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 51 de 1999 en la suma de \$12.234.00 el cual se ordena cancelar al actor por los 12 meses de dicho año, también debidamente indexado.
- Durante el año 2000, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 2279 de 2000 en la suma de \$13.364.00 que se ordena cancelar al actor por los 12 meses de dicho año, debidamente indexado.
- Durante el año 2001, el auxilio de movilización rural se estableció por el decreto 2713 de 2001 en la suma de \$14.567.00 que se ordena cancelar al actor por los 12 meses de dicho año, debidamente indexado.

9.- Negar las pretensiones de la demanda en cuanto a la reclamación del auxilio de movilización rural por las vigencias 1994 a 1996 por lo expuesto en la parte motiva.

10.- Declarar prescrito el derecho al auxilio de movilización rural generado a partir del 1º de enero de 1997 y hasta el 31 de octubre de 1997, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.-

11.- Declarar prescrito el derecho al suministro de calzado y vestido de labor del actor por todas las anualidades anteriores al 31 de agosto de 1997, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.-

12.- Condenase al Municipio Córdoba, a suministrar la dotación de vestido y calzado de labor que adeuda a la actora, durante la vigencia de la relación laboral, causadas a partir del 30 de diciembre de 1997 en adelante mientras subsista el vínculo laboral y demuestre cumplir las condiciones de ley.

En caso de no encontrarse vigente el vínculo laboral, el ente demandado deberá compensar en dinero, las dotaciones causadas y no pagadas, conforme a los lineamientos expuestos en esta sentencia.

Las sumas que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor como lo ordena el artículo 178 del C.C.A, siguiendo la fórmula establecida en la parte motiva de esta sentencia.

13.- Declarar prescrito el derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar por los años 1994 al 15 de noviembre de 1997, también por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.-

14.- Negar las pretensiones de la demanda con relación al reconocimiento y pago del subsidio familiar del mes de diciembre de 1997 hasta el 31 de enero de 1998, por las razones expuestas al estudiar ese punto.

15.- Reconocer y ordenar a la demandada el pago a la actora del subsidio familiar desde el mes de febrero de 1998 hasta el 15 de noviembre de 2000 por su hijo MARCIAL JOSE RODRIGUEZ PORTO, desde el mes de septiembre de 1999 hasta el 15 de noviembre de 2000, por el otro hijo MARCIAL ANDRES RODRIGUEZ PORTO y desde el mes de septiembre de 2000 hasta el 15 de noviembre de 2000 por la ultima hija MARCIA INES RODRIGUEZ PORTO.-

16.- Negar las pretensiones de la demanda respecto al reconocimiento de mora de intereses de cesantías y pago de sanción moratoria de cesantías por las razones igualmente expuestas en la parte considerativa.

17.- Declarar prescrito el derecho al reconocimiento y pago del incentivo por laborar en zona de difícil acceso, por las vigencias 1994 hasta el 15 de noviembre de 1997 también por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

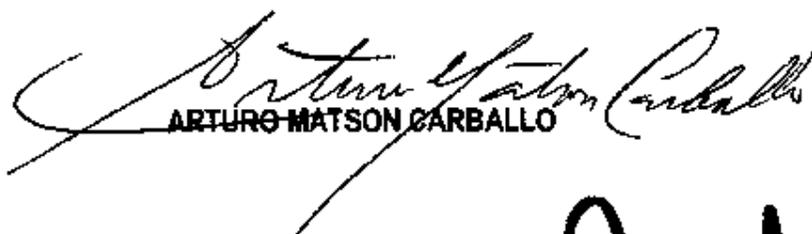
18.- Negar las pretensiones de la demanda respecto al reconocimiento y pago del incentivo por laborar en zona de difícil acceso, a partir del mes de diciembre de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2001, y por el periodo desde el 1º de enero de 2002 en adelante por las razones igualmente expuestas en la parte considerativa.

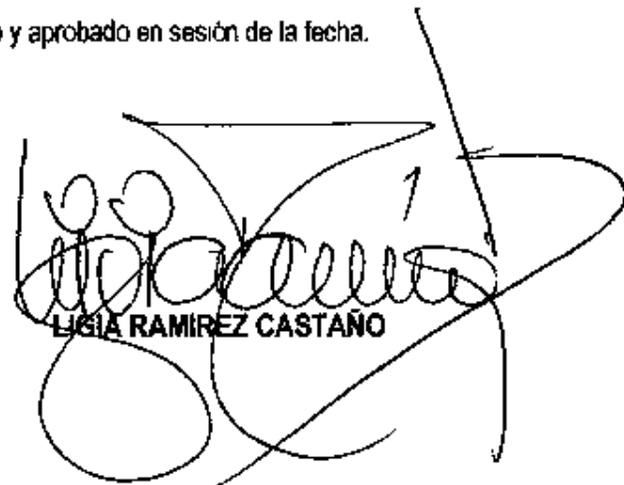
**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al juzgado de origen.

### NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

#### LOS MAGISTRADOS

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LILIA RAMIREZ CASTAÑO

  
JORGE ELECER FANDIÑO GALLO



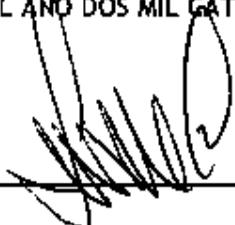
**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0104  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: EL PROVEEDOR S-A</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: U-A-E DIAN</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-008-1999-01359-02</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: SEIS (06) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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. 333 / 2013**

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

**TEMA:** Incumplimiento Transporte Multimodal – Faltante de Mercancia con ocasión de hurto del vehículo transportador.

**I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**Radicación: No.13-001-33-31-008-1999-01359-02**

**II. PARTES**

**Demandante: EL PROVEEDOR 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 demandante en contra de la sentencia de fecha seis (06) de

junio de 2013, 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. PRETENSIONES

*"Primera: Que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:*

1) *La EMPRESA DE TRANSPORTES EL PROVEEDOR S.A., es una sociedad comercial, que contempla dentro de su objeto "la prestación del servicio público de transporte de carga".*

2) *Una de las modalidades de transporte lo constituye el que se da bajo el régimen de TRANSITO ADUANERO, que requiere como condición previa el que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, haya proferido resolución autorizando a la empresa transportadora para transportar mercancías sin nacionalizar. Esta autorización fue concedida a la EMPRESA DE TRANSPORTES EL PROVEEDOR S.A., mediante resolución N° 01951 del 14 de julio de 1976, licencia que ha sido continuamente renovada por la empresa transportadora, presentando en su oportunidad los requisitos y pólizas necesarias para tal fin.*

3) *El 01 de octubre de 1996, la ADMINISTRACIÓN DE ADUANAS DE CARTAGENA, a través de la División Operativa, autoriza a la EMPRESA DE TRANSPORTES EL PROVEEDOR S.A., para movilizar las mercancías amparadas con la Declaración de tránsito aduanero N° 003232 de octubre 01 de 1996, colocándole como fecha límite para finalizar el régimen de tránsito aduanero el día 15 de octubre de 1996.*

4) *La mercancía amparada en la declaración de tránsito aduanero N° 003232 de octubre 01 de 1996, consistían en once (11) contenedores de cuarenta (40) pies conteniendo repuestos de vehículos con destino a la zona aduanera de Colmotores en Santafé de Bogotá.*

5) A la altura del puente sobre el Río Carare, en el corregimiento de Puerto Araujo, el vehículo de placas HZE 868, en el cual se transportaba el contenedor N° CAXU 482362-8 de 40 pies que hacía parte de los once (11) contenedores amparados con la D.T.A. N° 03232 de octubre 01 de 1996, fue asaltado por delincuentes que secuestraron al conductor y lo despojaron del vehículo junto con la mercancía.

6) Los anteriores hechos fueron puestos en conocimiento de las autoridades competentes mediante denuncia instaurada por el conductor del vehículo de placas HZE 868, señor JAIME DAZA DUEÑAS, ante el Departamento de Policía de Puerto Araujo – Cimitarra – Santander, el día 04 de octubre de 1996.

7) El día 07 de octubre de 1996, la empresa transportadora el Proveedor S.A., informó a la Administración Especial de Operaciones Aduaneras DIAN de Santafé de Bogotá, sobre el desaparecimiento del vehículo de placas HZE 868 y de la mercancía que transportaba.

8) El día 10 de octubre de 1999, nuestra agencia en la ciudad de Cartagena informó a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, sobre el desaparecimiento de la mercancía transportada en el vehículo de placas HZE 868.

9) El día 17 de octubre de 1996, el Jefe del Grupo de Tránsitos Aduaneros de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas de Santafé de Bogotá, remitió toda la documentación aportada a esta administración por la empresa de transportes el Proveedor S.A., con respecto al hurto del vehículo y la mercancía amparados con la D.T.A. N° 03232 de octubre 01 de 1996; a la Doctora ALMA VASQUEZ LEONES, Jefe de la División Operativa de la Unidad Administrativa Especial de Aduanas de Cartagena.

10) El día 08 de octubre de 1996, mediante registro N° 615761 la EMPRESA DE TRANSPORTES EL PROVEEDOR S.A. dio por finalizado el régimen de tránsito aduanero contenido en la DTA N° 03232 de octubre 01 de 1996, haciendo entrega de

la documentación a la Administración Especial de Operación Aduanera de Santafé de Bogotá, haciendo aclaración que uno (1) de los once (11) contenedores había sido hurtado durante el viaje.

11) Mediante Resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996, el Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena en su artículo 1° declara el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero autorizado en la declaración de tránsito Aduanero N° 03232 de octubre 01 de 1996, en la que figura como consignatario GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., y como empresa Transportadora EMPRESA DE TRANSPORTES EL PROVEEDOR S.A., en su artículo segundo ordena hacer efectiva la póliza N° 203961, expedida por Seguros Colmena S.A., proporcionalmente en la suma de \$251.674.121.

La Resolución N° 50489 de diciembre 30 de 1996, es motivada así: "El Jefe del Grupo de Tránsito Aduanero de la División Operativa de la Administración de Santafé de Bogotá, informa a la División operativa de esta administración, como consta en el expediente, que la DTA N° 03232 no ha sido registrada por aquella hasta la fecha, siendo que su plazo máximo de realización venció el día 15 de octubre de 1996.

El Coordinador de tránsito aduanero de la División Operativa remitió a esta División los documentos pertinentes con el fin de proceder a declarar el respectivo incumplimiento.

.. que en el caso en estudio no se cumplió con la terminación oportuna del régimen por lo tanto, de conformidad con lo establecido en la Resolución N° 4324 de 1995, será la División de Liquidación la que profiera la Resolución de incumplimiento de la Obligación Aduanera, ordenando la efectividad de la garantía, determinando la obligación de pagar la suma líquida de dinero correspondiente a los tributos aduaneros garantizados con la póliza global N° 203961 a efectos de hacerla efectiva en la parte proporcional, es decir \$251.671.121.

12) *En ningún momento a la EMPRESA DE TRANSPORTES EL PROVEEDOR S.A., se le corrió pliego de cargos por parte de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por el supuesto incumplimiento, y por lo tanto nunca pudo presentar, ni conocer, ni controvertir el informe en que se basó la administración para manifestar que había incumplimiento al régimen de tránsito aduanero N° 03232 de octubre 01 de 1996.*

13) *Contra el contenido de la Resolución N° 50489 de diciembre 30 de 1996, la Empresa de Transportes el Proveedor S.A., interpuso el Recurso de Reposición y en subsidio apelación.*

14) *Mediante Resolución N° 0136 de diciembre 11 de 1998, el Jefe de la División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes el contenido de la Resolución N° 50489 de diciembre 30 de 1996 y concediendo el recurso de apelación.*

15) *El funcionario aduanero al confirmar la Resolución N° 50489 de diciembre 30 de 1996, desconoce las pruebas aportadas en el recurso de Reposición, en especial la copia de la D.T.A., N° 3232 de octubre 01 de 1996, en la que consta la finalización del régimen de tránsito aduanero N° 3232 mediante registro N°. 615761 ante la Administración Especial de Operación Aduanera de Santafé de Bogotá.*

16) *Mediante Resolución N° 01064 de junio 25 de 1999, el Administrador Local de Aduanas – Administración de Aduanas de Cartagena resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el contenido de la Resolución N° 50489 de diciembre 30 de 1999 así: ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996, en lo pertinente a la declaratoria de incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, autorizado con la DTA N° 03232 del 1° de octubre de 1996, en la que figura como consignatario GENERAL MOTORS COLMOTORES y como transportador EL*

*PROVEEDOR ARTÍCULOS SEGUNDO: MODIFICAR el artículo segundo de la Resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996, el cual quedará así: hacer efectiva en la parte proporcional la póliza número 203961, expedida por Seguros Colmena, en la suma de veintidós millones ochocientos sesenta y nueve mil cuatrocientos sesenta y tres (\$22.879.463).*

*17) La Administración aduanera al proferir la resolución antes descrita, no tiene en cuenta que la entrega de uno (1) de los once (11) contenedores que amparaba la DTA N° 3232 de octubre 01 de 1996, fue informada oportunamente a la Administración Especial de Operación Aduanera de Santafé de Bogotá y Cartagena.*

*18) La Sociedad GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., consignatario e importador de las mercancías amparadas con la DTA N° 3232 de octubre 01 de 1996, canceló al Estado los Tributos Aduaneros de los once contenedores amparados con la DTA N° 03232 de octubre 01 de 1996.*

*19) En el momento en que la compañía de SEGUROS COLMENA S.A., expidió la citada póliza de cumplimiento, hizo firmar la correspondiente contragarantía por parte del afianzado, es decir de la EMPRESA DE TRANSPORTES EL PROVEEDOR S.A., documento consistente en un pagaré, el cual hará efectivo en el momento en que haya desembolsado el valor de la sanción a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*

*20) SEGUROS COLMENA S.A., verá así afectado momentáneamente su patrimonio al erogar esta suma de dinero REPITIENDO O SUBROGANDOSE en contra de la empresa Transportadora, quien así sufrirá un detrimento de su patrimonio, sin que haya podido ejercer en ningún momento dentro de la investigación administrativa, su derecho a ser oído y vencido, es decir su derecho de defensa bajo un debido proceso." (SIC)*

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Señala como normas violadas las siguientes:

- Artículos 4, 29, Y 228 de la Constitución Política.
- Artículos 1, 34 y 35 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 64 del Decreto 1909 de 1992.
- Artículos 20 y 22 del Decreto 2295 de 1995.

El resumen el demandante considera que se le ha violado el debido proceso como quiera que no se le puso en conocimiento las razones por las cuales se iba a hacer efectiva la póliza de cumplimiento, negándole de dicha forma su derecho de defensa.

De otro lado alega que el acto administrativo que declara el incumplimiento adolece de una buena motivación, pues a su entender no bastaba solo mencionar el acaecimiento del hecho generador de incumplimiento.

Alega además que la razón por la cual se presentó el incumplimiento obedeció al hurto de uno de los vehículos que transportaba la mercancía y que tal circunstancia se constituye en un caso de fuerza mayor, tal como en su momento dicha sociedad se lo manifestó a la demandada.

### **C. LA CONTESTACIÓN**

- La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, aduciendo que lo que ha existido es una violación a las normas que gobiernan el tránsito aduanero y que por tal razón la sociedad hoy demandante fue sancionada. Alega que su actuar se ajustó a la normatividad y que no ha existido por parte de estos, violación a norma alguna o a la Constitución en el procedimiento que terminó con la sanción de la demandante.

- Seguros Liberty, presenta escrito visible a folio 186 a 193, en dicho escrito coadyuva las pretensiones de nulidad de los actos administrativos, sus fundamentos de derecho y la explicación de las normas violadas. Así mismo coadyuva las pruebas que tienen como finalidad probar los supuestos de hecho en que se funda la demanda en especial para probar las causales de nulidad.

#### **D. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (FL 428-452)**

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda luego de considerar como primera medida que no había existido violación al debido proceso, puesto que el procedimiento para hacer efectiva las garantías que deben otorgarse en los asuntos aduaneros no tiene per se carácter sancionatorio, pues no conlleva la imputación de conducta constitutiva de infracción al régimen de aduanas, entendiéndose en consecuencia que lo que ocurre es la declaración del hecho amparado y que por consiguiente es del caso hacer efectiva la póliza de cumplimiento que amparaba una obligación sometida a garantía, independientemente de la actuación que deba adelantarse por hechos que eventualmente sean constitutivos de falta administrativa o infracción aduanera.

En cuanto a los demás cargos él a-quo consideró que la demandante Proveedor S.A., incumplió el régimen de tránsito aduanero puesto que la mercancía amparada mediante continuación de viaje, más exactamente uno de los contenedores autorizados no llegó a la aduana de destino por actos de delincuencia, sin embargo, alegar la fuerza mayor no era suficiente para evitar la responsabilidad por la no llegada de la mercancía.

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

*"(...) por su parte, el artículo 4º ibidem dispone que a obligación aduanera es personal, sin perjuicio de que pueda hacerse efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante abandono, aprehensión o decomiso, con preferencia a cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella e independientemente de quien sea su propietario o tenedor.*

*Así mismo parágrafo 1º del artículo 3º de la Resolución 371 de 1992 señalaba imponía la obligación al transportador de entregar la totalidad de las mercancías junto con los documentos que la amparaban dentro del plazo señalado en la DTA.*

*En el presente caso, tal como se encuentra demostrado y es reconocido por el propio demandante no entregó la totalidad de la mercancías, ya que uno de los contenedores amparados por la DTA 03232 fue hurtado, lo cual fue dado a conocer a la DIAN, entidad que declaró el incumplimiento de tránsito aduanero con fundamento en que el solo hecho del hurto no consistía en una fuerza mayor dentro del transporte de mercancías ya que tal situación resultaba previsible.*

*De igual forma se encuentra acreditado que si bien cuando se profirió la Resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996 la DIAN hizo efectiva la póliza por valor de \$251.674.121 sin tener en cuenta que se habían presentado tanto la DTA como diez de los 11 contenedores autorizados, en la Resolución N° 001004 de 25 de junio de 1999 mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la demandante, se modificó el artículo segundo de la mencionada resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996, haciendo efectiva la garantía únicamente en la parte proporcional correspondiente a la mercancía que no se presentó, es decir, el contenedor fue hurtado. Es decir, que posteriormente la DIAN corrigió la omisión en que había incurrido tanto así que redujo el monto a pagar que se había impuesto en un principio cuando se declaró el incumplimiento.*

*Conforme a la normatividad señalada ut supra, para que se considere cumplida la obligación del transportador de finalizar el régimen de tránsito aduanero, éste debe presentar dentro del plazo que le otorga la DIAN en la DTA tanto la totalidad de la mercancía como los documentos que la amparan, lo cual constituye una responsabilidad de tipo objetivo de la cual sólo se puede exonerar probando el caso fortuito o la fuerza mayor, lo cual no ocurrió en el presente caso. (...)"*

*"(...)en cuanto al cargo de falsa motivación de la administración al establecer la cuantía por la cual declara el incumplimiento de la obligación en la declaración de tránsito aduanero, la cual fundamenta argumentando que si la empresa transportadora registró el DTA antes del término autorizado por la Aduana de Partida y el importador canceló los tributos aduaneros de los once contenedores que amparaban las obligaciones del régimen de tránsito aduanero se entienden satisfechas, el Despacho considera importante aclarar que de los artículos 4 del Decreto 2402 de 1991 y 3º del Decreto 1909 de 1992 se deduce que el transportador es responsable de las obligaciones que se deriven por su intervención, esto es, por la actividad que desarrolla.*

*En virtud de lo anterior, si su intervención se contrae a transportar una determinada mercancía de la aduana de partida para ser entregada en determinada fecha en la aduana de destino, conforme lo precisó el citado artículo 4º, la póliza se constituye para garantizar la terminación del régimen, es decir, para garantizar que a mercancía se entregará en la aduana de destino en la fecha autorizada para ello. Y no podría entenderse de otra manera, pues no resulta lógico que el transportador se obligue a pagar los tributos aduaneros de una mercancía que no es suya, sino que simplemente transporta, a menos que también en él concurra la calidad de declarante.*

*Entonces se concluye, que le declarante, que no sea a la vez transportador, debe responder por el pago de los tributos suspendidos; en tanto que el transportador, cuya cantidad se limita únicamente al traslado de la mercancía, porque no es propietario ni importador, ni declarante, debe responder únicamente por la finalización del régimen, el cual consiste en entregar tanto los documentos como la totalidad de la mercancía en la aduana de destino, tal como se explico ut supra, pues se trata de dos obligaciones aduaneras independientes. (...)"(SIC)*

#### **E. LA APELACIÓN (FL 657-669)**

El apoderado de la parte demandante 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 Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, en dicho escrito manifiesta la demandante que no comparte los argumentos expuesto por el A quo al indicar que al no establecer ningún procedimiento el Decreto 2295 de 1996, Decreto 192 de 1992 y la Resolución N° 4324 de 1995, simplemente bastaba declarar por parte de la administración Especial de Aduanas de Cartagena el incumplimiento de las obligaciones aduaneras. Que por ende tal afirmación puede considerarse una flagrante violación al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución política.

De los argumentos esgrimidos se pueden resaltar lo siguientes:

*"(...) expedición irregular de los actos administrativos demandados por no aplicación de la normas violadas.*

La administración expidió las resoluciones demandadas, sin observar las normas de procedimiento, violando el derecho de contradicción, el derecho de defensa de la sociedad que represento, desconociendo así, preceptos constitucionales y legales que obligan a la aplicación de un procedimiento que garantice los derechos mínimos del particular, por lo tanto estos actos administrativos son ilegales y en consecuencia debe declararse nulos por desestimar el derecho de un debido proceso, previo al acto que declaró el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero e hizo afectiva la póliza, como garantía y salvaguarda del Estado de Derecho que protege al individuo frente al poder estatal. (...)"

"(...) caducidad del término que tenía la administración especial de aduanas de Cartagena para declarar el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero.

La Administración de Aduanas de Bogotá, en octubre de 1996, informó a la Administración de Aduanas de Cartagena el hurto de la mercancía amparada con la DTA 03232 de octubre 01 de 1996, sin embargo, esta última administración, mediante la resolución N° 50489 de fecha 30 de diciembre de 1996, declaró el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero autorizado con la DTA referida, mucho tiempo después de los 15 días otorgados por la norma para declarar el incumplimiento, venciendo dicho término sin que se produjera la actuación administrativa. (...)"

"(...) Proveedor y Sercarga S.A. no entregó un contenedor de los 11 amparados con la declaración de Tránsito aduanero N° 0323 de octubre 01 de 1996 por motivos de fuerza mayor.

Proveedor y Sercarga S.A., reiteramos tomó todas las medidas pertinentes para proteger la carga, por lo cual no pueden tenerse en cuenta los argumentos de la DIAN por cuanto ni en la resolución que resuelve el recurso de apelación ni al dar respuesta a la demanda interpuesta, especifica qué medidas debieron haberse adoptado por parte de la Empresa Transportadora Subcontratada, dejando de lado además que; en el caso que nos ocupa, tal y como se consignó en la denuncia, el hurto se verificó en un horario en el cual el Estado sabiendo que la piratería terrestre es un hecho de común ocurrencia, perfectamente habría podido adoptar las medidas pertinentes para evitar su consumación.

Así mismo, la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales no puede pretender que todos los despachos que se realicen por parte de las Empresas de Transporte en Colombia sean acompañados por escoltas, puesto que reiteramos es el Estado en encargado de la seguridad de las carreteras del país sin que se pueda trasladar este deber a quienes transitan por ellas.

Todo lo anterior nos demuestra que es responsabilidad del estado proteger la vida, bienes y honra de sus ciudadanos y otorgar las garantías necesarias,

para que el servicio público terrestre automotor de carga en Colombia, pueden cumplirse sin alteración alguna, pues se trata de un servicio público, cuyas directrices emanan del Ministerio de Transporte. (...)"

"(...) Insuficiente Motivación de la Administración de Aduanas de Cartagena al fundamentar el contenido de la Resolución N° 050489 de diciembre 30 de 1996.

La DIAN simplemente se limitó a afirmar que el hurto o la piratería terrestre no es una situación constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito, sin motivar realmente sus pronunciamientos, en virtud de lo cual estamos ante una evidente falta de motivación del acto administrativo sancionatorio, pues la motivación de los actos administrativos impone al funcionario o entidad que los expide que los mismos tengan una perfecta correspondencia entre lo hechos que dan lugar a su expedición y la parte resolutive de los mismo que finalmente terminará produciendo efectos jurídicos frente a los administrados, siendo evidente que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de ninguna manera dio cumplimiento a tal obligación. (...)"

## **F. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** Mediante escrito presentado por el apoderado del demandante, visible a folio 17 a 22 del cuaderno de segunda instancia, la parte demandante solicita sea revocada la sentencia de prima instancia, por las mismas razones expuestas en la apelación, y de no ser revocada que sea aplicando el principio de favorabilidad y les sea reducida la sanción impuesta.

**Parte demandada:** solicita que la sentencia de primera instancia sea confirmada, e n consideración a lo dicho por estos en la contestación de la demanda y lo expuesto por el Juez de Instancia.(FL 6 a 8 cuaderno de segunda instancia)

## **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 3 cuaderno de segunda instancia)

- 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 Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

### **2. Síntesis del Caso**

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 la razón del incumplimiento se debió a la no llegada de uno de los contenedores autorizados, pero que tal circunstancia se debió a los actos de piratería que atacaban al país, que por ende hicieron todo lo posible y que lo que se configuró fue una causal de fuerza mayor, sustenta además que los actos administrativos desconocieron la normatividad, pues no estuvieron debidamente motivados y además declararon el incumplimiento sin antes darle la oportunidad de defenderse.

El Juez de primera instancia consideró que el actuar de la DIAN se ajustó a la normatividad vigente, que no existió violación al derecho constitucional alguno y que contrario a lo dicho por el demandante la demandada, cumplió los lineamientos frente al incumplimiento probado del transportador.

Mediante recurso de apelación la sociedad demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, pues insiste en la violación al debido proceso que dice

fue objeto, al no proferirse un pliego de cargos previo a la sanción, así como el hecho de que el acto que declara el incumplimiento adolece de motivación y que la DIAN desechó lo dicho sobre la fuerza mayor siendo que la no llegada de un contenedor obedecía a un verdadera casual eximente de responsabilidad.

### **3. Actos administrativos demandados.**

**3.1.** Nulidad de la Resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se declara el incumplimiento del régimen de Tránsito Aduanero.

**3.2.** Nulidad de la Resolución N° 0136 del 11 de diciembre de 1998 proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición, confirmando en todas su partes la resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996.

**3.3.** Nulidad de la resolución N° 001064 del 25 de junio de 1999, expedida por el Administrador de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se confirma la Resolución N° 50489 del 30 de diciembre de 1996, en lo pertinente a la declaratoria de incumplimiento del régimen e tránsito aduanero, autorizado con la DTA n° 03232 del 1 de octubre de 1996 y se modifica el artículo segundo de la misma resolución el cual dispone "*hacer efectiva el parte proporcional la póliza número 203961, expedida por Seguros Colmena, en la suma de veintidós millones ochocientos setenta y nueve mil cuatrocientos sesenta y tres (\$ 22.879.463).*"

### **4. Problema jurídico a resolver.**

¿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 un (01) contenedor

de los once (11) que habían sido autorizados 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?

### **5. De las pruebas aportadas**

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, los documentos analizados fueron aportados con el expediente administrativo por la entidad demandada:

- Declaración de Tránsito Aduanero con número de aceptación N° 003232 de fecha 01 de octubre de 1996, en el que se consigna que la mercancía corresponde a 11 contenedores, con fecha límite de finalización 15 de octubre de 1996 (FI 240).
- Compromiso efectuado por la empresa Transportes el Proveedor S.A., en el que consigna que se compromete ante la aduana de Cartagena a efectuar la entrega de la mercancía que describen en la misma condición que la reciben. Se consigna un total de 11 contenedores, lo anterior con lo dispuesto en la resolución N° 3333 de diciembre de 1991. (FI 291)
- Oficio radicado por la empresa Transportes El Proveedor S.A., en el que manifiesta a la DIAN el desaparecimiento de un vehículo de placas HZE -868 , el cual transportaba el contenedor N° CAXU-482362-8 de 40 pies conteniendo partes y piezas de vehículos. Aduciendo que el conductor fue objeto de actos delincuenciales. (FI 301)
- Copia de la denuncia presentada por el señor Jaime Daza Dueñas, conductor del vehículo objeto de Hurto (FI 303).

-del sello de recepción obrante en la DTA 03232 del 01 de octubre de 1996, se observa que la mercancía fue recibida el 8 de octubre de 1996, para un total de 10 contenedores de los 11 autorizados y se coloca en el mismo sello que alega el transportador que el contenedor fue hurtado.

En igual sentido yacen las resoluciones hoy demandas.

## **6. Del caso concreto**

De cara a los planteado por el apelante la Sala como primera medida, se detendrá a exponer las normas aplicables al caso en concreto, esto como quiera que la normatividad anterior estipula un procedimiento específico para la efectivización de las pólizas en caso de incumplimiento.

El Juez de instancia consideró que las normas aplicables son claras al aducir que le corresponde lo dispuesto en la Resolución N° 4324 de 1995, Resolución 3333 de 1991 y 1794 de 1993 en relación con el deber legal de hacer efectivas las garantías en caso de incumplirse el tránsito y alega además que no era necesario en consecuencia no resulta necesario la expedición de un pliego de cargos, como quiera que no es una acción sancionatoria, siendo procedente su efectivización mediante acto administrativo, hecho que denota que no ha existido la violación alegada por el demandante.

Sobre el asunto tal como también lo señaló el Juez de instancia el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente frente a la normatividad aplicable en casos similares, para tal efecto la Sala citará lo dicho en la providencia de fecha 22 de noviembre de 2001, MP. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo Rad. 1997-5462-01(6282) en la cual se expresó lo siguiente:

*"(...) Ciertamente, el artículo 2º del Decreto 1800 de 1994 prevé que para la imposición de sanciones y multas se formule pliego de cargos al presunto infractor. Sin embargo, conforme lo precisó el a quo, dicha disposición no tiene aplicación en este caso, ya que la*

*norma pertinente es el artículo 41 de la Resolución núm. 4324 de 10 de agosto de 1995, expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, que prevé que para la efectividad de las garantías la División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas **declarará de oficio**, mediante resolución motivada, el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con garantía bancaria o de compañía de seguros; y no supedita tal declaración a la formulación previa de un pliego de cargos.*

*La actora en el escrito contentivo del recurso sugiere la inaplicación de dicha norma porque considera que es violatona del artículo 2º del Decreto 1800 de 1994.*

*En este punto resulta oportuno señalar que la Sala en sentencia de 11 de octubre de 2001 (Expediente núm. 6342. Actor: Carlos Iván Fernández Hernández. Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), se pronunció sobre la legalidad de la Resolución 4324, precisamente frente al mismo cargo aquí planteado, relacionado con el artículo 2º del Decreto 1800 de 1994, por lo que en esta oportunidad se remite a lo allí expuesto, para reiterarlo.*

*Al efecto, dijo la Sala en la precitada providencia:*

*"...IV.2. La Resolución Núm. 4324 de 10 de agosto de 1995 fue expedida por el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, en uso de sus facultades legales y en especial de las conferidas por los literales c) y f) del artículo 13 del Decreto 2117 de 1992, a fin de modificar el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, también expedida por el mismo funcionario. Los apartes demandados son los que se resaltan en los siguientes textos:*

*"ARTICULO PRIMERO: Modifícase el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1.993, el cual quedará así:*

*"ARTICULO 41: Efectividad de las garantías.-*

*"La División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas correspondiente o la que haga sus veces, declarará de oficio, mediante resolución motivada, el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldadas con garantía bancaria o de compañía de seguros, previa recepción del expediente que contenga las pruebas correspondientes remitido por la División competente de la Administración de Impuestos y Aduanas donde ocurrieron los hechos y de la fotocopia autenticada de la garantía, enviada por la dependencia donde repose el original de la misma, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al recibo de tales documentos, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.*

*"(...)*

*"Contra la providencia que declare el incumplimiento de la obligación aduanera afianzada y ordena la efectividad de la garantía, podrán interponerse los recursos de reposición y apelación dentro de los cinco (5) días hábiles a su notificación.*

*"(...)".*

**IV.3. La Sala observa que se está ante normas especiales que regulan un procedimiento administrativo, de donde habrá de establecerse la competencia para su producción, en orden a lo cual se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:**

**La finalidad de dicho procedimiento es principalmente la de hacer efectiva la póliza de cumplimiento que ampara una obligación aduanera sometida a garantía, independientemente de la actuación que deba adelantarse por hechos que eventualmente sean constitutivos de falta administrativa o infracción de norma aduanera. Así se señala en el artículo atacado, en cuanto hace la salvedad de que el procedimiento debe desarrollarse "sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar".**

**De lo anterior se infiere que la materia de que se ocupan los apartes enjuiciados es distinta de la regulada en el artículo segundo (intitulado Procedimiento para la aplicación de sanciones y multas previstas en la legislación aduanera ) del Decreto Núm. 1800 de 1994, toda vez que la de aquélla, como está dicho, corresponde a las garantías que deben otorgarse en los asuntos aduaneros, lo cual no comporta**

***necesariamente un carácter sancionatorio, sino de previsión y amparo de los riesgos que pueden afectar los intereses del Estado en las operaciones relativas a tales asuntos; mientras que la materia objeto del artículo segundo del precitado Decreto 1800 de 1994, corresponde específicamente a la acción sancionatoria que está a cargo de las autoridades aduaneras, la cual está dirigida a reprimir las conductas y omisiones que constituyan falta administrativa o infracción de las normas aduaneras, independientemente de que existan obligaciones aduaneras sujetas a garantía. ...".(SIC)***

En igual sentido es de aplicación para este caso lo dispuesto en la Resolución N° 3333 de 1991 y la Resolución 1794 de 1993 que para el efecto rezan:

RESOLUCIÓN N° 3333 DE 1991:

*"(...) Artículo 8. Cancelación de la Garantía.- la aduana de ingreso o de partida cancelará la garantía cuando se pruebe a satisfacción la terminación del régimen. En caso contrario se hará efectiva dicha garantía. Sin perjuicio de las sanciones que correspondan conforme a los establecido en las normas aduaneras."*

RESOLUCIÓN N°1794 de 1993.

*Artículo 41. Efectividad de las Garantías.*

*Cuando una obligación esté respaldada con una garantía bancaria o de Compañía de Seguros, la División Competente, el día siguiente del incumplimiento de la misma, declarará el hecho y en la providencia respectiva ordenará hacer efectiva la garantía, previa notificación personal o por correo , al garante y al tomador de la póliza. (...)"*

*"(...) Parágrafo 2. Cuando se constituyan las garantías globales y se declaré el incumplimiento, se afectará la garantía proporcionalmente en la parte incumplida, debiéndose reajustar por parte del tomador de la misma. (...)"*

De lo anterior concluye la Sala que en consecuencia, la parte demandante no tiene razón al considerar que la DIAN debió proferir un pliego de cargos, como quiera que la normatividad lo faculta a hacer efectiva las pólizas de cumplimiento cuando resulte probado el acaecimiento del hecho, que este caso, consistió en la no llegada de un contenedor amparado bajo un documento de tránsito aduanero.

Sobre el cargo alegado respecto de la ausencia de motivación este mismo va ligado con lo dicho en líneas anteriores y que no exige la normatividad una explicación sustancial y ampliamente argumentada de la sanción como quiera que, lo necesario es la ocurrencia del hecho generador de incumplimiento, precisando la sala y tal como lo dijo el Juez de instancia, la situación no es propiamente una sanción sino una consecuencia propia de no haber finalizado el tránsito en la forma en la que fue autorizado.

En ese sentido no cabe la menor duda que el acto se encuentra motivado, como quiera que fue ampliamente aceptado por la demandante en dicha etapa y en el transcurso de este proceso que no llegó un contenedor a la aduana de destino.

Sobre la causal alegada de fuerza mayor esta Sala en diversos pronunciamientos ha dicho que no basta con la simple enunciación de la constitución de una fuerza mayor sino que es indispensable que se despliegue una actuación probatoria que determine su configuración.

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 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.

En el expediente se observa que las únicas pruebas que sobre el respecto se tiene son el oficio que pone en conocimiento a la DIAN sobre el hurto y en consecuencia la no llegada del contenedor y la segunda es la denuncia interpuesta por el conductor del vehículo hurtado.

Al respecto de la denuncia el 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 denunciado 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.”<sup>1</sup>*

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.

En ese sentido y como quiera que resulta de bulto que el Transportador no acreditó los elementos constitutivos de la fuerza mayor, ni en la etapa gubernativa ni en esta instancia no es procedente aceptar el argumento referente a esta. Hecho en el que también acertó el Juez de instancia.

Finalmente sobre la aplicación del principio de favorabilidad alegado por la demandante, en cuanto considera que se debe dar aplicación al Decreto 2685 de

---

<sup>1</sup> Sección Cuarta – fecha. 5 de febrero de 2001, Radicación: 16760.

1997, artículo 497 y su modificadorio Decreto 380 del 16 de febrero de 2012, esta Sala no comparte tal circunstancia por la siguientes razones.

Como primera medida se evidencia que el apelante solicita la aplicación de una norma con una vigencia claramente posterior a la fecha de ocurrencia de los hechos e incluso de la conclusión del procedimiento administrativo. Adicionalmente a ello la aplicación de dicha norma supone un cambio radical frente a la efectivización de la póliza que si bien resulta a todas luces más favorable para este, la misma nunca fue alegada ni en la demanda ni en el actuar administrativo.

Sobre dichas circunstancias y en aplicación del principio de favorabilidad en materia aduanera el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

*"(...) Se observa, entonces, que el referido principio tiene regulación especial en una materia que no es precisamente penal, sino administrativa, por ende la Sala considera que se ha de atender dicha regulación en la medida en que estuviere vigente para la época en que se tramitó el procedimiento administrativo objeto del sub lite, pues se trata de disposiciones vinculantes, de carácter público, adoptadas mediante facultades constitucionales propias del Presidente de la República y dentro de los límites de leyes marco.*

*Según tal regulación, la aplicación de una norma posterior que sea más favorable al encartado se hará siempre y cuando no haya sido tomada la decisión que ponga fin a la actuación administrativa del asunto, pues a esa decisión es que se refiere dicha norma cuando prevé que "la administración deberá aplicarla obligatoriamente (la norma posterior más favorable), aunque no se haya mencionado en el recurso interpuesto" en su contra. Ello resulta reafirmado en el parágrafo de este artículo.*

*2.8.- Lo anterior significa que la decisión de que habla el artículo 5º de ese decreto, es decir, la que puso fin a la actuación administrativa, fue proferida mucho antes de que aquél se expidiera y publicara, e incluso el recurso fue interpuesto antes de este evento, de modo que no existía para la época en que se profirió y notificó la Resolución 000181 de 30 de abril de 1997, como tampoco para la época en que fue impugnada, luego en este caso no se da el supuesto previsto en el artículo 323 del Decreto 2666 de 1984,*

*modificado por el artículo 8º del Decreto 1739 de 1991, es decir, que no se hubiere expedido decisión del asunto.*

*Por consiguiente, no es viable la aplicación del principio de favorabilidad en cuanto hace al artículo 4º del Decreto 1105 de 1992, tal como fue modificado por el artículo 5º, inciso 4º, del Decreto 1960 de 1997<sup>2</sup>(SIC).*

De lo anterior se tiene entonces que la actuación administrativa en el presente asunto término con la Resolución N° 001064 del 25 de junio de 1999, fecha en la cual el Decreto 2685 de 1999, no se encontraba vigente como quiera que el mismo entró en vigencia el 10 de julio del año 2000. De forma que la administración no tenía manera de aplicar tal decreto para la fecha.

De otro lado el apelante solicita el principio de favorabilidad no solo en lo contenido en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, sino con la modificación efectuada por el Decreto 380 de febrero de 2012. Es decir incluso con posterioridad a la presentación de la presente demanda, razón por la cual no hace parte de los fundamentos de derecho alegados por la demandante.

Atendiendo en consecuencia lo dispuesto por el Consejo de Estado para la aplicación del principio de favorabilidad en materia aduanera, se negará dicha solicitud, puesto que la misma, lo que pretende es cambiar sustancialmente la multa impuesta, siendo que la misma ni siquiera fue solicitada en los apartes de esta demanda, y además no concurren los elementos para su aplicación.

En consecuencia esta Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

## **VII. LA DECISIÓN**

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado M.P Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Radicación. 1999-01981-01 fecha: 11 de octubre de 2007.

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**

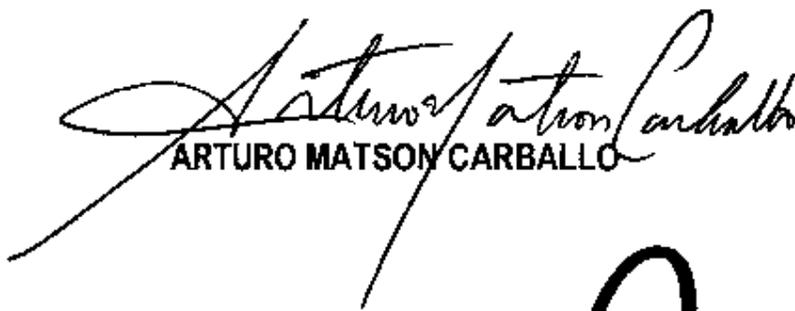
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO:** 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 RAMIREZCASTAÑO

  
JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

SU(descongestión)

1



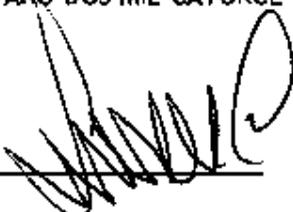
**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0105  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: CAYETANO CONTRERAS ALDANA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-002-2009-00154-02</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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. 33912013**

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

**TEMA:** Reconocimiento y reajuste de asignación de retiro por cómputo prima actualización.

**I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-33-31-002-2009-00154-02

**II. PARTES**

**Demandante: CAYETANO CONTRERAS ALDANA**

**Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

**III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9524, PSAA 12-9537 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

#### **IV. ANTECEDENTES**

##### **A. LA DEMANDA**

##### **1. PRETENSIONES**

*“PRIMERO: La nulidad de la decisión tomada mediante Resolución 2850 de agosto 31 de 2001, proferido por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por medio del cual se niega el reconocimiento del derecho de la prima de actualización y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO solicitado por el señor Suboficial Jefe (r) CAYETANO CONTRERAS ALDANA.*

*SEGUNDO: Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene el REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO del señor Suboficial Jefe (r) CAYETANO CONTRERAS ALDANA, incorporando los porcentajes establecidos en la prima de actualización de conformidad con la ley 4ta de 1.992 y los Decretos 335 de 1.992, 025 de 1.993, 065 de 1.994 y 133 de 1.995 y a partir del 1 de enero de 1.992.*

*TERCERO: Que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a cancelar en forma indexada las sumas dejadas de pagar y a las que tiene derecho como consecuencia del reajuste de la asignación de retiro a partir del 1 de Enero de 1.992 y hasta la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta los aumentos legales anuales.*

*CUARTO: Que se ordene a la demandada a dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.*

*QUINTO: Que se condene en costas a la demandada.” (SIC)*

##### **2. HECHOS**

*“PRIMERO: El señor CAYETANO CONTRERAS ALDANA, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 7.419.723 de Barranquilla, hizo parte de la Fuerza Pública, a servicios de la Armada Nacional, pasando a uso de buen retiro en el grado de Suboficial Jefe.*

*SEGUNDO: Que en la actualidad mi poderdante disfruta de su “Asignación de retiro” debidamente reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*

*TERCERO: Que de acuerdo con Sentencia del Consejo de Estado de fecha 14 de agosto de 1.997 en expediente N° 9923, Magistrado ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia del Consejo de Estado de fecha 6 de noviembre de 1.997 en expediente N° 11423, Magistrado ponente Dra. Clara Forero de Castro, mi poderdante solicitó a la Caja de Retiro de la Policía Nacional el reconocimiento de la Prima de Actualización y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO con petición radicada en esa entidad bajo el N° 188617 de 2001.*

*CUARTO: Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reconocimiento de la Prima de Actualización y el correspondiente REAJUSTE A LA ASIGNACIÓN DE RETIRO del señor CAYETANO CONTRERAS ALDANA mediante Resolución 2850 de fecha 31 de agosto de 2001 que aquí se anexa.*

*QUINTO: Que con el objeto de que los sueldos, asignaciones de retiro y pensiones del personal de la Fuerza Pública en los grados de Teniente Coronel o Capitán de Fragata hacia abajo guardarán correspondencia o proporción con los devengados por los rangos superiores, se creó el denominado Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992 – 1996.*

*SEXTO: Que con el objeto de implementar dicho plan Quinquenal se expidió el Decreto 335 de 1992 y con posterioridad a este la Ley 4 de 1992 mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los miembros de*

la Fuerza Pública, Ley Marco, que a su vez fue desarrollada por los Decretos 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.

SÉPTIMO: Que los artículos 15 del Decreto 335 de 1992, 28 del Decreto 025 de 1993, 28 del Decreto 065 de 1994 y el 29 del Decreto 133 de 1995 que fijan los sueldos básicos de los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional establecen que:

*“de conformidad con lo establecido en el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública 1992 – 1996, aprobado por el Consejo Nacional de Política económica y social CONPES, los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, tienen derecho a percibir mensualmente una prima de actualización en los porcentajes que se indican a continuación en cada grado, liquidada sobre la asignación básica así:*

*Decreto 335 de 1992, artículo 15:*

**SUBOFICIALES:**

**SUBOFICIAL JEFE 25%**

*Decreto 025 de 1993, artículo 2*

**SUBOFICIALES:**

**SUBOFICIAL JEFE 25%**

*Decreto 065 de 1994, artículo 28*

**SUBOFICIALES:**

**SUBOFICIAL JEFE 11%**

*Decreto 133 de 1995, artículo 29*

**SUBOFICIALES:**

**SUBOFICIAL JEFE 5.5%**

(...)

*Parágrafo: la prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992. El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se le compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales" (subrayado fuera de texto).*

Según el contenido de los Decretos en mención se observa claramente que se excluía del beneficio de la prima de actualización al personal retirado con anterioridad al 1 de enero de 1.992, violando con ello el Principio de Oscilación, y el Principio de la Nivelación contenido en la Ley 4 de 1.992 razón por la cual fue necesario demandar la nulidad de las expresiones que hacían tal discriminación, de tal suerte, que en sentencia del 14 de agosto de 1.997, el Consejo de Estado, máxima autoridad contencioso Administrativa, declaró la nulidad de las referidas expresiones en expediente N° 9923 Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. De igual forma en expediente N° 11423 Magistrado Ponente Dra. Clara Forero de Castro se declararon nulas las expresiones "que la devengue en Servicio Activo" y "Reconocimiento de" del parágrafo único de los artículos descritos, pertenecientes a los decretos 025 de 1.993, 065 de 1.994 y 133 de 1.995, con el parágrafo quedó así:

*"parágrafo: La prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1.992. El personal tendrá derecho a que se le compute para asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales"*

*Lo anterior es reconocido por la Caja de retiro de las Fuerzas Militares en el punto cinco (5) de la Resolución N° 2902 del 7 de septiembre que aquí se anexa.*

*OCTAVO: Que a partir del 14 de agosto de 1.997, fecha de la primera sentencia del Consejo de Estado, se tiene la certeza de la existencia del derecho al reconocimiento de la prima de actualización y como consecuencia lógica al correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO para los retirados al 1º de enero de 1.992 tal es el caso de mi poderdante.*

*NOVENO: La jurisprudencia establecida por el Honorable Consejo de Estado es reiterativa en esta materia y como referencia podemos citar apartes de la sentencia del 21 de Agosto de 1.997, expediente N° 13820 Consejera Ponente Dra. Dolly Pedroza de Arenas en la que expresa:*

*" En este orden de ideas la prima de actualización, introduce una modificación gradual a las asignaciones de actividad que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro y pensión, no solo para quienes la devengan en servicio activo como lo estipula expresamente el parágrafo del artículo ya citado, sino también para el personal retirado ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones, consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se debe reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas."*

*"por otra parte llegar a una conclusión diferente violaría el principio de igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política,, porque no habría razón alguna para que la prima de actualización se tenga en cuenta para liquidar asignaciones de retiro y pensiones de los servidores que gozaron en servicio*

*activo y desconocieron para el personal retirado, cuando la oscilación de estas prestaciones obligan a nivelarlas con las variaciones que se dispongan en las asignaciones de actividad."*

*DÉCIMO: No se puede aceptar la interpretación errónea que la demanda hace del artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990 en la N° 2850 de fecha 31 de*

agosto de 2001, pues si bien es cierto que existe el fenómeno de prescripción de mesadas lo que es de acuerdo con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23, modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 44, numeral 2"... sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo ...". Y la prima de actualización introdujo, según los Decretos que la reglamentaron, variaciones en las asignaciones de retiro que son prestaciones periódicas.

En la Resolución 4070 la demandada afirma que la Prima de Actualización no es partida computable dentro de la Asignación de retiro según el artículo 158 Decreto Ley 1211/90 desconociendo lo estipulado en los artículos de los Decretos que la reglamentaron y que luego de las modificaciones del Consejo de Estado quedaron así: "el personal tendrá derecho a que se le compute para asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales."

UNDÉCIMO: Si bien es cierto que la prima de actualización tuvo vigencia para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1.992 y el 31 de diciembre de 1.995, también lo es que los derechos creados por los decretos que la reglamentaron, son permanentes y no se extinguen por el surgimiento de una nueva norma.

DUODECIMO: Es un hecho que la prima de actualización es una partida computable para el reajuste de la asignación de retiro en los porcentajes y en las fechas que estipula la ley.

DECIMOTERCERO: Es un hecho que los incrementos ordenados en la prima de actualización y que sirven como base para el REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, solicitado en esta demanda, son absolutamente independientes de los aumentos legales ordinarios y/o anuales que pretenden compensar efectos de inflación.

*DECIMOCUARTO: Por tratarse la Prima de Actualización de prestaciones periódicas, conforme al artículo 136, numeral 2 del C.C.A. y el auto N° 1673 de septiembre 14 del 2000 del Consejo de Estado, éstas pueden demandarse en cualquier tiempo, y no es el término de 4 meses.*

*Dice el artículo:*

*"CADUCIDAD DE LAS ACCIONES: 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. Sin embargo los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe."*

*DECIMOQUINTO: El último lugar donde el demandante prestó sus servicios fue la ciudad de Cartagena- Bolívar" (SIC)*

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 13, 53.
- Decreto 025 de 1993, artículo 28
- Decretos 335/92, artículo 15
- Decreto 065 de 1994, artículo 28
- Decreto 133 de 1995 artículo 29
- Ley 4ª de 1992, artículo 13
- Decreto Ley 1211 de 1990, Artículo 169

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

*Artículo 13 de la Constitución Política:*

*Se considera violado el principio de igualdad consagrado en este artículo porque al computar la prima de actualización para las asignaciones de retiro del personal que se encuentra en actividad se crea una discriminación con el personal ya retirado porque cuando unos y otros tengan la misma condición de retirados tendrán por concepto de dicha prima diferencias en sus correspondientes asignaciones de retiro.*

*Artículo 53 de la Constitución Política:*

*Se considera violado porque la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores y la decisión de la Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares así lo hace al negar el reconocimiento de la prima de actualización y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO derechos estos adquiridos por mi poderdante luego de las sentencias del Consejo de Estado que no tienen discusión.*

*Artículo 15 Decreto 335 de 1992, Art. 28 Dcto 025 de 1993, Art. 28 Dcto 065 de 1994, Art. 29 Dcto 133 de 1995:*

*Los anteriores artículos textualmente establecen: " la prima de actualización a que se refiere el presente artículo tendrá vigencia hasta cuando se consolide la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992.*

*El personal que la devengue en servicio activo tendrá derecho a que se compute para reconocimiento de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales." (Subrayado fuera de texto).*

*No obstante lo anterior la Caja de Retiro interpretando erróneamente los criterios expresados por el honorable Consejo de Estado, se ha negado a*

*reajustar la asignación de retiro, incorporando los porcentajes establecidos en la prima de actualización, del Señor Suboficial Jefe (r) de la Armada Nacional CAYETANO CONTRERAS ALDANA, reajuste al cual tiene derecho desde el 1 de enero de 1992.*

*Artículo 13 Ley 4° de 1992:*

*Al negar el reajuste de la asignación de retiro a mi poderdante la Caja de Retiro contraria el espíritu de la Ley 4° de 1992 art.13 establecida para nivelar los salarios, asignaciones de retiro y pensiones de la Fuerza Pública, pretendiendo que el abanico salarial no fuera tan disperso, con tasas de retorno a la experiencia no solo para los rangos más altos según se puede observar en la exposición de motivos de la citada Ley en la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley N° 31 de 1991 del Senado de la República, aprobado el 27 de febrero de 1992. En resumen si el legislativo previó el establecimiento de una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública no le es dable a la Caja de Retiro de la Policía Nacional expedir oficios discriminatorios con el personal retirado antes de 1992.” (SIC)*

## **B. LA CONTESTACION (203-209)**

La entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues considera que el actor pretende la extensión de la vigencia de la prima de actualización con posterioridad a 1995 cuando las normas que le dan vida jurídica eran de carácter transitorio; siendo que las mismas fueron derogadas, razón por la cual lo que pretendería sería revivir la vigencia de tales decretos, hecho que de prosperar su petición generaría inseguridad jurídica en un estado social de derecho.

En ese mismo hilo argumentativo el apoderado de la parte demandante sustenta que: *“no es posible admitir que la prima de actualización pueda hacer parte permanente de la asignación de retiro por cuanto no está contemplada en el artículo 158 del Decreto ley 1211 de 1990. Dicha situación actualmente se encuentra regulada en igual término*

*en el artículo 13 del Decreto 433 de 2004, que fijó el régimen de las asignaciones de retiro.*

*En consecuencia, es evidente que la Prima de actualización no constituye una de las partidas computables para efectos la asignación de retiro, por expresa prohibición legal; aunado al hecho que dicha prima fue creada con una finalidad temporal específica.”*

Propone como excepciones la de pago frente al reajuste de la asignación de retiro a partir del 1º de enero de 1996, caducidad de la acción y prescripción del derecho.

De lo anterior la entidad finalmente solicita que sean despachadas en forma desfavorable las suplicas de la demanda.

### **C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 255-262)**

Mediante sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 2013 el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la prima de actualización, y por ello evidenciándose la ilegalidad del acto acusado al negar su reconocimiento.

Argumentó el A quo lo siguiente:

“(…) al respecto, es necesario precisar que tal reliquidación solo operará respecto de las asignaciones comprendidas entre el 1º de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1995, de conformidad con lo establecido por los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, respectivamente.

No es procedente el reconocimiento de la prima de actualización respecto del año 1992, porque el decreto 35 de 1992 que consagró la prima respecto de tal nulidad, la limitó a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y tal

disposición no ha sido objeto de modificación y además fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, siendo de forzosa aplicación.

Así pues, resulta improcedente el reconocimiento de la prima de actualización a partir del 1º de enero de 1992, como lo solicita el actor, toda vez que el mismo en tal fecha ostentaba la calidad de retirado.

De igual manera, la reliquidación solo es procedente hasta el año 1995, pues como se dijo anteriormente, su vigencia estuvo condicionada hasta tanto se fijara la escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, supuesto que se cumplió al expedirse el decreto 107 de 1996, quedando limitada su vigencia, se reitera, hasta el año 1995.(...)" (SIC)

#### **D. LA APELACION (Folio 110-114)**

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, y que en consecuencia se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, por lo que solicitan se revoque el numeral que niega el resto de pretensiones de la demanda.

Considera el apelante en su escrito, que: *"Mal interpreta el señor Juez lo solicitado al entender que se estarían extendiendo los efectos de la prima más allá del límite temporal autorizado por la ley y su decretos reglamentarios, dado el hecho que no estoy pidiéndole que se siga pagando no de los porcentajes de la prima de actualización que en los años de 1992 a 1995 se cancelaron. No, lo que pido es que dé aplicación a los Decretos que como he venido manifestando ordenan que se computen los porcentajes, y por tanto al hacerlo varían la base prestacional de los militares que como ya expliqué en el punto 4 es el sueldo básico o asignación básica."* (SIC)

#### **C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante:** Guardó silencio.

**Parte demandada:** reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación (Fl 8-12 Cuaderno de segunda instancia)

#### **D. 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 presente recurso.<sup>1</sup>
- Por auto posterior de fecha 31 de octubre de 2013 (Fl 8 Cuaderno de segunda instancia), de conformidad con el inciso 5 del artículo 212 del C.C.A se corrió traslado a las partes para que aleguen de conclusión, y al Ministerio Público para que si a bien lo tiene emita concepto.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

### **VI.- CONSIDERACIONES**

#### **1. Competencia**

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

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

---

<sup>1</sup> FL 3 cuaderno de segunda instancia

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 asunto pretende el demandante que se declare la nulidad de la Resolución N° 2850 del 31 de agosto de 2001 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual la entidad demandada negó el derecho al reconocimiento de la prima de actualización y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro del hoy demandante.

Por su parte la entidad demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas en forma desfavorable, pues considera que dado el carácter transitorio de la prima, y de conformidad con el fallo del Consejo de Estado de 1997, el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización de los retirados fenecía en noviembre de 2001 y dado que la solicitud fue elevada en el año 2001 por el demandante tal derecho estaría prescrito. A su vez aduce que dada la taxatividad de la norma la prima de actualización no puede ser incluida puesto que la misma no aparece como partida computable de las asignaciones de retiro, razón adicional para no ser reconocida.

El Juez de primera instancia luego de un análisis normativo, consideró que el demandante tenía derecho al reconocimiento de la prima de actualización, y por tal razón se evidencia la ilegalidad del acto administrativo que negó su reconocimiento. Adicionalmente precisa que solo opera la reliquidación desde el año 1993 a 31 de diciembre de 1995, y que no es procedente su reconocimiento en el año 1992, por cuanto el decreto 335 de 1192 que consagró la prima respecto de tal anualidad la limitó a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y tal disposición no ha sido objeto de modificación y además fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, siendo forzosa su aplicación.

El Juez de instancia igualmente preciso que la reliquidación solo es procedente hasta el año 1995, pues a su entender la prima de actualización estuvo condicionada hasta tanto se fijara la escala salarial porcentual, supuesto que se cumplió al expedirse el decreto 107 de 1996, de manera que quedó la prima de actualización limitada hasta el año 1995.

Ahora, si bien sobre el reajuste de la asignación de retiro del demandante, el Juez no hizo pronunciamiento expreso, la Sala entiende que al considerar la limitación en el tiempo de la prima negó tal solicitud, situación que se configura en el objeto de apelación, y que con posterioridad estudiará esta Corporación.

### **3. Acto administrativo demandado.**

El demandante solicita la nulidad de la Resolución N° 2850 del 31 de agosto de 2001, que el negó el reconocimiento, pago de la prima de actualización del hoy demandante y el reajuste de su asignación de retiro como consecuencia de dicho reconocimiento.

### **4. Problema jurídico a resolver.**

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento de la prima de actualización entre los años 1992 hasta 1995 y, al correspondiente reajuste de su asignación de retiro, de acuerdo a lo dispuesto en los Decretos 335/92, 25/93, 65/94 y 133/95.

Pues bien, en aras de desatar los problemas jurídicos planteados se harán las siguientes precisiones en torno al tema que hoy ocupa la atención de la Sala.

## **5. Marco Jurídico y Jurisprudencial**

### **5.1 La Prima de Actualización**

El artículo 150 de la Constitución Política en su numeral 19, literal e), preceptúa que compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno para "... fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso

*Nacional y de la Fuerza Pública”.*

En ejercicio de la mencionada función, el Congreso Nacional expidió la Ley 4 de 1992, norma general que facultó al Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, siguiendo los lineamientos allí trazados, por ello, el artículo 13, dispuso:

*“(…) el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo segundo.*

*Parágrafo: La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.”*

En desarrollo de este mandato constitucional y legal el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en sus artículos 15, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización, prima de actualización, sobre la asignación básica devengada por oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Empero, los citados decretos erigieron la prima de actualización sólo para el personal, en servicio activo, situación que posteriormente fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente N° 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente N° 11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar, en primer lugar, que se violaba el derecho de igualdad de los oficiales y suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y, en segundo lugar, que se desconocía el mandato previsto en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenaba establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

Con fundamento en lo anterior, sólo a partir de la expedición de las sentencias precitadas y como consecuencia de los efectos ex tunc de las mismas, por una parte,

el personal en retiro quedó habilitado para reclamar ante la Jurisdicción Contenciosa la prima de actualización, toda vez que antes de la anulación de tales actos, éstos gozaban de la presunción de legalidad, y por lo tanto, no era posible obtener el reconocimiento y pago de la prima de actualización; por otra parte, tal derecho para el personal de activo nació a la vida jurídica el 1º de enero de 1992.<sup>2</sup>

Aunado a lo anterior, sobre la oportunidad para reclamar el derecho la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia de 3 de septiembre de 2009<sup>3</sup>, acogió el criterio expuesto en sentencia del Consejo de Estado de 8 de mayo de 2008, con ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, según la cual:

*"como puede observarse, la conclusión a la que legó la Sala es que la prima de actualización tiene carácter transitorio y temporal y no de tracto sucesivo, por haberse agotado entre los años 1993-1995.*

*Y si tenemos que dicha prestación se causa en forma inmediata o concluyente, no podemos aplicarle válidamente lo preceptuado en el art. 113 del Decreto 1213 de 1990 en cuanto a que la reclamación escrita interrumpe el término de prescripción pero por un lapso igual, pues tal hipótesis está claramente dirigida a las prestaciones que son periódicas, como por ejemplo, la pensión de jubilación o de vejez, cuyas mesadas corren el riesgo de extinguirse paulatinamente por el transcurrir del tiempo, y con ocasión de la inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.*

*Así, la sanción prevista en el citado decreto 1213 para la prima de actualización, entre otros derechos y prestaciones, se agosta al dejar pasar el primer periodo cuatrienal, porque al finalizar el mismo, el interesado pierde la totalidad de las sumas correspondientes a los años 1993-1995; y al contrario, si presenta una solicitud en tal sentido antes de la expiración del término, como ocurrió en este caso, es evidente que no puede volver a transcurrir en su contra un nuevo término sancionatorio de 4 años, cuando dichos valores ya fueron*

---

<sup>2</sup> El Consejo de Estado mediante providencias del 14 de agosto de 1997, expediente N° 9923, Magistrado Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente N° 11423, Magistrada Ponente Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho a la igualdad de los oficiales y suboficiales en sueldos de retiro de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos de les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Plena, Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2009, M.P. Carmen Amparo Ponce Delgado.

*reclamados en tiempo, y no existe el riesgo de perder nuevas sumas que se causen hacia futuro, como si ocurre con las prestaciones periódicas.<sup>4</sup>*

En consecuencia, interpreta que la prescripción del derecho a la prima de actualización por parte del personal de las Fuerzas Militares y de Policía en retiro, únicamente opera cuando se da el primer supuesto, es decir, cuando solicita tal derecho en sede gubernativa después de transcurridos (4) años contados a partir de la ejecutoria de las sentencias que declararon la nulidad de las expresiones “ que lo devengue en servicio activo” y “reconocimiento de” de los decretos antes mencionados.

En conclusión, con fundamento en el anterior criterio, este Tribunal ha venido reconociendo a los miembros en situación de retiro de la Fuerza Pública la prima de actualización prestación objeto del presente proceso, sin embargo tal reconocimiento solo se ha hecho a partir del 1º de enero de 1993 a 1995; siempre y cuando se haya pedido en sede gubernativa antes de la ejecutoria de la sentencia del H. Consejo de Estado que permitiera su reconocimiento al personal de retiro.

## **5.2 De la incorporación de la Prima de Actualización en la asignación de Retiro.**

Es importante aclarar que una cosa es el reconocimiento y pago de la prima de actualización lo cual no ofrece duda alguna, y otro el respectivo reajuste que con dicha prima se presente respecto de la asignación de retiro.

Como se anotó, la prima de actualización es un factor que se adicionó al sueldo básico que percibía el personal activo, pues el propósito con el que se creó fue precisamente el de mejorar el nivel salarial, y en igual sentido lo hace con la asignación de retiro por ello, no es procedente ordenar al tiempo que se pague la prima de actualización al personal en retiro que no la percibió durante los años 1993 a 1995, y que por otro lado, se reajusta la asignación de retiro por los mismos periodos con dicho factor.

Sobre este último punto es oportuno precisar que la Sala mayoritaria de esta

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008). Rad. 08001-23-31-000-2005-02003-01 (0932-07).

Corporación venía sosteniendo que la prima de actualización modifica la base prestacional de la asignación de retiro, sin que pueda ser considerada tal decisión como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

En efecto este Tribunal venía adoptando el criterio que la prima de actualización si incide en la base prestacional de la asignación de retiro y que por ende, debían realizarse las respectivas reliquidaciones de las asignaciones de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicando los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única vigente desde 1996 y los demás que haya previsto la Ley si a ello había lugar.

Sin embargo, en relación a este tema puntual, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha mantenido un criterio uniforme en el sentido contrario a la postura mayoritaria de esta Sala de descongestión:

En efecto, en sentencia reciente la sección segunda mediante sentencia de fecha 5 de septiembre de 2013 el Consejo de Estado reitera la improcedencia del cómputo de la Prima de actualización a la base de la asignación de retiro, toda vez que la nivelación fue garantizada con la aplicación del principio de oscilación que rige esta prestación a partir del año 1996. En dicha providencia el Máximo Tribunal consideró lo siguiente:

*"(...) en este aspecto<sup>5</sup>, se reitera que por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales. Ene se orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del periodo de 1993 a 1995, no es posible decretarse*

<sup>5</sup> Al respecto pueden verse las sentencias de 22 de octubre de 2009 Rad. 0084-2008 MP Víctor Hernando Alvarado Ardila; o de mayo de 2008 Rad. 0932-2007 MP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y de 31 de agosto de 2006 Rad. 8958-2005 MP Alejandro Ordoñez Maldonado.

*por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la Ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones del personal en actividad.*

***En estas condiciones, no resulta procedente reliquidar la asignación de retiro que viene percibiendo el actor, con inclusión de los valores pagados por concepto de prima de actualización, entre 1992 a 1995, toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese periodo de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996. “ (resalta la Sala)***

De la jurisprudencia citada, es claro que a partir de la fijación de la escala salarial porcentual a través del Decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año en virtud del principio de oscilación, aplicando a la asignación de retiro o pensiones de los miembros de la Fuerza Pública retirados.

Resulta importante precisar que si bien la Sección Segunda no ha proferido una sentencia de unificación en tal sentido, lo cierto es que éste ha sido un criterio reiterado de todas las subsecciones, por lo que no se trata de un criterio aislado, sino que constituye la postura única y reiterada que sobre este tópico ha asumido la Sección Segunda del Consejo de Estado y en esa medida se constituye en referente obligatorio para resolver asuntos como el sub-judice en los que se pretende el reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actualización.

Por tal motivo, pese a no compartir la posición del Consejo de Estado, este Tribunal acogiendo el precedente jurisprudencial ya estudiado rectifica el criterio que venía adoptando respecto al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de

actualización y a partir de la fecha variará la tesis y por tanto se considerará que los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación en aplicación del principio de oscilación de la escala gradual porcentual.

## **6. Caso Concreto**

El demandante interpone demanda de nulidad y restablecimiento de carácter laboral contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que le sea reconocido el pago de la prima de actualización y reajuste de la asignación de retiro de conformidad con los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.

El demandante agotó la vía gubernativa mediante petición radicada ante la entidad demandada el 23 de abril de 2001, consecutivo 188617.

De otra parte al señor CAYETANO CONTRERAS ALDANA le fue reconocida asignación de retiro a través de la resolución N° 0739 del 25 de agosto de 1980, efectiva a partir del 1 de junio de 1980 (FI 220), según se desprende además del acto acusado.

Al respecto, se observa que el demandante solicitó en vía administrativa y judicial el reconocimiento de la prima de actualización y el reajuste de la asignación de retiro con base en dicha prima. Tal solicitud fue elevada por el demandante dentro del término concedido para el efecto por las Sentencias del Consejo de Estado.

El Juez de instancia luego de una análisis de la situación del demandante consideró que efectivamente el actor tiene derecho al reconocimiento de la prima de actualización, puesto que el actor no la devengó, dada su condición de retirado y que siendo facultado por el Consejo de Estado para tal petición la demandada debió reconocer el pago de dicha prima, sin embargo el A quo preciso que por la limitación en el tiempo de la misma y la entrada de la escala gradual porcentual, dicha prima solo sería reconocida entre los años 1993 a 1995 y que por ende no podría extenderse más allá de dichas vigencia. Concluye la Sala que respecto de dicha

situación el Juzgado de primera instancia negó en consecuencia el reajuste de la asignación de retiro solicitado por el demandante y el pago de la misma en el año de 1992.

El demandante descontento con la decisión adoptada decide apelar la sentencia de primera instancia, y solicita que se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, es decir, al pago de la anualidad correspondiente a 1992 y al reajuste de su asignación de retiro, al considerar que el reconocimiento de la misma afecta la base prestacional de su asignación de retiro a futuro.

En ese sentido, esta Sala respetará lo preceptuado bajo el principio de la no reformatio in pejus, que impide que se desmejoré las condiciones dispuestas al apelante único en el fallo de primera instancia y dado que estamos frente a esta circunstancias la Sala no podrá tocar aquello que ya le fue concedido al demandante. Sobre el principio de la no reformatio in pejus el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dicho lo siguiente:

*"Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de **decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada**, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como **apelante único**, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la **"prohibición"** de la reformatio in pejus.*

*Aunque en el inciso final del artículo 164 del C.C.A. no se consignó expresamente el término **"prohibición"**, es entendible que la norma se extiende al impedimento de **agravar la situación del apelante único**, pues la expresión **"sin perjuicio"** tiene este alcance, toda vez que al deber positivo para el superior jerárquico de declarar oficiosamente todos los medios exceptivos que encuentre probados - aún los no propuestos- con el cual inicia la frase, en lógica jurídica debe seguir el deber negativo de preservar el derecho obtenido por el **apelante único**.*

*De ahí que la omisión de prever el inciso final del artículo 164 del C.C.A. el término “prohibición”, no implica desconocer el fin querido por el legislador, consistente en preservar la situación del **apelante único** garantizándole, en consonancia con el canon constitucional (artículo 31), que del derecho obtenido en primera instancia no será despojado.”<sup>6</sup>*

Es decir la Sala dejará incólume el reconocimiento de pago de la prima de actualización dentro de las anualidades de 1993 a 1995, efectuado por el Juez de instancia y con respecto al resto de pretensiones esto es, el reconocimiento de la misma en el año 1992 y al reajuste de su asignación de retiro la Sala precisará lo siguiente.

Sobre el primer punto, entendido como el reconocimiento de la prima de actualización desde 1992 la Sala comparte la decisión adoptada por el Juez de instancia, puesto que, no es procedente tal reconocimiento dado que el decreto 335 de 1992 que consagró la prima respecto de tal anualidad, la limitó a los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y tal disposición no ha sido objeto de modificación y además fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, siendo de forzosa aplicación.<sup>7</sup>

En cuanto al segundo punto, entendido como el reajuste de la asignación de retiro del demandante, esto entendido por el apelante como una situación creada por el reconocimiento, variando la base de la asignación, la Sala negará tal pretensión toda vez que, ella no tenía alcance distinto que obtener la nivelación de su remuneración, durante ese período de tiempo, y más aún, si como quedó visto la incidencia sobre la base de su asignación de retiro a futuro está garantizada por el principio de oscilación que rige este tipo de prestaciones a partir del año 1996.

En ese sentido, la prima de actualización no puede computarse como factor salarial permanente para efectos de la liquidación de la asignación básica o de retiro, tal y

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, MP Alejandro Ordoñez Maldonado, fecha 27 de octubre de 2005 Rad. 25000-23-25-000-2001-11149-01 (1367-04)

<sup>7</sup> Consejo de Estado e fecha 3 de diciembre de 2002. MP Reinaldo Chavarro Buritaca Actor: Hernando Forero Parra.

como lo ha venido reconociendo la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, atendiendo al hecho de que este valor quedó incorporado cuando se implementó la escala gradual porcentual, la cual se aplica tanto a activos como retirados, en virtud del principio de oscilación.

De tal manera que la solicitud del demandante respecto de las demás pretensiones se negará en el mismo sentido efectuado por el Juez de instancia. Así las cosas se confirmará lo dispuesto por el A quo. Dejando en claro que esto se hace dado que el demandante resultó ser el apelante único y no puede ser desmejorado sobre lo ya resuelto.

#### **7. De la condena en costas.**

Al respecto el Artículo 171 del C.C.A. establece: *"Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil."*

Conforme lo anterior, no advierte este Tribunal que en el curso del sub judice las partes asumieran una posición temeraria o dilatoria, motivo por el cual no se condenara en costas<sup>9</sup>.

#### **IV. LA DECISIÓN**

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

### **FALLA**

---

<sup>9</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente 10.775 Reiterada en la Sentencia de 12 de octubre de 2000, expediente 13.097 dispuso sobre la condena en costas que *"En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial"*.

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha 28 de febrero de 2013, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

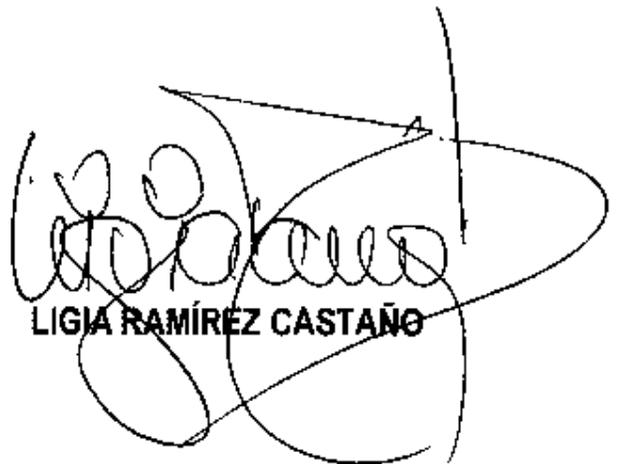
**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**LOS MAGISTRADOS**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

  
**LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO**

  
**JORGE FANDEÑO GALLO**

SU(descongestión)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0106  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: FRANCISCO M- JIMENO GOMEZ</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: E-S-E HOSPITAL MONTECARMELO</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-005-2007-00076-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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 PERMANECIÓ FIJADO EL PRESENTE EDICTO.  
Cartagena, TREINTA Y UNO(31) 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., Once (11) de Diciembre de dos mil Trece (2013)

**TEMA:** Declaratoria de Insubsistencia

SENTENCIA No. **34612013**

## **I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

### **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Radicación: No. 13-001-33-31-005-2007-00076-01

## **II. PARTES**

**Demandante: FRANCISCO M. JIMENO GOMEZ**

**Demandado: ESE HOSPITAL MONTECARMELO**

## **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 Trece (13) de Noviembre de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

#### **IV. ANTECEDENTES**

##### **A. LA DEMANDA**

###### **1. Pretensiones**

El demandante solicita expresamente lo siguiente:

**“PRIMERO:** Que es nulo el acto administrativo, denominado Resolución No. 034 del 9 de febrero del 2007, expedido por la demandada por el cual fue declarado insubsistente el doctor FRANCISCO MIGUEL JIMENO GOMEZ, del empleo de MEDICO ESPECIALISTA EN EL AREA DE GINECOLOGIA.

**SEGUNDO:** Que es nulo el acuerdo 007 de fecha 17 de noviembre del 2006, expedido por la junta directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR (Sic).

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, ordénese el reintegro del actor al empleo de MEDICO ESPECIALISTA EN EL AREA DE GINECOLOGIA (8 HORAS), que venía desempeñando a otro de igual o superior categoría.

**CUARTO:** Así mismo condénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR (sic), a pagar al actor todos los salarios, prestaciones sociales y demás derechos de carácter laboral dejados de devengar durante el término de su desvinculación declarando que para todos los efectos laborales no existió solución de continuidad en el servicio.

**QUINTO:** Condénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR (sic) al pago de todos los rendimientos financieros que por concepto de ajustes al peso e intereses se generen, mes a mes, por la omisión en los pagos laborales como consecuencia del retiro ilegal de la actora.

**SSEXTO:** *Condénese y ordénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR (sic) a pagar las prestaciones económicas derivadas de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

**SÉPTIMO:** *Condénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL MONTE CARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR (sic) conforme a lo dispuesto por el C.C.A.*

## **2. Hechos**

El actor los relata de la siguiente forma:

**“PRIMERO:** *El Doctor FRANCISCO MIGUEL JIMENO GOMEZ, fue vinculado desde el 4 DE ENERO DEL 2001 POR LA RESOLUCION No. 005 del 4 de enero de 2001 como Médico Especialista en el área de Ginecología Unico especialista en Ginecología vinculado a la demandada.*

**SEGUNDO:** *Por resolución No. 034 del 9 de febrero del 2007, expedida por la demandada fue declarado al actor insubsistente del empleo de MEDICO ESPECIALISTA EN EL AREA DE GINECOLOGIA, la cual fue comunicada el mismo día, señalando en ella que lo hacía por haber celebrado contrato para la administración de la entidad con la Fundación Ser.*

**TERCERO:** *En la citada resolución, la demandada señala que conforme a un supuesto estudio “se hace necesario implementar una serie de medidas y reestructuraciones en la planta de personal, para hacer viable financieramente la ESE Hospital Monte Carmelo.*

**CUARTO:** *Que el estudio señalado por la demandada, señala el demandante no existe.*

**QUINTO:** *Que el empleo de MEDICO ESPECIALISTA EN EL AREA DE GINECOLOGIA, existe y fue remplazado por el Dr. LEONARDO GONZALEZ.*

**SEXTO:** *En el acta de reunión de la Junta Directiva Numero 79 de la ESE HOSPITAL MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR, se decidió entregar la administración a un operador externo y en ella se acordó, que el personal no sería desvinculado.*

**SEPTIMO:** *El acuerdo 007 del 17 de noviembre del 2006 la Junta Directiva de la demandada, expidió dicho acto para facultar al director un operador externo.*

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

- *Artículo 41 de la ley 443 de 1998.*
- *Decreto 1572 de 1998: artículos 148, 149.*

*Como concepto de violación se manifiesta lo siguiente (folio 4 -5):*

**"FALSA MOTIVACIÓN:**

**ARTÍCULO 41 DE LA LEY 443 DE 1998:**

*En primer término es necesario preciar que el acto administrativo atacado se encontraba sometido a una actividad suficiente y precisamente reglada.*

*Sobre la actividad reglada el profesor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, en su obra "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez", Tomo II, de. Universidad Externado de Colombia 3° edición, pagina 73 y ss., ha expresado:*

**"b. ACTIVIDAD REGLADA Y DISCRECIONAL.**

*"Tras estudiar el principio de la legalidad en la perspectiva anterior, esto es, como reglada general de la actividad pública y en especial de la función administrativa, pensando en un normal desarrollo del estado de derecho, corresponde ahora*

*aproximarnos a otro aspecto de importancia cual es el referido a la dinámica de su funcionamiento, en especial de aquella que analiza las potestades de la administración en relación con la mayor o menor amplitud para sujetarse a la legalidad formal o darle prevalencia a la satisfacción de los intereses estatales a través de mecanismos amplificadores de los criterios de acatamiento a la legalidad.*

*Ahora bien, en tratándose de la potestad reglada, podemos sostener, en sentido contrario a la discrecionalidad, que se presenta cuando estamos frente a la aplicación estricta de una atribución legal, a la existencia de norma de competencia clara y específica, debiendo el órgano y servidor estatal actuar en la forma enunciada en dichas disposiciones sin lugar a posibilidades de romper los marcos en ellas preceptuados para su ejecución. El ejercicio de las potestades regladas implica un proceso de adecuación estrictamente típico, entre los supuestos e hechos descritos por la ley y los analizados en el mundo de la realidad. La potestad reglada constituye la regla general del principio de legalidad en el Estado de derecho..."*

*Las reglas normativas fijadas para la expedición del acto atacado, en cuanto a los motivos que le debían servir como base, fueron expresadas por el legislador así:*

**ARTICULO 41 DE LA LEY 443 DE 1998:**

*"Reformas de plantas de personal. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera, deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración basarse en estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras Profesiones idóneas"...".(subrayas fuera del texto)*

**DECRETO 1572 DE 1998:**

*"Artículo 148.- Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente v fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren, (subrayas fuera de texto)*

*"Artículo 149.- Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 2504 de 1998. Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación, supresión o reclasificación de empleos con ocasión, entre otros, de:*

*"1. Fusión supresión de entidades*

*"2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*

*"3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*

*"4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de las funciones.*

*"5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción de bienes o prestación de Servicios.*

*"6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*

*"7. Introducción de cambios tecnológicos.*

*"8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados.*

*Para su ejecución no se ejecuten a! (sic) desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos a las funciones de la entidad.*

*"9. Racionalización del gasto público.*

*"10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía v celeridad de las entidades públicas.*

*"PARAGRAFO: Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere éste artículo deben realizarse dentro de los claros criterios de razonabilidad proporcionalidad y prevalencia del interés general, (subrayas fuera del texto).*

*Se violenta esta normatividad, pues no existió realmente la llamada reestructuración de la que habla la resolución No. 034 del 9 de Febrero del 2.007."*

#### **4. Adición y/o Corrección de la demanda**

La parte demandada mediante escrito visible a folio 71 del expediente adiciona y/o corrige la demanda, solicitando que se tenga como parte dentro del presente proceso al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, ente de gobierno, representado legalmente por el señor Gobernador del Departamento de Bolívar, con domicilio en el Palacio de la Proclamación del centro histórico de la Ciudad de Cartagena, en virtud del litisconsorcio necesario que nace debido a la liquidación definitiva de la ESE HOSPITAL MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR a partir del día 24 de febrero de 2009 tal y como lo manifestó la FIDUPREVISORA S.A. en su respuesta al Oficio 0427 de 23 de abril de 2010., señalando que se vincula directamente al Departamento de Bolívar para que asuma responsabilidad solidaria en el pago de las obligaciones reclamadas debido que el Departamento es el responsable del servicio de salud a nivel territorial y por ello se constituye en garante de la prestación adecuada del mismo y de los gastos (laborales, comerciales, médicos y prestacionales, fiscales etc...) que incurran las IPS que contrata, en el cumplimiento de este fin social del Estado, tales la efectiva prestación del servicio de salud.

#### **B. LA CONTESTACION**

La entidad demandada Departamento de Bolívar, contestó la demanda en tiempo, visible a folio 198-200 del expediente oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, solicitando se desestimen todas y cada una de las pretensiones solicitadas por la parte demandante, ya que entre la ESE HOSPITAL

MONTECARMELO DEL CARMEN DE BOLIVAR hoy liquidada y la Gobernación de Bolívar no existe vínculo laboral solidario y mucho menos entre sus trabajadores y la Gobernación de Bolívar.

Así mismo propone las siguientes excepciones:

- Inexistencia del demandado
- No haberse presentado prueba en la calidad en que se cita al demandado
- Illegitimidad en la persona del demandado
- inexistencia de la obligación
- **Contestación de la Corrección de la demanda.**

Me opongo a todas y cada una de las declaraciones y condenas de la presente acción porque carecen de fundamento factico y jurídico por cuanto y tal como está demostrado dentro del proceso, existió una motivación clara, conveniente, legalmente viable para el bien general como lo demuestra y explica la resolución 034 de febrero 9 de 2007, pudiendo la E.S.E. Hospital Monteármelo, en cabeza de su gerente, ejercer el derecho a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del cargo de los funcionarios de la citada entidad, más exactamente en el caso del demandante señor FRANCISCO MIGUEL JIMENO GOMEZ, quien fue vinculado de manera provisional en el cargo, como a bien lo demuestra en la resolución 0005 del 04 de enero de 2001, el cual por la natura de esta implica la cesación definitiva en el ejercicio de las funciones por la declaración de insubsistencia de nombramiento, vale la pena observar nuevamente que el nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en cualquier momento y sin necesidad de motivar la decisión.

Así mismo propone las siguientes excepciones:

- La mala fe del demandante
- Cobro de lo no debido
- Presunción de legalidad de los actos administrativos
- Declaración de Oficio

### **C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó sentencia el trece (13) de noviembre de 2012, negando las pretensiones de la demanda, pues consideró que los cargos elevados por el demandante contra los actos acusados no desvirtúan la presunción de legalidad que sobre ellos recae, siendo del caso denegar las pretensiones deprecadas.

El actor manifiesta que los actos acusados adolecen de falsa motivación, toda vez que la declaratoria de insubsistencia del cargo de Médico Especialista en el Área de Ginecología, el cual venía ocupando, se dio sin que mediara reestructuración administrativa, y sin la realización de estudio técnico previo, siendo estos presupuestos legales para el retiro de todo empleado inscrito en carrera administrativa.

### **D. LA APELACION**

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando la revocatoria de la misma, empieza sustentando el recurso reconociendo que la posición del aquo se identifica en gran parte con la antigua posición sostenida por el Honorable Consejo de Estado sobre la declaratoria de insubsistencia de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, sin embargo dista mucho de la actual posición del Consejo de Estado sobre la solución de

este tipo de controversias judiciales y por ello simplemente cita la más reciente jurisprudencia, para demostrar que el acto administrativo acusado que desvinculó a su apadrinada debió ser motivado, y que tales motivaciones debían solamente obedecer a razones del buen servicio y/o mejoramiento del cargo y jamás a consideraciones económicas ajenas a su poderdante tales como la crisis hospitalaria en la que estaba incurso el empleador ESE Hospital Montecarmelo y que según el acto enjuiciado Resolución 034 de febrero 9 de 2007.

## **V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- El Cuatro (4) de Junio de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha 31 de Julio 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.

## **VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado en el presente asunto, emitió concepto en el presente proceso, solicitando revocar la sentencia de primera instancia, pues señala que la norma no establece que los estudios técnicos se exigen solamente para preservar los derechos de los empleados de carrera, lo cual significa que la norma está orientada para preservar los derechos de todo tipo de empleos de carrera, dentro de los cuales se encuentran los ocupados en provisionalidad.

## **VII.- 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.

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. Problema Jurídico**

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si los cargos invocados o normas supuestamente violadas con las que se pretende desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados, por el cual declara insubsistente al actor, son acordes, o si por el contrario dichas normas en las que se funda el actor no son violatorias de los actos acusados, es decir, no logran desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, siendo procedente confirmar la sentencia de primera instancia.

## **3. Tesis de la Sala**

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que en el presente caso es evidente que la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, no se ha desvirtuado, toda vez que las normas en que se funda el actor como violatorias de los actos acusados se encontraban derogadas al momento de su expedición, y adicionalmente, la confusión que tuvo el actor al afirmar que para poderlo retirar del servicio, la entidad demandada debía fundarse en estudios técnicos previos, no siendo este un requisito legal para la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad.

#### **4. De lo Probado en el Proceso**

- Que mediante resolución No. 0419 del 30 de mayo de 2000, a través del cual, el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL MONTE CARMELO DE EL CARMEN DE BOLIVAR, nombra en provisionalidad al señor FRANCISCO MIGUEL JIMENO GOMEZ en el cargo de Médico Especialista con cuatro (4) horas diarias de la referida entidad. (fl. 87)
- Que mediante acta de posesión de fecha 1 de junio de 2000, suscrita por el Gerente de dicha entidad y el actor, mediante el cual este último toma posesión el cargo. (fl. 86)
- Que mediante Resolución No. 0005 del 04 de enero de 2001, fue nombrado provisionalmente al señor Francisco Miguel Jimeno Gómez, en el cargo de Médico Especialista con ocho (8) horas diarias de la ESE Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar.(fl. 88)
- Que mediante Resolución No. 034 de febrero 9 de 2007, se declaró insubsistente el nombramiento del señor Francisco Miguel Jimeno Gómez, en el cargo de Médico Especialista en el Área de Ginecología, a partir del 12 de febrero de 2007.(fl. 8-9)
- Mediante oficio de fecha 9 de febrero de 2007, se le comunica al señor Francisco Miguel Jimeno Gómez, de la declaratoria de insubsistencia del cargo que venía desempeñando.(fl. 14)
- Que mediante acuerdo No. 007 del 17 de noviembre de 2006, la Junta Directiva de la E.S.E. Hospital Monte Carmelo de el Carmen de Bolívar, autoriza la contratación de un operador externo para el desarrollo de las funciones de la E.S.E. (fl. 77-78)

## 5. Caso Concreto

Pretende el actor se declare la nulidad del acto administrativo denominado Resolución No 034 del 9 de febrero de 2007, expedido por la entidad demandada, por el cual fue declarado insubsistente su nombramiento, de igual forma pretende el actor que se declare nulo el acuerdo No. 007 del 17 de noviembre de 2006 expedido por la Junta Directiva de la E.S.E. aquí demandada.

El Doctor FRANCISCO MIGUEL JIMENO GOMEZ, fue vinculado desde el 4 de enero del 2001 por la resolución No. 005 del 4 de enero de 2001 como Médico Especialista en el área de Ginecología Unico especialista en Ginecología vinculado a la entidad demandada.

Por resolución No. 034 del 9 de febrero del 2007, expedida por la demandada fue declarado al actor insubsistente del empleo de MEDICO ESPECIALISTA EN EL AREA DE GINECOLOGIA, la cual fue comunicada el mismo día, señalando en ella que lo hacía por haber celebrado contrato para la administración de la entidad con la Fundación Ser.

En la citada resolución, la demandada señala que conforme a un supuesto estudio “*se hace necesario implementar una serie de medidas y reestructuraciones en la planta de personal, para hacer viable financieramente la ESE Hospital Monte Carmelo.*”

El actor negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que los cargos elevados por el demandante contra los actos acusados no desvirtúan la presunción de legalidad que sobre ellos recae, siendo del caso denegar las pretensiones deprecadas.

Por su parte la entidad demandada (Departamento de Bolívar) señala que la presente acción carecen de fundamento fáctico y jurídico por cuanto y tal como está demostrado dentro del proceso, existió una motivación clara, conveniente, legalmente viable para el bien general como lo demuestra y explica la resolución 034 de febrero 9 de 2007, pudiendo la E.S.E. Hospital Montecarmelo, en cabeza de su gerente, ejercer

el derecho a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción del cargo de los funcionarios de la citada entidad, más exactamente en el caso del demandante señor FRANCISCO MIGUEL JIMENO GOMEZ, quien fue vinculado de manera provisional en el cargo, como a bien lo demuestra en la resolución 0005 del 04 de enero de 2001, el cual por la natura de esta implica la cesación definitiva en el ejercicio de las funciones por la declaración de insubsistencia de nombramiento, vale la pena observar nuevamente que el nombramiento de los empleados de libre nombramiento y remoción puede ser declarado insubsistente en cualquier momento y sin necesidad de motivar la decisión.

Observa esta Sala de decisión que en el presente caso nos encontramos frente a una forma de retiro denominada "Declaratoria de Insubsistencia", toda vez que a folio 8-9 del expediente reposa el acto acusado esta es Resolución No. 034, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Francisco Miguel Jimeno Gómez, en el cargo de Médico Especialista en el Área de Ginecología, a partir del 12 de febrero de 2007.

Queda claro entonces que el acto administrativo por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor fue expedido el 9 de febrero de 2007, esto es con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 909 del 2004 de carrera administrativa, y observa esta Sala que el actor señala que los actos administrativos acusados son violatorios es de la ley 443 de 1998 y Decreto 1572 de 1998, que para para la época de su retiro no estaban vigentes.

Señala el actor dentro de sus fundamentos jurídicos de la demanda, normas violadas y concepto de violación, que los actos acusados, son violatorios de las siguientes disposiciones legales:

**LEY 443 DE 1998**

**“Artículo 41°.-** Reforma de plantas de personal. Con el fin de garantizar la preservación de los derechos de los empleados de carrera, las reformas de planta de personal de las entidades de la Rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, que impliquen supresión de empleos de carrera deberán motivarse expresamente; fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas...”

### **DECRETO 1572 DE 1998**

**“Artículo 148°.-** Las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse expresamente y fundarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la institución, las cuales estarán soportadas en estudios técnicos que así lo demuestren.

**Artículo 149°.-** Modificado por el art. 7, Decreto Nacional 2504 de 1998. Se entiende que la modificación de una planta de personal está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación, supresión o reclasificación de empleos con ocasión de:

1. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
2. Supresión, fusión o creación de dependencias.
3. Modificación de las funciones generales institucionales o de las dependencias.
4. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
5. Eliminación, simplificación o creación de procesos o trámites.
6. Eliminación o reducción de prestación de servicios o la creación de nuevos servicios.

7. *Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
8. *Introducción de tecnología.*
9. *Culminación o cumplimiento de planes, programas, proyectos o funciones cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajustan al desarrollo de nuevos planes, programas, proyectos o funciones de la entidad.”*

De lo anterior, podemos darnos cuenta que el actor manifiesta que los actos administrativos que aquí se acusan son violatorios de las normas citadas anteriormente, esto es Ley 443 de 1998 y Decreto 1572 de 1998, fundamentos de derecho y concepto de violación que no comparte esta Sala sean violatorios de los actos acusados, toda vez que para la fecha de la expedición de la declaratoria de insubsistencia esto es, en el año 2007 ya se encontraba vigente la Ley 909 de 2004 y Decreto 1227 de 2005, pues queda claro que el actor alega la violación de la Ley 443 de 1998, por medio del cual se expiden normas sobre empleo público y la carrera administrativa y se dictan otras disposiciones y el Decreto 1572 de 1998- por el cual se reglamenta la ley 443 de 1998, sin que haga referencia a la ley 909 de 2004 y Decreto 1227 de 2005, vigentes al momento en que se produjo el retiro del servicio por medio de los actos que aquí se demandan.

Esta Sala considera pertinente señalar que el 12 de febrero de 2007, fecha en que se retiró al actor del cargo que venía desempeñando, las normas invocadas por el actor se encontraban derogadas, toda vez que el artículo 58 de la ley 909 de 2004, que entró a regir desde el día 23 de septiembre de 2004, señaló que la presente ley rige a partir de su publicación, y que ésta derogaba la ley 443 de 1998.

Así mismo se tiene que el Decreto 1572 de 1998 fue derogado por el artículo 112 del Decreto 1227 de 2005, el cual dispone que el presente decreto rige a partir de su publicación y derogaba el decreto 1572 de 1998.

Es por lo anterior que para esta Sala una primera razón para que las pretensiones de la demanda no prosperen es porque las normas que señala el actor, que fueron violadas al momento de expedir los actos acusados, ya se encontraban derogadas.

Por otra parte observa esta Sala, que el actor señala dentro de sus cargos alegados, que para que pudiera la entidad demanda retirarlo del servicio, esta debía fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en estudios técnicos que así lo demuestren elaborados por las respectivas entidades, la Escuela Superior de Administración Pública, firmas especializadas en la materia, o profesionales en Administración Pública u otras profesiones idóneas, argumento que no comparte esta Sala, pues considera que el actor está confundiendo la forma de retiro, pues en razón de que la entidad demandada para declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor, no debía basarse en estudios técnicos, pues al actor no le estaban suprimiendo el cargo, sino declarado insubsistente.

Finalmente concluye esta Sala que del material probatorio que reposa dentro del expediente, los cargos elevados por el accionante contra los actos acusados no desvirtúan la presunción de legalidad que sobre ellos recae, siendo del caso procedente confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues precisa esta Sala que el juzgador no puede fundar su decisión en cargos no propuestos como parte del concepto de violación, pues de este modo desconocería el derecho de defensa y el principio de igualdad.

Es por lo anterior que considera pertinente esta Sala citar una Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, cuando nos señala que el Juzgador no puede hacer un estudio de legalidad de las normas no invocadas, así:

**“NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION – Jurisdicción rogada. Alcance**

*El artículo 137 del C.C.A., al describir el contenido de la demanda, señala que además de la designación de las partes, las pretensiones, los hechos que le sirven de sustento, los fundamentos de derecho, las pruebas, la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria para determinar la competencia, la demanda que tiene por objeto el estudio de legalidad de un acto administrativo, debe contener un capítulo especial en el que se señalen las normas violadas y se explique el concepto de su violación. Este último requisito es consecuencia del carácter de rogada de la justicia contenciosa, que le impide al juez realizar un estudio de legalidad con normas no invocadas en la demanda, pues las expresiones “fundamentos de derechos que se invocan como vulnerados” y “concepto de violación”, constituyen el marco dentro del cual puede y debe moverse el juez administrativo para desatar la controversia. Si al juez no se le da este marco jurídico y conceptual, muy seguramente la decisión que deba proferir será inhibitoria, en cuanto como ya se dijo, no está facultado para escoger dentro de un conjunto normativo los preceptos que considere desconocidos o vulnerados por la decisión administrativa cuya legalidad se debate. A contrario sensu, cuando en la demanda a pesar de no cumplirse con este rigorismo se le dan al juez suficientes elementos normativos y fácticos de cuyo estudio integral se puede inferir el marco de la censura, resulta obligatorio el estudio de fondo. En este orden de ideas, para la Sala el marco demandatorio en este asunto, permitía al juez luego del análisis integral del mismo, estudiar de fondo la controversia, máxime cuando el demandante señaló las normas que consideraba aplicables a sus derechos laborales, en especial al folio 18 cuando señala que además de las normas constitucionales los actos acusados desconocieron el contenido del artículo 99 de la Ley 50 de*

*1990, 344 de 1996 y la Ley 244 de 1995, está última que desarrolló en un capítulo que denominó "análisis normativo".<sup>1</sup>*

Ahora bien, descartada la prosperidad de los cargos de la demanda, normas violadas y concepto de violación, es evidente que la presunción de legalidad que ampara los actos acusados, no se ha desvirtuado en el presente caso, toda vez que quedó demostrado que las normas que funda el actor como violatorias de los actos acusados se encontraban derogadas al momento de su expedición, no obstante lo anterior, la confusión que tuvo el actor al afirmar que para poderlo retirar del servicio, la entidad demandada debía fundarse en estudios técnicos previos, no siendo este un requisito legal para la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, razón por la cual, ésta Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

#### **6. Condena en costas**

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

#### **VIII. 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,

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B, Consejero ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., veintituno (21) de mayo de dos mil nueve (2009), Radicación número: 76001-23- 31-000-2002-01586-01(2070-07), Actor: WILLIAM ARANGO PEREZ, Demandado: MUNICIPIO DE LA CUMBRE

## FALLA

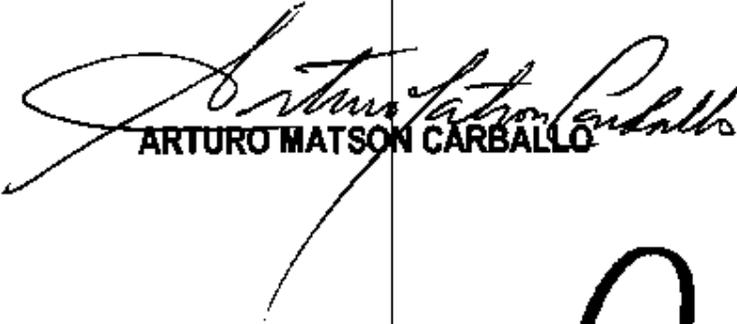
**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia de fecha Trece (13) de Noviembre de dos mil Doce (2012) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

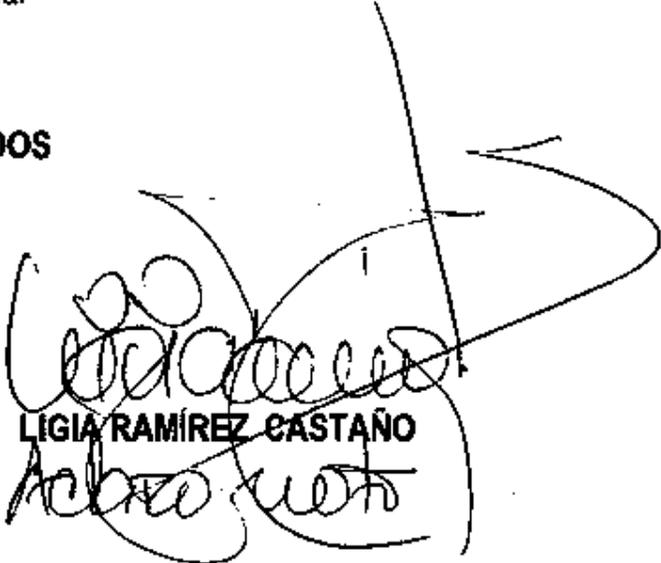
**SEGUNDO:** En firme esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

## 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 CASTAÑO

  
JORGE FANDIÑO GALLO

ABC

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Cartagena de Indias, D.T. y C., Enero Catorce (14) de dos mil catorce (2014).

**RAD: 13-001-23-31-005-2007-00076-01**

**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**ACTOR: FRANCISCO JIMENO GÓMEZ**

**DEMANDADO: ESE HOSPITAL MONTE CARMELO**

La suscrita Magistrada de Descongestión, en el caso, aclara su voto en la decisión mayoritaria contenida en la sentencia de 11 de Diciembre de 2013 dictada por la Sala de Decisión N° 003, que CONFIRMA la decisión proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

En la sentencia aludida se confirma el fallo de primera instancia, bajo el argumento de la imposibilidad de efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado a la luz del Decreto 1572 de 1998 y de la Ley 443 de la misma anualidad, normas invocadas como violadas por el actor, toda vez que, para el momento en que se le declaró insubsistente, aquellas habían sido derogadas por la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005.

A su vez, en la misma providencia se expresa, que el actor confunde el retiro del servicio del empleo, con los procedimientos previos que deben surtir a propósito de la supresión de cargos de carrera administrativa, por cuanto en el *sub lite*, el actor fue declarado insubsistente del empleo que desempeñaba en provisionalidad, mas su retiro del servicio no obedeció a la supresión del empleo.

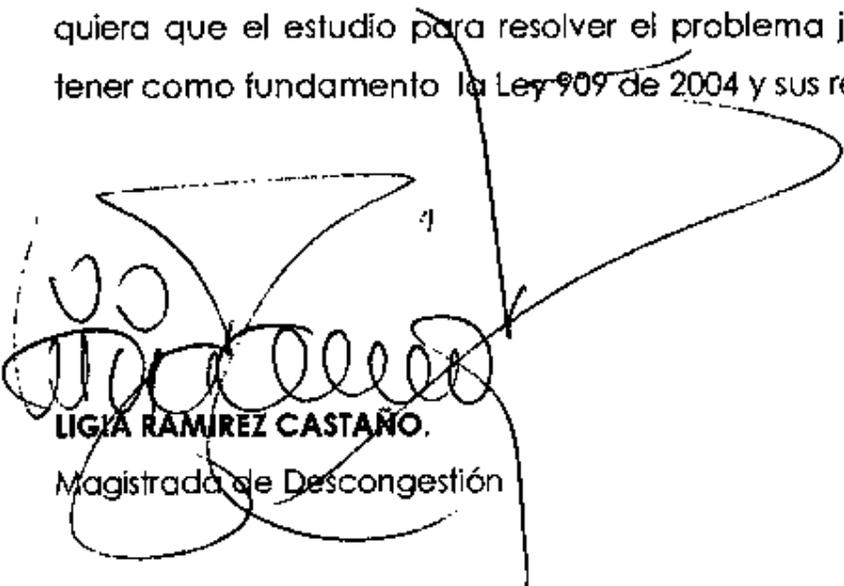
Visto lo anterior, considero que en el presente caso, aún cuando el resultado sería el mismo, la Sala debió dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal abordando el estudio del asunto al compas de la Ley 909 del 2004, sin importar que en el concepto de la violación de la demanda no se haya hecho alusión a aquella, como quiera que, omitir el análisis de los cargos de nulidad con base en dicha normativa que hace

2  
ACLARACIÓN DE VOTO  
ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: 13 001 33 31 005 2007 00076-01 – Actor: FRANCISCO JIMENO GÓMEZ

qué el retiro de empleados en condición de provisionalidad sea reglado, constituye una desatención a lo dicho por la H. Corte Constitucional en la sentencia C – 197 de 1999 en cuanto se viola al retiro el derecho fundamental al debido proceso.

En efecto, si bien es cierto que el estudio de los cargos de nulidad con base en la Ley 909 de 2004 no conlleva a la modificación de la decisión final adoptada por la Sala, también lo es que sí se ven afectadas las razones para arribar a tal conclusión, dado que, de acuerdo a la nueva postura adoptada por el H. Consejo de Estado, en materia de retiro del servicio de empleados que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, se ha hecho extensiva a ese grupo de personas, la protección de los derechos conferidos a los empleados de carrera, en lo que atañe al procedimiento para efectuar el retiro del servicio, esto es, que la competencia para proceder a ello es reglada, en concordancia con el Art 41 de la Ley 909 de 2004 y, en consecuencia, dicho acto administrativo debe ser motivado; distinto a lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998.

Lo anterior, impone que este Despacho aclare su posición respecto de la decisión de la Sala 003 de esta Corporación, que decide confirmar el fallo emitido en primera instancia dentro de la acción de la referencia, como quiera que el estudio para resolver el problema jurídico planteado, debió tener como fundamento la Ley 909 de 2004 y sus reglamentos.



**LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO,**  
Magistrada de Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0107  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: MARYURI SARMIENTO FLOREZ</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-005-2011-00062-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIECISEIS (16) DE ENERO DE 2014</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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. 001/2014

Cartagena de Indias, D. T. y C., Dieciséis (16) de Enero de dos mil catorce (2014)

**TEMA:** Desplazamiento Forzado- Ayudas Humanitarias Reparación

**I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

**ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA**

Radicación: No. 13-001-33-31-005-2011-00062-01

**II. PARTES**

**Demandante:** MARYURI SARMIENTO FLOREZ

**Demandado:** NACION. MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA-  
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD  
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 presentado por la parte demandante contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

#### IV. ANTECEDENTES

##### A- LA DEMANDA

###### 1. Pretensiones

*“PRIMERO: La demandada, **LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, ACCION SOCIAL O UOA UNIDAD TERRITORIAL DE BOLIVAR Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTERNACIONAL** son responsable administrativamente y extracontractualmente por los daños antijurídicos causados perjuicios materiales y morales a la demandante a la señora **MARYURI SARMIENTO FLOREZ** y, a sus menores hijos naturales, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al **DESPLAZAMIENTO** al demandante donde perdió todos sus bienes (sic) materiales.*

*SEGUNDO: **QUE SE CONDENE** a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a **LA NACION COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, ACCION SOCIAL y/o UOA UNIDAD TERRITORIAL DE BOLIVAR Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTERNACIONAL**, como reparación del daño ocasionado con la pérdida de todos sus bienes, a pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y subjetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de **CIENTO (SIC) DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEISCIENTOS DIES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$225.610.681.00)** M-cte, conforme a lo probado y los valores que vienen relacionados en los hechos dentro del proceso, la suma anterior la demandada se obligó a pagar o restituir los daños a mi mandante conforme a la ley 387/1997 y demás decretos reglamentarios, haciéndose acreedor de las siguientes ayudas humanitarias, así:*

**A.- QUE SE CONDENE** a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de asistencia alimentaria y elementos de aseo personal la suma de TREINTA Y UN MILLON CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA PESOS (\$31.481.280.00) M-CTE, equivalente a los daños materiales.

**B. QUE SE CONDENE** a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de utensilios de cocina y elementos de alojamiento la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIETOS PESOS (\$257.500.00) M-CTE, equivalente a los daños materiales.

**C. QUE SE CONDENE** a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de transporte la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$257.500), equivalente a los daños materiales

**D. QUE SE CONDENE** a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de la estabilización socioeconómica o proyecto productivo la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000) M-CTE, equivalente a los daños morales.

**E.- QUE SE CONDENE** a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de subsidio de vivienda, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000) M-CTE, equivalente a los daños de indemnización futura.”

## 2. Hechos

Los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:

Manifiesta el apoderado del actora, que su representada es oriunda del corregimiento de Toro del Municipio de San Juan Nepomuceno del Departamento de Bolívar, desempeñándose como agricultor y/o Comerciante, desplazada desde el año 2007, y por razones de violencia fue forzada a desplazarse a esta ciudad, siendo inscrita en el “Sistema Único de Registro – SUR”, para obtener la ayuda humanitaria prevista en la Ley 387 de 1997 la cual, sin embargo no le ha sido otorgada, por lo que se han vulnerado sus derechos adquiridos por ley.

Señala que, en el año 2005 se desplazó por la violencia y por los perjuicios sufridos en todos sus bienes (le destruyeron su vivienda junto con todos los enseres), estimando un promedio de pérdida de \$114.600.000.00: encontrándose actualmente sin empleo y es padre cabeza de hogar.

Afirma que tiene derecho a recibir sus ayudas humanitarias todos los meses desde su desplazamiento, ello conforme al decreto 2569/00 art. 22 y la ley 387/97.

Hace una enunciación de los perjuicios materiales sufridos como daño emergente y lucro cesante consignados en las pretensiones de la demanda tales como: perjuicios morales. Alimentación, Alojamiento, Arriendo vivienda, estabilidad socioeconómica, transporte, fierra, etc., sufridos por el desplazamiento, y que considera debe resarcir la demandada tomando como base la fecha de ocurrencia del hecho.

Que, el día 26 de agosto del año 2009 solicitó ante la accionada proyecto productivo por la suma de (\$48.993.80). pero que hasta la fecha no le hacen efectivo dicho proyecto. Igualmente con radicado No. 6897 presento solicitud de subsidio de vivienda con al art. 26 de decreto 2569/00 art. 15 de la ley 387/97 y no le han entregado dicho subsidio.

Finalmente realiza un estimación razonada de los perjuicios los cuales arrojan un valor total de \$225.610.681.00 Mcte. Manifiesta que al representante legal del demandado en procura del mejor ánimo conciliatorio, le ha hecho varios requerimientos.

Que, la demandada realizó unos abonos por la suma de \$2.010.000.00 Mcte, de lo cual afirma anexar los recibos, los cuales solicita sean tenidos como prueba de que la demandada está aceptando la obligación pretendida.

## **B. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

### **Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional**

La entidad demandada presentó contestación de demanda dentro del término legal, visible a folios 52 y ss), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Así mismo afirma que no es cierto que a la demandante no se le ha dado ningún tipo de ayuda ya que conforme a la base de datos que se lleva en dicha entidad la señora Maryuri Sarmiento si ha sido beneficiaria de ayudas humanitarias tal y como a su vez también los reconoce en la demanda en el hecho "DÉCIMO" donde expresa que ha recibido un abono por la suma de \$2.020.000. Que, a la demandante se le ha hecho entrega de ayudas humanitarias dentro del marco de su competencia y que dicha entidad no es la causante del desplazamiento por lo que se le puede endilgar ningún tipo de falla o falta en el servicio, ya que acción social no hace parte de la Fuerza Pública, ni le corresponde enfrentar grupos armados ilegales.

Que, una cosa es el daño causado con el desplazamiento forzado (del cual considera no tienen responsabilidad) y otra el daño causado por ellos al omitir el deber de hacerle entrega de asistencia humanitaria por su condición de

desplazado forzado, de lo cual afirma no obra prueba sumaria alguna. Sostiene que, si lo que pretende el demandante es que se le entregue ayudas humanitarias que considera no le ha sido brindadas ni por acción social ni por al entidades que hacen parte del SNAIPD, la acción a deprecar es la de cumplimiento con el fin de solicitar al Juez Constitucional que ordene a la entidades que procedan a dar cumplimiento a las normas de la ley 387/97 y su decreto reglamentario 2569/2000.

Que, no es cierto que el art. 22 del decreto 2569/00 establezca el derecho a recibir ayuda humanitaria todos los meses desde su desplazamiento, para lo cual hace un transcripción del mismo.

Por otro lado manifiesta que la demandante ha recibido ayudas humanitarias de las entidades del SNAIPD, incluida Acción Social. Sobre ello trae a colación lo que considera la línea jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional sobre el tema de la asistencia humanitaria transcribiendo ara ello apartes de las sentencias: T-600 de 2009, T-620 de 2009, T-690 de 2009 y T 840 de 2009.

Que, con relación al proyecto productivo, con la demanda no se acompaña como prueba copia del mismo y de ser cierto dicho programa se entrega por una sola vez, y en caso tal de que requiera más recursos debe acudir a las demás entidades que conforman el SNAIPD.

Que, dentro de sus funciones no tiene la de entregar viviendas y para tal fin debe acercarse a las autoridades competentes en materia de vivienda a través del aporte de un recurso denominado Subsidio Familiar de Vivienda cuya entidad competente es FONVIVIENDA.

Así mismo explica el procedimiento para las convocatorias especiales para atender a la población desplazada conforme al decreto 951 de 2001.

De otro lado señalan unos cuadros donde se observan las distintas ayudas que se le han otorgado al grupo familiar de la demandante tales como: empleo humanitario, kit de aseo, mercados, talleres, cocina y vajilla kit de habitat interno, auxilio de arriendo mensual, acompañamiento psicosocial, capacitación, emprendimiento; reseñando también que como parte de los beneficios ella y su grupo familiar se encuentran vinculados al régimen subsidiado de salud.

Finalmente propuso las excepciones de:

- NO AGOTAMIENTO EN DEBIDA FORMA, EN RELACIÓN CON LA AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL, DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL EXIGIDA POR EL ARTICULO 35 DE LA LEY 640 DE 2001.
- AUSENCIA DE OBLIGACION ALGUNA A CARGO DE ACCION SOCIAL DE ENTREGAR AYUDA HUMANITARIA DE EMERGENCIA DE MANERA RETROACTIVA A LA DEMANDANTE, DE ACUERDO CON LO MENCIONADO POR LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA T-690 DEL 1 DE OCTUBRE DE 2009 Y REITERADO POR ESE ALTO TRIBUNAL EN LA SENTENCIA T-840 DE 2009.
- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN EN RELACIÓN A LAS RECLAMACIONES ECONÓMICAS DEL DEMANDANTE QUE SEAN ANTERIORES EN DOS ANOS A LA FECHA DE RADICACIÓN DE LA DEMANDA.
- FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA
- INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES EN LA PRESENTACION DE LA DEMANDA CONFORME A LO ORDENADO POR AL LEY.

- AUSENCIA DE MATERIAL PROBATORIO...", entre otras.

### **C. SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia adiada en mayo 25 de 2012, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que el daño consistente en los perjuicios patrimoniales materiales y morales causados con el desplazamiento. No fueron tampoco probados ya que la única prueba existente al respecto es una declaración rendida por la misma demandante ante un notario, no existiendo otra prueba que corrobore lo declarado y reclamado; tornándose en insuficiente para el efecto. Además los otros perjuicios reclamados son ayudas que la ley ha establecido y de las cuales ella ha sido acreedora en diferentes oportunidades.

El nexo causal, esto es la relación causa efecto entre el hecho dañino y el daño. En cuanto este elemento de la responsabilidad administrativa, no encuentra el despacho que se encuentre demostrado.

Respecto de la carga de la prueba, entiende el despacho que de conformidad con el artículo 177 de C.P.C., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

De tal manera que correspondía a la parte actora demostrar que el desplazamiento sufrido por la señora MARYURI SARMIENTO FLOREZ, se dio como consecuencia del accionar de la NACIÓN-MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA-ACCION SOCIAL, como lo sería el mostrar que dicha entidad la amenazo o atento contra la integridad física de ella y su familia.

En cuanto a la prueba, en varias providencias preferidas por el H. Consejo de Estado, se consideró que cuando fuera imposible demostrar con certeza o exactitud la existencia del nexo causal, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y

documentos que probaran dicha relación, el juez podía "contentarse con la probabilidad de su existencia"<sup>3</sup>, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a "un grado suficiente de probabilidad, que permitían tenerla por establecida.

Precisamente en el presente proceso no hay ninguna circunstancia relevante que permita ese grado suficiente de probabilidad; pues, según las pruebas obrantes, el desplazamiento se dio por el accionar de un tercero distinto a la entidad demandada y parte de los perjuicios reclamado son ayudas que ella misma declaró que ha recibido y que también fue certificado por la demandada, observando el despacho que el interés se centra en la obtención de una vivienda.

En conclusión no existe prueba de que las circunstancias que dieron origen al desplazamiento se hubieren dado con ocasión del accionar de ACCIÓN SOCIAL hoy Departamento para la prosperidad Social, lo cual trae como consecuencia además que hay una falta de legitimación en la causa material toda vez que no está acreditado la intervención y/o conexión de los demandados con los hechos que motivaron el daño alegado.

Así las cosas, es sabido que el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA- ACCION SOCIAL, no son los encargados de ejecutar las políticas de seguridad del estado, sino que por ejemplo el Ministerio dentro de sus funciones entre otras, tiene las de dirigir y promover las políticas tendientes a la prevención de factores que atenten contra el orden público interno, y también promueve y apoya la generación de infraestructura para la seguridad y convivencia ciudadana en las entidades territoriales, aunado a lo anterior en el expediente no se ha acreditado que la señora MARYURI SARMIENTO FLOREZ, haya puesto en conocimiento del demandado la situación de violencia que le ponía en peligro de ser víctima del desplazamiento forzado que aduce, de tal manera, que en forma indirecta, pueda responder por la omisión que pudiere generar no dar aviso a las autoridades competentes del acaecimiento o inminente producción de estos hechos, ello en virtud del deber establecido en el art. 2° inciso 2° de la Constitución Política, según la cual las

autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

De manera que conforme a lo anterior, no se encuentra legitimado en la causa material por pasiva el accionado, de una parte porque no se encuentra dentro de sus funciones garantizar la seguridad de la demandante, y de otra porque, no hubo desarrollo argumentativo ni probatorio, tendiente a establecer que el daño alegado se produjo por su incumplimiento al mandato constitucional por negligencia u omisión del empleo de cualquier medio capaz de trunca la ocurrencia de los hechos que dieron origen al desplazamiento, pues se reitera no existe prueba en el expediente que demuestre que la situación particular de la actora ante el lamentable suceso, hubiere sido conocida por los demandados o fuera notoriamente previsible este hecho, no obstante corresponderle como se dijo la carga de demostrar estos supuestos, de conformidad con los normado en el art. 177 del C.P.C.

Finalmente, vale la pena resaltar que conforme a la ley 368 de 1997, decreto 2467 de 2005, ACCIÓN SOCIAL (hoy Departamento Para La Prosperidad Social<sup>8</sup>), la función e intervención de dicha entidad es posterior a los hechos que ponen en condición de vulnerabilidad a sectores de la población, mediante ejecución de planes trazados por el Gobierno para su atención y superación, por consiguiente no surge para si, el imperativo legal de que a título de reparación del daño, y como consecuencia de esta supuesta falla, pague al accionante las sumas que se expresan en la demanda.

Las anteriores razones son las que hacen improcedentes las pretensiones de la demanda como así se declarará en la parte resolutive, al no encontrar el despacho acreditado ninguno de los elementos estructurantes de la responsabilidad estatal frente a un daño antijurídico.

#### **D. RECURSO DE APELACION**

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de fecha 25 de mayo de 2012, solicitando que se sirva a revocar la sentencia proferida por el a quo, y en consecuencia de ello, condene a las demandadas a reparar la pérdida de bienes, ordenarle la entrega de las ayudas humanitarias y de la estabilidad socioeconómica a la demandante, tal y como se tiene pretendido en la demanda.

Señala el recurrente que todo lo pretendido por la demandante está sustentado con las leyes que tratan este tema, como la ley 387/ de 1997, Decreto 2569 de 2000, Sentencia de la Corte Constitucional y demás Decretos y normas concordante, lo cual conlleva que Acción Social y el Ministerio del Interior y de Justicia si están llamados a responder por lo que se le viene pretendiendo, en aras de buscar una justicia justa y verdadera ante una población que pasivamente, su error es haber sido campesinos, han sufrido el conflicto interno de nuestro país, por ende solicito que teniendo presente estas normas, se revoque la decisión tomada por el a quo, y como consecuencia de dicha decisión se condene a las demandadas a reparar la pérdida de bienes, ordenando la entrega de las ayudas humanitarias y de la estabilidad socioeconómica a mi mandante.

## **V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- En auto de fecha 1° de Noviembre de 2012, se admitió el recurso de apelación presentado.
- Por auto de fecha 7 de Diciembre de 2012, se corre traslado a las partes para que aleguen de conclusión, y al Señor Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto.
- Finalmente el proceso entra al despacho para su pronunciamiento.

## **VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante este Tribunal desistió de emitir concepto en este proceso

## **VII.- CONSIDERACIONES.**

### **1. Competencia.**

De conformidad con el artículo 133 Inc. 1º del C. C. A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de Mayo de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### **2. Caducidad de la Acción**

A pesar de la falta de técnica judicial que acusa la demanda, en cuanto no precisa en forma individualizada las pretensiones de la actora como lo dispone el art. 138 del C.C.A., al hacer la interpretación integral de la demanda como lo autorizan los recientes lineamientos fijados en tal sentido por la Corporación de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, encuentra la Sala de Decisión que dos son los hechos dañosos invocados por el demandante, a saber, el desplazamiento forzado del que fue víctima en el año 2005, que determinó para él la pérdida de sus bienes materiales y, un segundo hecho, que se concreta en la omisión de las autoridades demandadas en la entrega de las ayudas humanitarias previstas en la Ley 387 de 1997.

En ese orden de ideas, debe la Sala definir si el fenómeno jurídico de la caducidad se ha configurado, o no, en este caso, en relación con los dos hechos dañosos que se han referenciado.

## **De la caducidad de la acción por el desplazamiento forzado.**

En primer lugar, es necesario establecer si el fenómeno de la caducidad de la acción ha tenido ocurrencia frente al hecho mismo del desplazamiento forzado.

Al respecto ha de tenerse en cuenta la orden que viene impartida por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, en cuanto dispone en su parte resolutive:

**VIGÉSIMO CUARTO.- DETERMINAR** que para efectos de la caducidad de futuros procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.

Esta determinación, de obligatorio cumplimiento para los jueces administrativos al estar incluida en la parte resolutive de la sentencia de unificación, respondió al siguiente:

### **2. Problema Jurídico**

*El problema jurídico que debe resolver esta Sala, es si en los casos de tutela que se examinan, se presenta vulneración del derecho a la indemnización administrativa y a la reparación integral de los accionantes, por parte de la antigua Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Acción Social-, hoy transformada en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, de conformidad con la Constitución Política de 1991, los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas, y el nuevo marco jurídico e institucional creado por la Ley 1448 de 2011 y sus decretos reglamentarios, especialmente el Decreto 4800 de 2011.*

*Así, la Sala Plena de esta Corporación deberá unificar los distintos criterios jurídicos que han dado lugar a la ejecución de distintas acciones judiciales, a partir de las cuales se han adjudicado diferentes consecuencias jurídicas a los mismos supuestos de hecho en materia de reparación integral e indemnización administrativa a víctimas del desplazamiento forzado. Para ello, la Corte deberá resolver diversos cuestionamientos jurídicos, tanto de tipo procesal como sustancial, asociados a la procedencia de la acción de tutela, su prosperidad en los casos en concreto y el régimen legal aplicable, con el fin de lograr la protección efectiva del derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento forzado, atendiendo el nuevo marco legal y reglamentario en la materia.*

La determinación en comento fue soportada por esa Alta Corporación con los siguientes razonamientos:

**11.2.5** *En cuanto a la procedencia de la indemnización en abstracto en el trámite de la acción de tutela, esta Sala reitera su jurisprudencia en relación con el alcance normativo del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, el cual prevé que (a) cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, (b) la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, y (c) si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho; en el fallo de tutela, el juez podrá, de manera oficiosa, ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado y que la liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente mediante trámite incidental.*

*(i) Respecto de este tema, la Corte reitera nuevamente su jurisprudencia, insistiendo en el carácter subsidiario y excepcional de la indemnización en abstracto de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, ya que la acción de tutela no posee un carácter o una finalidad patrimonial o indemnizatoria, sino de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en razón a que su procedencia se encuentra condicionada a que: (i) debe cumplirse el*

*requisito de subsidiariedad, en tanto no exista otro medio judicial para alcanzar la indemnización por los perjuicios causados; (ii) debe existir una violación o amenaza evidente del derecho y una relación directa entre ésta y el accionado; (iii) debe ser una medida necesaria para asegurar el goce efectivo del derecho; (iv) debe asegurarse el derecho de defensa del accionado; (v) debe cubrirse con la indemnización solo el daño emergente; y (vi) debe precisarse por el juez de tutela el daño o perjuicio, el hecho generador del daño o perjuicio, la razón por la cual la indemnización es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho, el nexo causal entre el hecho y el daño causado, así como los criterios para que se efectúe la liquidación en la jurisdicción contenciosa administrativa o por el juez competente.<sup>1</sup>*

*Por consiguiente, esta Sala reafirma que la indemnización en abstracto consagrada por el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 procede solo de manera excepcional y siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriormente mencionados. Finalmente, es de resaltar que el derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento, tal y como lo ha expuesto la jurisprudencia constitucional, no se agota de manera alguna en el componente económico de compensación a través de medidas indemnizatorias de los perjuicios causados, sino que por el contrario, la reparación es un derecho complejo que contiene distintas formas o mecanismos reparatorios, tales como medidas de restitución, de rehabilitación, de satisfacción, garantías de no repetición, entre otras.*

*(ii) De conformidad con los criterios expuestos, la Sala, en forma categórica, negará por improcedente la concesión de la indemnización en abstracto, de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en los casos bajo estudio en la presente sentencia de unificación y en relación con el mecanismo de indemnización vía administrativa a víctimas de desplazamiento forzado, exclusivamente, por cuanto (a) no cumple con el requisito de subsidiariedad, ya*

---

<sup>1</sup> Sentencia T-299 de 2009, M P. Mauricio González Cuervo

que la indemnización que se solicita por parte de los actores es una indemnización administrativa, existiendo en la normatividad actualmente vigente –Ley 1448 de 2011 y decretos reglamentarios-, un mecanismo diseñado para el reconocimiento y otorgamiento de la indemnización administrativa a las víctimas del conflicto interno, la cual se encuentra regulada en los artículos 132 a 134 de la Ley 1448 de 2011, y por los artículos 146 a 162 del Decreto 4800 de 2011; (b) así mismo la indemnización abstracta de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991 se refiere al cubrimiento del daño emergente, mientras que la indemnización administrativa, por su naturaleza y carácter administrativo y masivo, es una indemnización que debe ser fijada por el Gobierno Nacional con base en criterios de equidad; y (c) no existen los elementos de juicio necesarios dentro de los expedientes de tutela bajo revisión, para fijar los parámetros o criterios con base en los cuales el juez contencioso administrativo deba realizar la liquidación de perjuicios.

Bajo esta misma consideración, la Corte revocará los fallos dentro de los cuales se concedió la condena en abstracto, de que trata el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, en relación con el mecanismo de indemnización vía administrativa a víctimas de desplazamiento forzado, pues los jueces soslayan dentro de tales pronunciamientos las ostensibles diferencias entre la **indemnización por vía administrativa y la reparación por vía judicial**, dando aplicación generalizada a los lineamientos traídos sobre el particular por la sentencia de tutela T-085 de 2009, cuando en ella se tienen en cuenta presupuestos específicos para conceder la condena en abstracto, “(...) (i) comprobada la violación manifiesta del derecho fundamental de los accionantes, (ii) al no disponer los afectados de otro medio judicial ordinario y (iii) al ser imperativo asegurar el goce efectivo del derecho fundamental vulnerado”, que como allí también se señala es de carácter excepcional.

*Ahora bien, teniendo en cuenta que por primera vez la Corte Constitucional, a través de una sentencia de unificación de su jurisprudencia, fija el sentido y alcance del artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Plena precisa que los términos de caducidad para población desplazada, en cuanto hace referencia a futuros procesos judiciales ante la jurisdicción contencioso administrativa, sólo pueden computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse, como antes se explicó, de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto por la sentencia C-099 de 2013, que declaró exequibles los incisos 2 y 3 del artículo 132 de la Ley 1448 de 2011, en el entendido que en el caso de los daños causados por crímenes de lesa humanidad, como el desplazamiento forzado, que sean atribuibles a agentes del Estado, no podrá entenderse que la indemnización administrativa se produce en el marco de un contrato de transacción, pudiendo descontarse de la reparación que se reconozca por vía judicial a cargo del Estado, los valores pagados por concepto de reparación administrativa.*

*En punto a este tema, la Sala debe insistir en que la indemnización por vía administrativa no es una medida ni exclusiva, ni suficiente, para asegurar el goce efectivo del derecho a la reparación integral de las víctimas de desplazamiento, sino que constituye tan solo uno de los mecanismos dirigidos a lograr tal fin. De esta forma, la indemnización por vía administrativa de que tratan los artículos 132 a 134 de la Ley 1448 de 2011, y los artículos 146 a 162 del Decreto 4800 de 2011, constituye tan solo un componente de la reparación integral para las víctimas de desplazamiento, cuyo otorgamiento se protegerá en todo caso mediante esta decisión, sin menoscabo, ni exclusión, de otras medidas de reparación integral contenidas en la Ley 1448 de 2011.*

Como se ve, lo dicho por la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Constitucional tiene el carácter de *ratio decidendi*, al responder a uno de los problemas jurídicos que desatan en la sentencia de unificación 254/13; pero, debe tenerse presente que los efectos *inter comunis* de esta sentencia sólo tendrán cabida en los casos que la misma sentencia prevé, así:

*De conformidad con lo anterior, la Sala aclara que para los casos análogos y similares a los aquí fallados se aplicarán los efectos inter comunis que se explicarán en detalle más adelante y que para otros casos diferentes a los que aquí se fallan que no queden cobijados por los efectos jurídicos aludidos, cuya reparación deba ser definida de conformidad con el régimen de transición o con el nuevo régimen establecido por la Ley 1448 de 2011 y su decreto reglamentario 4800 del mismo año, en atención a que esas víctimas no hayan interpuesto todavía solicitudes de reparación o acciones de tutela, será la Unidad Administrativa Especial para Atención y Reparación Integral a Víctimas, o los jueces excepcionalmente, los llamados a determinar el monto de la indemnización administrativa, teniendo en cuenta el grado de vulnerabilidad y debilidad de cada uno de ellos, monto que deberá ser fijado hasta por 27 salarios mínimos mensuales legales vigentes si es del régimen de transición o hasta 17 salarios mínimos si del nuevo régimen establecido por la Ley 1448 de 2011.*

Finalmente, para lograr la comprensión de la orden impartida por la corte Constitucional, es necesario acudir a la sentencia T-299/09, a la que se refiere esa alta Corporación en la sentencia de unificación que se cita, en torno al derecho de la población desplazada a ser beneficiaria de una reparación integral, donde se lee:

**3.5. Los derechos de los desplazados y el derecho a la verdad la justicia y la reparación.**

**3.5.1.** *La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia tiene, conforme lo señaló la Corte en la Sentencia la Corte en la Sentencia T-025 de 2004 [113],: i) derecho a ser incluido en el Registro Único de Población Desplazada bien individualmente o con su núcleo familiar, ii) derecho a que se reconozca su condición de sujeto de especial protección, iii) derecho a recibir ayuda humanitaria que comprende, como mínimo, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c) vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales, iv) derecho a que se les proporcione una certificación o documento que los acredita como inscritos en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud, v) derecho al retorno a su lugar de origen en condiciones de seguridad, sin que se les pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional, vi) derecho a que se establezcan, con su participación, las circunstancias de su situación personal y familiar para determinar, cómo pueden trabajar con miras a generar ingresos que le permita vivir en forma digna y autónoma, vii) derecho de los menores de 15 años, a acceder a un cupo en un establecimiento educativo, y, viii) derecho a la verdad la justicia y la reparación como víctimas de un delito.*

**3.5.2.** *El derecho a la verdad exige que dentro del proceso penal se establezcan claramente las circunstancias del desplazamiento y de los otros delitos de que hubiese sido víctima el desplazado, autores y partícipes, al igual que la posibilidad de que la víctima participe dentro del proceso. El derecho a la justicia incluye la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la eficiente actividad estatal para evitar que los hechos queden en la impunidad. El derecho a la reparación conlleva, una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente.*

**3.5.3.** *Los demandantes tendrían por tanto el derecho a que se establezcan las condiciones que generaron su desplazamiento y los autores y de haber sido víctimas no solo de ese delito sino de otros, y en esos casos también tendrían derecho a que se revele la verdad, se castiguen los autores, y a obtener una reparación judicial o administrativa.*

Así entonces, aún cuando se dirá que la caducidad de la acción en este caso no será tomada en cuenta como presupuesto procesal, estima la Sala Especial de Descongestión que es necesario precisar que tal determinación se acoge, no solo por tratarse de una determinación adoptada por la Corte Constitucional con miras a efectivizar la protección reforzada de la que ya se ha revestido a la población desplazada, sino también porque ello responde a los criterios de integralidad normativa contenidos en los arts. 93 y 94 de la Carta Superior<sup>2</sup>, que remiten a los tratados y convenios internacionales que conforman el llamado Bloque de Constitucionalidad, así como a los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas y la protección especial que también cabe respecto de los derechos y garantías que, aún cuando no se encuentren enlistados en la Carta superior o en los convenios internacionales, son inherentes a la persona humana.

### **De la caducidad de la acción por la no entrega de ayudas humanitarias.**

Sea lo primero decir que, como se vio en el acápite anterior, la regla de caducidad de la acción, en materia de reparación directa, no se agota en su contenido literal, sino que queda abierta para su integración normativa de acuerdo con las reglas de los arts.

---

<sup>2</sup> ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él

ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

93 y 94 Superior, cuando se tienen en cuenta los especiales eventos y las precisas circunstancias en que ocurrieron los hechos determinantes del daño.

En punto a la caducidad de la acción por la no entrega de las ayudas humanitarias en forma oportuna a la población desplazada, esta Sala Especial de Descongestión analizará la ocurrencia de dicho fenómeno no desde el punto de vista de la omisión en la que incurrió el Estado, porque en ese evento la caducidad de la acción se iniciaría a partir del momento en que la entidad demandada incurrió en omisión, entendida dicha omisión como conducta única e instantánea, sino que se dirá que dicho fenómeno encuentra como extremo temporal inicial el momento a partir del cual se inició la distribución de las mencionadas ayudas, analizado ello desde la óptica del retardo o inactividad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En efecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha construido una línea jurisprudencial en torno a la omisión en la actividad estatal como hecho configurativo del daño que da lugar a reclamar la responsabilidad del Estado a la luz de las previsiones contenidas en el art. 90 de la Carta Superior, de manera que el cómputo del término de caducidad de la acción según las reglas del numeral 8º del art. 136 del C.C.A., debe iniciar a partir del día siguiente a aquel en que *ha tenido lugar dicha omisión*, y fenece de manera perentoria en el último día de los dos (2) años siguientes atendiendo el carácter objetivo e improrrogable del término de caducidad de la acción, como se lee en la siguiente nota de relatoría:

*Al respecto, la Sala tiene por establecido que el término de caducidad en este tipo de acciones se cuenta, generalmente, a partir del día siguiente a la fecha en que tuvo ocurrencia el hecho, la omisión o la operación administrativa que sea la causa del perjuicio. Debe entenderse la caducidad como un fenómeno jurídico en virtud del cual el administrado pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción, por no haber ejercido su derecho en el término que señala la ley. Ello ocurre cuando el plazo concedido por el legislador para formular una demanda vence sin que se haya hecho ejercicio del derecho de acción. Dicho*

*lapso está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable, para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no. La facultad potestativa de accionar comienza con el término prefijado por la ley, y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece definitivamente al caducar o terminar el plazo, momento en el que se torna improrrogable y, por ende, preclusivo.<sup>3</sup>*

No obstante, dicha posición se ha ido morigerando para reconocer la existencia de circunstancias que, siendo dañosas, no pueden ser confundidas con el daño antijurídico propiamente dicho, como resultan serlo las consecuencias del daño cuando estas se prolongan o se extienden en el tiempo, porque en tales casos, ha dicho el Consejo de Estado, la caducidad corre de manera autónoma e independiente a partir de la ocurrencia del daño, y no de la extensión en el tiempo de sus efectos nocivos, como se lee en el siguiente aparte:

*Las reflexiones que han llevado a esta Corporación a reconocer la posibilidad de acudir a la solución que se deja vista, nacen de la aplicación de los principios de equidad y de justicia, bajo una visión de la lógica de lo razonable y habida consideración de la circunstancia de desconocimiento por parte del afectado de la existencia del daño, desconocimiento, se reitera, no nacido del desinterés o descuido de éste, sino de las particularidades específicas en que surgió. En el marco de ese mismo universo, ha reconocido la jurisprudencia que ocurren eventos en los cuales los daños pueden provenir de un acontecimiento de agotamiento instantáneo, pero que también puedan –ocasionalmente– provenir de un hecho que se va produciendo de manera paulatina o progresiva y que esas distintas circunstancias se proyectan, también, en el ámbito de la contabilización del término de caducidad de la acción. En el primer caso no cabe duda en cuanto a que el término para interponer la demanda resarcitoria ha de empezar a contabilizarse a partir del día siguiente a aquel en que se produjo el acontecimiento dañoso (y esta constituye la regla general), pero también puede*

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D C , dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099)

*ocurrir que los efectos del daño se agraven con el tiempo, o que fenómenos sucesivos y homogéneos puedan producir daños continuos. En eventos como estos últimos, se ha señalado por la jurisprudencia, que ha de tenerse cuidado de no confundir la producción de daños sucesivos con el agravamiento de los efectos de un mismo daño, pues en este último evento el término para ejercitar la acción debe empezar a contarse desde el acaecimiento del hecho que le dio origen, y no así cuando los daños se producen de manera paulatina como efecto de sucesivos hechos u omisiones, o causas dañosas diversas, en cuyo caso el término para reclamar la indemnización de perjuicios corre de manera independiente para cada uno de los daños derivados de esos sucesivos eventos.<sup>4</sup>*

Conforme con las anteriores decisiones judiciales, forzoso resultaría concluir que en el caso que ahora se estudia se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, como quiera que el Estado incurrió en omisión frente al demandante, cuando no le hizo entrega de las ayudas humanitarias en el momento en que anunció haber sido desplazado de manera forzada de su lugar de habitación.

Sin embargo, en este caso encuentra la Sala que no se trata de una *omisión del Estado* sino de una prolongada *inactividad estatal, un retardo institucional* frente a las necesidades de la población desplazada al interior del territorio colombiano, lo que fue resaltado por la Corte Constitucional al declarar el *estado de cosas inconstitucional* a través de la sentencia T-025/04<sup>5</sup>; inactividad o retardo que eventualmente se configura

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número. 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109)

<sup>5</sup> ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y

como causante del daño antijurídico del que derivaría la responsabilidad estatal y cuya cesación determina el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción, pues es en ese momento cuando cesa la causación del daño.

Atendiendo tales parámetros, debe entonces afirmarse que el daño que se le enrostra a la Administración cesa en su causación, precisamente cuando el Estado entra en acción para dar cumplimiento a la obligación que le viene impuesta por mandato legal, y es a partir de ese momento cuando inicia el cómputo del término de caducidad de la acción.

### **3. Problema Jurídico.**

De la lectura de la demanda, de la sentencia de primera instancia y del recurso de apelación, esta Sala debe determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) son responsables a título de falla del servicio por los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento forzado del actor, hecho en el que perdió todos sus bienes materiales, así como la falla del servicio o de la administración en la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, ordenadas por la ley con destino a la población desplazada.

Como problemas jurídicos asociados habrá de estudiarse i) si como requisito de prosperidad de las pretensiones referidas al daño causado por el desplazamiento forzado, se debe establecer cuál fue el hecho violento que lo determinó, para a partir de allí establecer la responsabilidad estatal; ii) cómo se demuestra la condición de persona desplazada; iii) qué perjuicios deben repararse por el Estado por la ocurrencia del desplazamiento forzoso; iv) qué perjuicios deben repararse con ocasión de la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.

---

eficazmente a él En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas

#### **4. Tesis de la Sala**

Teniendo como punto de partida la sentencia SU-254/13 proferida por la Corte Constitucional, reforzada con los lineamientos jurisprudenciales que vienen dados por el Consejo de Estado en materia de reparación del daño antijurídico causado a la población desplazada, la Sala estudiará las pretensiones de la actora, de acuerdo con los siguientes parámetros:

1. La inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es prueba de la condición de persona desplazada, a menos que se demuestre en juicio lo contrario.
2. La responsabilidad del Estado ante el daño causado por el desplazamiento forzado, debe analizarse frente al hecho particular de violencia que lo determinó.
3. El daño moral se presume en los eventos en que ha tenido ocurrencia el desplazamiento forzoso.
4. El daño material reclamado por la ocurrencia del desplazamiento forzado, debe ser plenamente demostrado por el demandante en el marco del proceso judicial en el que se debate la responsabilidad estatal.
5. La inactividad o retardo del Estado en la entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, se configura como un daño antijurídico que agrava las condiciones de vulnerabilidad de ese grupo poblacional, aun cuando dicha obligación no tenga un componente de carga legal, sino que se soporta en el principio de solidaridad.
6. La no entrega oportuna de ayudas dirigidas a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, no se configura como un daño antijurídico al soportarse en el principio de solidaridad y no ser el Estado el único titular de dicha obligación.

## 5. Marco Normativo y Jurisprudencial

### ↓ LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

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

En efecto, los estatutos citados disponen:

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

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

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos<sup>6</sup>:

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

<sup>6</sup> Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.

## ↓ DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA OCURRENCIA DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO Y EN LA ENTREGA DE AYUDAS HUMANITARIAS.

La Sala tomará como referente constitucional y jurisprudencial la Sentencia SU-254/13 de la Corte Constitucional, en la medida en que la misma se ocupa de analizar lo referente al daño causado a la población sometida a desplazamiento forzado, la categorización de la conducta delictiva que dio ocurrencia al desplazamiento como un delito de lesa humanidad, los alcances de la reparación judicial y la indemnización administrativa a que tiene derecho la población desplazada, teniendo como punto de partida la Ley 398 de 1997 hasta llegar a la Ley 1448 de 2011, valorando en extenso las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado, y fijó, además, los efectos *inter communis* que dicha decisión abarca.

### ↓ DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO

Acerca de la configuración y magnitud de este fenómeno social, dice la Corte Constitucional en la sentencia que se cita:

***5. Los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado a la verdad, a la justicia y a la reparación, protegidos en sede de tutela, especialmente en el marco de la Sentencia T-025 y sus autos de seguimiento<sup>7</sup>***

*5.1 La Corte ha considerado que el daño que ocasiona el desplazamiento forzado, es un hecho notorio, y ha reconocido tanto la dimensión moral como la dimensión material del daño que causa el desplazamiento. Igualmente, ha afirmado que este daño se refiere a una vulneración masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las personas víctimas del delito de desplazamiento, lo cual les ocasiona la pérdida de derechos fundamentales y de bienes jurídicos y materiales, lo que a su vez los convierte en una población en extrema situación de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, y por tanto los*

<sup>7</sup> Los siguientes son extractos tomados de la sentencia C-715 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

*sitúa en una condición de desigualdad que da lugar a discriminación.<sup>8</sup>*

*Es a partir de la definición del daño que el desplazamiento forzado produce en las víctimas de este delito, que se puede fundamentar adecuadamente el derecho a la reparación integral de que gozan las personas obligadas a desplazarse, en cuanto ello permite evidenciar la dimensión dramática y desproporcionada del daño causado por el desplazamiento, en razón a que con este delito se afecta la totalidad de los derechos fundamentales y un universo de bienes jurídicos y materiales de esta población, lo cual permite igualmente determinar qué y cómo debe repararse, y cuáles son las obligaciones específicas del Estado en materia de reparación.*

*De otra parte, la jurisprudencia de esta Corte ha encontrado que el concepto de daño es un concepto complejo y ambiguo, con múltiples dimensiones normativas, que hace parte del debate respecto de la teoría de la responsabilidad por daños. Existen elementos comunes en las teorías clásicas sobre el daño, que se aplican tanto en el derecho civil como en el administrativo, en donde se define el daño como (i) una afectación, destrucción, deterioro, restricción, disminución o acción lesiva (ii) respecto de los derechos subjetivos, intereses jurídicos o bienes patrimoniales o morales de las víctimas, (iii) como consecuencia de una acción antijurídica que no estaban obligadas a soportar, (iv) que puede ser ocasionada por acción u omisión, (v) por distintos actores – como el Estado, particulares u organizaciones de cualquier tipo, (vi) y en diferentes grados, intensidades y niveles de afectación.<sup>9</sup>*

---

<sup>8</sup> Ver sentencias SU-1150 de 2000, T-098 de 2002, T-419 de 2003, T-602 de 2003, T-025 de 2004 y T-821 de 2007. Sobre el daño que causa el desplazamiento forzado a efectos de la reparación, ver Saldarriaga Restrepo Esteban, El desplazamiento forzado como paria La Garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia, en: Rodríguez Garavito Cesar (Coord.), Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia, Cijus, 2010.

<sup>9</sup> En relación con las teorías del daño ver Joel Feinberg, Joel, Harm to others. The Moral Limits of the Criminal Law Volume I New Cork: Oxfon University Press, 1987, págs. 31, 214, Mazeaud, Henri y Tunc, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Europa-America, 1961, pág 293, 301-326, 385-422; Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de la responsabilidad civil. Tomo II Bogotá. Legis, 2007, pág. 335-469; y Saldarriaga Restrepo, Esteban, El desplazado como paria La Justicia y la Reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado en Colombia, 2010, pág 328-329, entre otros

*Así, la jurisprudencia constitucional en sede de tutela se ha pronunciado reiteradamente sobre el daño que produce el desplazamiento forzado en las víctimas de este delito, sobre la condición de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta que este delito produce en sus víctimas, y a la necesaria garantía de los derechos de estas víctimas, en especial, en lo que concierne a su reparación integral.*

*En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el drama humanitario que causa el desplazamiento forzado como un hecho notorio, así como la dimensión desproporcionada del daño antijurídico que causa este grave delito, el cual ha calificado como (i) una vulneración múltiple, masiva, sistemática y continua de los derechos fundamentales de las víctimas de desplazamiento; (iii) una pérdida o afectación grave de todos los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos y materiales de esta población, que produce desarraigo, pérdida de la pertenencia, de la autonomía personal, y por tanto dependencia, marginalidad, exclusión social y discriminación de esta población; y (iv) por consiguiente como una situación de extrema vulnerabilidad y debilidad manifiesta, de inusual y gravísima desprotección e indefensión de las víctimas de este delito.*

*Teniendo en cuenta las dimensiones del daño causado por el desplazamiento forzado y el carácter sistemático, continuo y masivo de este delito, la Corte ha (i) declarado el estado de cosas inconstitucional en relación con la vulneración masiva, continua, sistemática del desplazamiento forzado; (ii) la obligación y responsabilidad del Estado en materia de prevención y de atención integral desde la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización socioeconómica y la reparación integral a las víctimas; (ii) ha evidenciado las carencias y falencias por parte de la respuesta estatal e institucional en relación con la prevención y atención integral del desplazamiento y ha adoptado medidas*

que fijan parámetros constitucionales mínimos para la superación de dichas falencias y del estado de cosas inconstitucional, para el logro del goce efectivo de los derechos de esta población; y (iii) ha insistido en que el proceso de restablecimiento y de reparación integral a las víctimas de desplazamiento forzado es una cuestión de justicia restaurativa y distributiva y no puede tener un carácter asistencialista. (subrayas ajenas al texto original).

#### ↴ **DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

En cuanto se refiere al título con base en el cual se hace la imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, por la ocurrencia del fenómeno del desplazamiento forzado en el territorio nacional, en la misma sentencia, con cita de múltiples decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, se lee:

#### **7. Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de reparación a víctimas de desplazamiento forzado**

*Para el presente estudio, es importante hacer mención de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en materia de reparación a las víctimas de desplazamiento forzado, por la vía de la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante acciones de grupo y acciones de reparación directa, así como a los múltiples pronunciamientos de esa alta Corporación en decisiones de tutela. En cuanto a los pronunciamientos del Consejo de Estado, es importante resaltar los siguientes temas abordados: (i) la condición de desplazado, (ii) la obligación del Estado de atender y reparar a la víctima de desplazamiento forzado, (iii) la responsabilidad estatal por acción o por omisión, (iv) los daños materiales y morales, y (v) la indemnización.*

#### **7.1 Condición de desplazado**

*La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la condición de desplazado es una circunstancia anómala, ajena a la voluntad de la persona, que crea una situación fáctica de calamidad, donde el individuo se ve despojado*

*de sus propiedades, tenencia, arraigo, etc., y que por tanto el juez debe hacer prevalecer el derecho sustancial con el fin de asegurar la eficacia inmediata de los derechos fundamentales de las personas víctimas de desplazamiento y en esos casos resulta procedente conceder el amparo de tutela en aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad-art. 4 CN- para proteger los derechos de las personas marginadas por circunstancias ajenas a su voluntad.<sup>10</sup>*

*Para el Consejo de Estado, al margen de los procedimientos establecidos por la ley - artículo 32 de la ley 387 de 1997 – para acceder derecho a los beneficios que en la misma ley se señalan para las personas en condición de desplazamiento, la condición de desplazado es un hecho que se refiere a la migración interna forzada, y por tanto constituye una situación fáctica y no una calidad jurídica.*

*A este respecto, ha dicho el Consejo de Estado que: “ ... al margen de esos beneficios, **la condición de desplazado la tiene quien se vea obligado a migrar internamente en las circunstancias y por los motivos señalados en la ley, porque, se reitera, ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica**”.<sup>11</sup>(Resalta la Sala). Para esa alta Corporación es claro que ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica que se adquiera con la inscripción en una lista oficial o por el hecho de recibir atención humanitaria estatal<sup>12</sup>.*

*En este orden de ideas, ha reafirmado igualmente el carácter de población en extremo estado de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, y por tanto, la obligación de trato preferencial y de acciones afirmativas que se deriva del Estado Social de Derecho. A este respecto ha sostenido que se justifica el “trato*

<sup>10</sup> Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2.001). Reiterado en Sentencia 0032-01AC de 2003, y sentencia0268-01 de 2003 S3 del 03/05/08. Mediante estas decisiones el Consejo protegió el derecho a la vida, vivienda y trabajo

<sup>11</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).

<sup>12</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).Caso del desplazamiento de la Gabarra.

***preferencial que se debe otorgar a la población desplazada como causa del conflicto interno, situación anómala y excepcional que permite al juez interpretando la cláusula social de nuestro Estado Social de Derecho, proteger su situación de indefensión a la que se ve sometido por motivos ajenos a su querer.***<sup>13</sup> (Énfasis de la Sala)

*Así mismo, el Consejo de Estado ha sostenido la aplicación de las normas de derecho internacional sobre la prohibición del desplazamiento forzado y su atención y protección, al constituir tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que hacen parte integrante del bloque de constitucionalidad, según reza el artículo 93 de la Carta de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tales como: el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, ratificado por la ley 171 de 1994. Así mismo, ha reconocido que los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de la Organización de Naciones Unidas y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, aprobado por la Ley 171 de 1994, se refieren al deber del Estado de atender con prontitud, proteger y prestar apoyo para suplir las necesidades de este grupo de personas. De esta manera, ha reconocido el carácter prevalente del Derecho Internacional Humanitario, de los tratados e instrumentos internacionales, así como la importancia de la jurisprudencia internacional, para la protección en el orden interno de los derechos fundamentales de la población desplazada.*<sup>14</sup>

## **7.2 Víctima del desplazamiento como víctima de un delito**

*La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido expresa y claramente que toda víctima de este flagelo es sujeto pasivo del delito de desplazamiento forzado y que, por tanto, le corresponde la garantía de los derechos de las*

<sup>13</sup> Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2.001).

<sup>14</sup> Ver Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3, Acción de Grupo iniciada por el desplazamiento del corregimiento de La Gabarra, y sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo iniciada por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

víctimas de delitos, esto es, los derechos a la justicia, a la verdad y a la reparación.

A este respecto ha expresado el Consejo que: **“Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento y, por lo tanto, tiene derecho a conocer la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueron causados.”**<sup>15</sup> (Resalta la Sala)

### **7.3 Origen común del daño, acción de grupo y reparación directa**

En cuanto al origen de la reparación de perjuicios dentro de la acción de grupo, ha aclarado el Consejo de Estado que ésta puede tener origen en la vulneración de derechos de cualquier naturaleza y no necesariamente de derechos colectivos. A este respecto, ha sostenido que la acción de grupo, cuando se entabla para obtener la indemnización por causa del desplazamiento forzado, se encuentra orientada “a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia del desplazamiento a que fueron forzados por hechos imputables a la entidad demandada”.<sup>16</sup> Así mismo, ha afirmado que en el caso del desplazamiento forzado y por tratarse de una acción indemnizatoria, la acción de grupo en estos eventos tiene una clara semejanza con la acción de reparación directa, en razón a que ambas se tramitan a través de procesos dirigidos a demostrar la responsabilidad a partir de los elementos estructuradores de la misma, tales como: la calidad que se predica de los miembros del grupo afectado y en cuya condición reclaman indemnización, la existencia del daño, su antijuridicidad, su proveniencia de una causa común y, por último, su imputabilidad al demandado.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú. Esto fue reiterado en la Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

<sup>16</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>17</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del

*En cuanto a las diferencias entre la acción de grupo y la reparación directa para la reivindicación de los perjuicios, ha establecido el Consejo que con la primera se consigue economía procesal para el efectivo restablecimiento del derecho y evitar así la vulneración del derecho a la igualdad. Sobre este tema expuso ese Alto Tribunal:*

*“La acción de grupo se diferencia de la acción de reparación directa por los objetivos que con aquélla se persiguen, como son los de economía procesal al resolverse a través de un mismo proceso un cúmulo grande de pretensiones, cuya reclamación individual sería inviable cuando se trata de pequeñas sumas; gracias a esta acción existen mayores posibilidades de obtener, al menos en parte, el restablecimiento del derecho, “pues los bienes del demandado no se verán afectados por los demandantes que primero iniciaron la acción sino que se destinarán a cubrir la indemnización del grupo, a prorrata de sus daños y hasta donde su cuantía alcance”, evitando así fallos contradictorios y por contera, la realización del derecho a la igualdad, porque de esta manera es posible “garantizar el resarcimiento de aquellos perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica; con la acción de grupo se pretende además, modificar la conducta de los actores económicos y brindar mayores facilidades para el demandado pues debe atender un único proceso y no una multitud significativa de éstos.”<sup>18</sup>*

#### **7.4 La responsabilidad del Estado por acción o por omisión ante hechos de desplazamiento forzado y su obligación de atender y de reparar a las víctimas, una vez ocurrido el desplazamiento forzado**

*En relación con el tema de la responsabilidad del Estado frente a los hechos que originan el desplazamiento, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que al Estado le corresponde una doble responsabilidad: de un lado,*

---

corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

<sup>18</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3 Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006).

*le compete prevenir que los hechos del desplazamiento se produzcan, en cuanto es el encargado de velar por los derechos fundamentales de los asociados, pero que una vez ocurrido el desplazamiento, al Estado le corresponde la responsabilidad de atender y reparar a la víctima del desplazamiento, con el fin de que puedan reconstruir sus vidas. En punto a este tema, el Consejo afirmó:*

***“Al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, en razón a que las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados, pero si éste no es capaz de impedir que sus asociados sean expulsados de sus lugares de origen, tiene al menos que garantizarles la atención necesaria para reconstruir sus vidas.”***<sup>19</sup>(Resalta la Corte)

*En cuanto a la función de prevenir el desplazamiento, el Consejo de Estado ha sostenido que de conformidad con la Constitución, las autoridades públicas están estatuidas para defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares y, que el omitir dichas funciones, genera no sólo una responsabilidad individual para el funcionario, sino una responsabilidad institucional que deslegitima al Estado. Sobre este tema expuso:*

***“De acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación.”***<sup>20</sup> (Énfasis de la Sala)

<sup>19</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>20</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

*En otra oportunidad reiteró ese Alto Tribunal que “[d]e acuerdo con el mandato constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.<sup>21</sup>*

*En cuanto a la acreditación de la responsabilidad del Estado por omisión, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos: “[...] a) **la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño.**”<sup>22</sup> (Resalta la Sala)*

*En este mismo sentido, reiteró el Consejo de Estado en otra oportunidad: “En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado la Sala que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos: a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño. Frente a este último aspecto, la Sala, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión pura y de comisión por omisión, precisó que **en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión. De acuerdo con la***

<sup>21</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Frupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

<sup>22</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

***jurisprudencia de la Sala, para que pueda considerarse que el Estado es responsable por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad.”***<sup>23</sup> (Negrillas de la Corte)

*Así mismo, el Consejo de Estado ha sostenido que al Estado le es imputable responsabilidad bien sea por acción o por omisión, bajo los títulos de falla del servicio o de riesgo excepcional. En el primero de los casos, la responsabilidad por falla del servicio se produce por la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia a su cargo, lo que configura la omisión y el consecuente deber de reparar. En cuanto al riesgo excepcional, ha sostenido que esta figura jurídica se presenta entre otros eventos, cuando el Estado en desarrollo de su accionar expone a ciertos particulares a un hecho dañoso causado por un tercero y rompe con ello el principio de igualdad frente a las cargas públicas.<sup>24</sup>*

*A este respecto, el Consejo de Estado expresó: “[e]n materia de la responsabilidad del Estado [...] se parte del supuesto de que la conducta dañosa la despliega un tercero ajeno a la estructura pública, y que jurídicamente tal conducta le es imputable al Estado, entre otros, por acción o por omisión, bajo los títulos de falla del servicio o de riesgo excepcional, según el caso. **En el primero de esos títulos jurídicos, falla en el servicio, el daño se produce por la omisión del Estado en la prestación de los servicios de protección y vigilancia a su cargo, al no utilizar todos los medios que tiene a su alcance para repeler, evitar o atenuar el hecho dañoso, cuando ha tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del acontecimiento,***

<sup>23</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

<sup>24</sup> Ver Sentencia 01472 - 01 de 2006, S3.

*previsibilidad que se constituye en el aspecto más importante dentro de este título de imputación, pues no es la previsión de todos los posibles hechos, los que configuran la omisión y el consecuente deber de reparar, sino las situaciones individuales de cada caso que no dejen margen para la duda y que sobrepasen la situación de violencia ordinaria. Y en cuanto al segundo título jurídico, riesgo excepcional, se presenta cuando, entre otros, el Estado expone a ciertos particulares a un hecho dañoso por virtud de que sus instrumentos de acción, que son para proteger a la comunidad, son blanco delictual, rompiendo el principio de igualdad frente a las cargas públicas y sin consideración a que el daño es causado por un tercero.”<sup>25</sup>*  
(Énfasis de la Sala)

*En cuanto a la responsabilidad por omisión o falla en el servicio por falta de protección, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, ésta se produce cuando el Estado ha tenido conocimiento previo de la posible ocurrencia del hecho dañoso, en cuyo caso se requiere que exista un requerimiento previo a la autoridad correspondiente, requerimiento que sin embargo, no exige ninguna formalidad, ya que todo depende de las circunstancias particulares de cada caso, y aún más, en algunos casos ni siquiera es necesaria, como cuando la situación de amenaza es conocida por la autoridad.<sup>26</sup> Así mismo, la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha encontrado que la responsabilidad del Estado por omisión se evidencia por la clara inactividad de éste a pesar de que cuenta con la capacidad para prevenir y combatir el accionar de los grupos delictuales pudiendo desplegar las acciones correspondientes para evitar el desplazamiento.<sup>27</sup>*

<sup>25</sup> Ver Sentencia 01472 - 01 de 2006, S3

<sup>26</sup> Así, en el caso de la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, el Consejo de Estado concluyó que “...de las pruebas que obran en el expediente, que la incursión paramilitar en La Gabarra no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policiva de la región, que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho. E igualmente puede considerarse que en consideración al número de integrantes de la organización criminal que se desplazaron hasta el lugar y los medios a través de los cuales hicieron ese desplazamiento, el hecho pudo ser resistible, con los efectivos militares que se encontraban en la región y con los que al mismo hubieran podido llegar si la voluntad estatal hubiera estado encaminada a confrontar eficazmente esa incursión.” Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3.

<sup>27</sup> En la Acción de Grupo adelantada por el caso del desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo en la zona del Catalumbo, el Consejo de Estado encontró que “... la respuesta del Estado frente a ese ataque contra la población civil fue omisiva. Si bien está demostrado que se impartieron órdenes, instrucciones y se organizaron operaciones militares, lo cierto es

***A este respecto ha dicho el Consejo: “Las autoridades públicas tenían la posibilidad de interrumpir el proceso causal, porque tuvieron conocimiento previo de que el hecho se iba a producir.”<sup>28</sup>***

*En este sentido, el Consejo de Estado ha reiterado la responsabilidad que le compete al Estado y el consecuente deber de realizar todas las acciones tendientes a impedir que se vulnerara los derechos de la población civil obligada a desplazarse, una vez se ha verificado que los hechos que han dado lugar al desplazamiento forzado individual o colectivo y a los daños derivados de éste, a raíz de incursiones paramilitares, de comisiones de masacres selectivas y de amenazas de nuevas masacres, habían podido evitarse, en cuanto se ha constatado que las autoridades tenían la posibilidad de intervenir en el desarrollo causal de los hechos, cuando se trataba de un hecho resistible, dada las alertas previas que se habían emitido respecto de la inminencia del hecho.<sup>29</sup>*

---

*que no se demostró que esas actuaciones hubieran estado dirigidas a impedir eficazmente que el grupo delincuencial cumpliera las amenazas contra los pobladores del corregimiento de Filo Gringo, amenaza que los obligó a desplazarse del lugar donde tenían asentado su domicilio para tratar de salvar sus vidas.*

*(..)*

*Por lo tanto, el Estado es responsable de los daños sufridos por el grupo accionante, integrado por las personas domiciliadas en el corregimiento Filo Gringo que debieron desplazarse del lugar, por temor a perder sus vidas y que sufrieron los daños materiales derivados de la destrucción de sus viviendas.”*

*En otro aparte de esta mismo pronunciamiento expresó el Consejo de Estado. “[f]rente a esas actuaciones de violencia, el Estado asumió una conducta omisiva, constitutiva de falla del servicio, en tanto no adelantó ninguna acción militar de las proporciones que esos actos de violencia ameritaban. El Estado tenía el monopolio de las armas. Si éste hubiera decidido evitar la agresión del grupo paramilitar y defender a la población civil, hubiera podido interrumpir el proceso causal iniciado con la marcha del grupo de Autodefensas a la zona del Catatumbo y, en particular contra los pobladores del corregimiento de Filo Gringo, quienes, se insiste, ante la desprotección estatal no tuvieron alternativa diferente a abandonar su domicilio para padecer las penurias del desplazamiento forzado” Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3.*

*Igualmente, en el caso del desplazamiento de la Gabarra el Consejo de Estado concluyó la responsabilidad patrimonial de la demandada, “porque con las pruebas que obran en el expediente, se acreditaron el desplazamiento forzado a que se sometió a la población y la falla en la prestación del servicio, por la omisión de las autoridades públicas de cumplir su deber de protegerla, por cuanto no adelantaron ninguna operación estratégica ni militar tendiente a impedir la incursión paramilitar, a pesar de que tenían conocimiento previo de que ésta se iba a producir y de que los violentos pasaron por los sitios donde se encontraban instalados el batallón de contraguerrillas No. 46, Héroes de Saraguro del Ejército y la estación de Policía de La Gabarra y sólo hicieron presencia en el corregimiento al día siguiente de la toma, cuando ya se había consumado la masacre de los pobladores y el desplazamiento forzado del grupo que hoy demanda” Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3.*

<sup>28</sup> *En el caso de La Gabarra el Consejo concluyó de las pruebas que obraban en el expediente “que la incursión paramilitar en La Gabarra no sólo era previsible, por haber sido anunciada públicamente por el jefe de esa organización criminal, sino que, además, fue conocida por la autoridad policiva de la región, que abusando de sus funciones contribuyó a la producción del hecho. E igualmente puede considerar que en consideración al número de integrantes de la organización criminal que se desplazaron hasta el lugar y los medios a través de los cuales hicieron ese desplazamiento, el hecho pudo ser resistible, con los efectivos militares que se encontraban en la región y con los que al mismo hubieran podido llegar si la voluntad estatal hubiera estado encaminada a confrontar eficazmente esa incursión, falta de interés que se hizo evidente con las sucesivas masacres y homicidios selectivos cometidos en la región del Catatumbo, inclusive en el mismo corregimiento de La Gabarra, con posterioridad al desplazamiento de que trata este proceso.” Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3.*

<sup>29</sup> *Ver por ejemplo la sentencia SI 00213-01 de 2006 S3 mediante la cual se decidió la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento del corregimiento de La Gabarra en el municipio de Tibú.*

*De otra parte, si bien es cierto que la jurisprudencia del Consejo ha establecido la relatividad de las obligaciones del Estado, reconociendo las limitaciones de sus obligaciones cuando se encuentra imposibilitado para evitar el daño a la vida y bienes de los ciudadanos, con fundamento en el principio según el cual "nadie está obligado a lo imposible", también lo es, que esa misma Corporación ha establecido que este principio no excusa el incumplimiento de las obligaciones propias del Estado, y no es óbice para la responsabilidad estatal, la cual debe establecerse en cada caso. A este respecto ha dicho esa Corporación: "[e]s cierto que la jurisprudencia ha considerado que la relatividad de las obligaciones del Estado<sup>30</sup>, esto es, no le son imputables los daños a la vida o bienes de las personas cuando son causados por los particulares, en consideración a que las obligaciones del Estado están limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible"<sup>31</sup>. No obstante, esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que **la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa el incumplimiento de sus obligaciones, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso concreto le***

<sup>30</sup> Precisión realizada por la Sala en providencia de 10 de agosto de 2000, exp. 11 585.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de octubre de 1990, exp. 5737, dijo la Sala "Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible". Así lo ha reconocido en varias oportunidades esta Sala y al efecto puede citarse la sentencia del 7 de diciembre de 1.977 en donde dijo: "Hay responsabilidad en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio". (Exp. N° 1564, Actor: Flota La Macarena, Anales, Segundo Semestre 1.977, pág. 605). Si bien es cierto que en esta materia el juez de la administración debe tener en cuenta que "la pobreza [del Estado] no lo excusa de sus obligaciones", ello no quiere decir que en cada caso concreto no deba tener en cuenta por ejemplo, las disponibilidades con que pueda disponer el ente demandado para cumplir con las funciones que le correspondan, como sería en eventos como de sub - lite, la consideración de la imposibilidad de tener fuerza policial disponible en forma más o menos permanente en cada una de las cuadras en que están divididas las avenidas, calles y carreras de una ciudad como Bogotá y con mayor razón cuando una parte importante de aquella tiene que ser destacada en un lugar donde se estén desarrollando desórdenes o tumultos. Con esto, naturalmente no se quiere significar que la apreciación del juez sobre las anotadas circunstancias de tiempo, modo y lugar deba ser benigna (por el contrario, debe ser rigurosa), pero sin olvidar la máxima expuesta acerca de la no obligatoriedad a lo imposible y teniendo siempre presente que dicha máxima jamás debería utilizarse para justificar una indefensión de la administración al deber de protección a la vida de los ciudadanos, valor fundamental de un Estado de Derecho".

*correspondían*<sup>32, 33</sup> (Negrillas de la Corte)

↓ **DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR EL**  
↓ **DESPLAZAMIENTO FORZOSO.**

En cuanto a la forma de reparar el daño antijurídico causado a la población desplazada, partiendo de la base de que el Estado ha incurrido en una falla del servicio, que en cada caso debe ser analizada en concreto, en la misma sentencia de unificación que por vía de revisión ha proferido la Corte Constitucional, con soporte en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, se lee:

*De otra parte, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente entre la responsabilidad civil y administrativa que le corresponde al Estado por falla en el servicio, y la responsabilidad penal que le corresponde individualmente a un funcionario oficial como autor de un hecho criminal. Acerca de este tema, ha encontrado que la responsabilidad del Estado por falla en el servicio se configura de forma independiente y autónoma al hecho de que pueda existir responsabilidad penal de algún funcionario oficial en la participación efectiva en actos de violencia o en la inactividad intencional para permitir que los delincuentes cometan actos de violencia. En punto a este tema ha sostenido que **“una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio. Son dos conductas subsumidas en normas diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin***

<sup>32</sup> En sentencia de 14 de mayo de 1998, exp. 12 175, dijo la Sala. “...si bien es cierto esta corporación ha sostenido que dentro de la filosofía del Estado social de derecho no es posible responsabilizar al Estado Colombiano por todo tipo de falencias que las circunstancias de pobreza del país evidencian en multitud de casos “pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o conceptos políticos o jurídicos”, de allí no puede seguirse, como corolario obligado, que los daños que padecen los ciudadanos por vivir expuestos a situaciones de peligro permanente hayan de quedar siempre librados a la suerte de cada cual. En efecto, las implicaciones y el grado de compromiso que el Estado constitucional contemporáneo exige para todas las autoridades públicas supone un análisis de cada caso concreto en procura de indagar si la denominada falla del servicio relativa, libera a éstas de su eventual responsabilidad. Dicho en otros términos, no es aceptable que frente a situaciones concretas de peligro para los ciudadanos, estudiadas y diagnosticadas de vieja data, pueda invocarse una suerte de exoneración general por la tan socorrida, como real, deficiencia presupuestal”.

<sup>33</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3 Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

*que el funcionario sea condenado penalmente. Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil o administrativa”.<sup>34</sup> (Resalta la Sala)*

*En cuanto a la causa común del daño derivado del desplazamiento forzado, ha establecido el Consejo de Estado que los perjuicios individuales se originan en una causa común que es imputable al Estado por las acciones o las omisiones de las autoridades públicas que o bien no previnieron o no reaccionaron ante los hechos violentos generadores del desplazamiento. En este sentido ha sostenido el Consejo que: “[l]os perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común, que se imputa a la entidad demandada: las acciones y omisiones de las autoridades militares y de policía que no previnieron ni reaccionaron y, por el contrario, colaboraron con la incursión y las masacres cometidas por el grupo paramilitar que se tomó violentamente el corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, desde el 29 de mayo de 1999, que generó en los demandantes el fundado temor de perder sus vidas, por lo que se vieron obligados a abandonar sus viviendas y sitios habituales de trabajo.”<sup>35</sup> (Resalta la Sala)*

*En otra oportunidad reiteró el Consejo de Estado que: “[l]os perjuicios individuales se hacen derivar de una causa común, que se imputa a la entidad demandada: las acciones y omisiones de las autoridades militares y de policía, quienes a pesar de haber sido advertidos de la inminencia del ataque paramilitar contra la población de Filo Gringo, no adelantaron ninguna acción eficaz tendiente a impedir la consumación de las acciones criminales y a proteger a la población civil, y además, porque el grupo armado ilegal hizo presencia en la región, previa coordinación y planeación con efectivos de las Fuerzas Armadas. Las pretensiones son netamente reparatorias. Están orientadas a obtener la indemnización de los perjuicios individuales que sufrieron los integrantes del grupo como consecuencia del*

---

<sup>34</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3.

<sup>35</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3.

*desplazamiento a que fueron forzados por los hechos imputables a la entidad demandada y la destrucción total o parcial de sus viviendas y enseres.”<sup>36</sup>*

### **7.5 Los daños materiales y morales que ocasiona el desplazamiento forzado**

*En relación con el daño moral que produce el desplazamiento forzado a las víctimas de este delito, ha sostenido el Consejo de Estado que constituye un hecho notorio el que el desplazamiento produce un claro daño moral, por el dolor, la angustia, y la desolación que genera en quienes son víctimas de este flagelo. En este sentido, ha afirmado ese alto Tribunal que “[n]o es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional”<sup>37</sup> (Negrillas fuera de texto)*

*En esa misma oportunidad el Consejo de Estado expresó que: “[c]onstituye un hecho notorio que el desplazamiento forzado produce daño moral a quienes lo padecen. En consecuencia, se reconocerá la indemnización a todas las personas que demostraron haberse visto obligadas a desplazarse del corregimiento La Gabarra, entre el 29 de mayo y el mes de junio de 1999, como consecuencia de la incursión paramilitar ocurrida en esa zona del país, desde el*

<sup>36</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

<sup>37</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

29 de mayo de 1999, por el dolor, la angustia y la desolación que sufrieron al verse obligados a abandonar el sitio que habían elegido como residencia o asiento de su actividad económica, como única alternativa para salvar sus vidas.”<sup>38</sup> (Resalta la Sala)

En otra ocasión, el Consejo de Estado accedió también al reconocimiento de la indemnización por daño moral, esto es, por el **“dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural. A propósito del daño moral considera la Sala que el hecho del desplazamiento causa dolor a quien lo sufre, por el miedo, la situación de abandono e indefensión que lo obligan a abandonar el lugar de su domicilio, pero, además, esa situación incide de manera adversa en su vida familiar y en su entorno socio cultural, el cual deberán reconstruir, en el mejor de los casos de manera provisional, en situaciones de mayor vulnerabilidad, alejados del tejido familiar, social, laboral, sobre el que se sustentaba su crecimiento como ser.”**<sup>39</sup> (Resalta la Sala)

En otra oportunidad, esa Corporación reiteró el reconocimiento del daño moral para las personas que ha sido desplazadas forzosamente, afirmando que: **“[L]a Sala accederá al reconocimiento de la indemnización por el dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural.”**<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

<sup>39</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo.

<sup>40</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3. Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

*En este sentido, ha diferenciado el Consejo de Estado, haciendo eco del derecho francés, entre el perjuicio moral, relativo al daño antijurídico causado por el dolor derivado del hecho dañino, y el perjuicio material, relativo al daño antijurídico causado por la alteración en las condiciones materiales de existencia. A este respecto, ha sostenido esa Corporación que el “[p]erjuicio moral y alteración en las condiciones de existencia son, entonces, en derecho francesa, 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’.”<sup>41</sup>*

*En relación con la indemnización por daños materiales, esa Corporación ha reconocido que el daño material comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante. En este sentido, esa Alta Corporación ha definido los perjuicios materiales como “el daño emergente y el lucro cesante causado a cada uno de los miembros del grupo con el hecho del desplazamiento, entre ellos, el valor de los predios y muebles perdidos y lo invertido en transporte para evacuar la zona de expulsión y reinstalarse en el sitio de recepción”<sup>42</sup>*

*Sin embargo, en los procesos cursados ante esa Corporación no se han podido identificar con claridad el daño material causado con los hechos del desplazamiento forzado, razón por la cual la entidad ha reconocido la responsabilidad patrimonial solamente en relación con el daño moral causado.<sup>43</sup>*

<sup>41</sup>Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3. Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo.

<sup>42</sup> En la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo, el Consejo de Estado reconoció la destrucción de algunas viviendas y el daño material ocasionado por dicha destrucción. En materia de prueba de dicho daño afirmó el Consejo: “Considera la Sala que el reconocimiento que hizo la Red de Solidandad Social por destrucción de bienes a las personas relacionadas es prueba del daño que sufrieron. Por lo tanto, se considera que las personas afectadas con los daños a las viviendas relacionadas es prueba del daño que sufrieron. Por lo tanto, se considera que las personas afectadas con los daños a las viviendas relacionadas es prueba del daño que sufrieron. Por lo tanto, se considera que las personas afectadas con los daños a las viviendas relacionadas es prueba del daño que sufrieron. Por lo tanto, se considera que las personas afectadas con los daños a las viviendas relacionadas es prueba del daño que sufrieron.” Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3. Sentencia del quince (15) de agosto de dos mil siete (2007).

<sup>43</sup> Así por ejemplo, en la Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona

## 7.6 La indemnización

*El Consejo de Estado, en decisiones que resuelven acciones de grupo, ha encontrado a la Nación, al Ministerio de Defensa, al Ejército y a la Policía Nacional, patrimonialmente responsables por el desplazamiento forzado de los grupos demandantes, por los perjuicios morales ocasionados a las personas integrantes de estos grupos en su condición de víctimas de desplazamiento forzado.<sup>44</sup>*

---

del Catatumbo, el Consejo de Estado afirmó que "... se advierte que no existe identidad entre los datos que suministró el inspector municipal de Policía de El Tarra, al Alcalde de esa misma localidad y la lista que elaboró la Red de Solidaridad Social en relación con los inmuebles que fueron total o parcialmente destruidos por el grupo de Autodefensas. Además, aunque la Red de Solidaridad Social pretendió identificar los inmuebles afectados por su dirección y sus propietarios o poseedores, los datos que suministró no permitan a la Sala determinar ninguno de esos dos aspectos, razón por la cual dichas pruebas no pueden ser tenidas en cuenta para establecer cuáles fueron los daños materiales causados con el hecho de que trata esta acción." Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3.

<sup>44</sup> Así por ejemplo el Consejo de Estado en el fallo de la Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, declaró "patrimonialmente responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO - POLICIA NACIONAL por los perjuicios sufridos por quienes se vieron desplazados en forma forzosa del corregimiento La Gabarra, del municipio de Tibú, Norte de Santander, con ocasión de la incursión paramilitar ocurrida el 29 de mayo de 1999 || Segundo Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio moral, la suma ponderada equivalente a trece mil doscientos cincuenta (13.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cada uno de los integrantes del grupo que se relaciona en el capítulo 3 de la parte motiva de esta sentencia, tendrá derecho a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes || Tercero. Esa suma será entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia y será administrada por el Defensor del Pueblo." Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera. Así también el Consejo de Estado reconoció la indemnización en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado del corregimiento de Filo Gringo en la región del Catatumbo, quienes acreditaron que tenían su domicilio o ejercían allí su actividad económica habitual y se vieron forzados a emigrar de ese lugar, como consecuencia de la incursión paramilitar ocurrida en esa región del país desde el 29 de mayo de 1999, la multiplicidad de hechos de violencia cometidos contra sus pobladores y las amenazas de incursionar a ese corregimiento para dar muerte a sus pobladores, a quienes señalaron como guerrilleros o auxiliares de dichos grupos. En este sentido el Consejo de Estado falló. "Primero: Declarar patrimonialmente responsable a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL por los perjuicios sufridos por quienes se vieron desplazados en forma forzosa del corregimiento de Filo Gringo, del municipio de El Tarra, Norte de Santander y la destrucción de las viviendas de algunos de sus residentes, con ocasión de la incursión paramilitar a ese corregimiento, anunciada meses atrás y cumplida efectivamente entre los días 29 de febrero y 3 de marzo de 1999. || Segundo Condénase a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio moral y la alteración a las condiciones de existencia, la suma ponderada equivalente a veintiséis mil novecientos (26.900) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cada uno de los quinientos treinta y ocho (538) integrantes del grupo que figura en la lista elaborada en el punto 4.1. de esta sentencia tendrá derecho a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes || Tercero. Condénase a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO-POLICIA NACIONAL a pagar, a título de indemnización por el perjuicio matenal, la suma ponderada equivalente a 140 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Cada una de las personas relacionadas en el punto 4.2. de esta sentencia tendrá derecho a una indemnización equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. || Cuarto Esa suma será entregada al Fondo para la Defensa de los

*Ese Alto Tribunal ha establecido que aunque se produzca el retorno de la población desplazada a su lugar de origen, no por ello se debe modificar el valor de la indemnización reconocida, en cuanto ésta se otorga con el fin de compensar el daño moral causado a las víctimas de desplazamiento forzado, por el dolor que sufrieron al verse forzados a salir de sus viviendas o sitios habituales de trabajo, por la violencia que los afectó y la imposibilidad de retornar al sitio.<sup>45</sup>*

En cuanto a la naturaleza de la indemnización que se debe a la población desplazada, se lee en la misma providencia:

*De otra parte, el Consejo de Estado ha diferenciado claramente entre la indemnización que se reconoce y concede a las víctimas por el daño antijurídico causado por el desplazamiento forzado, en razón de la responsabilidad patrimonial que se deriva para el Estado de conformidad con el artículo 90 Superior, y la atención que el Estado concede a las víctimas durante el desplazamiento, tales como: la atención humanitaria o las ayudas para el retorno o la estabilización socioeconómica, a través de proyectos productivos, las cuales se fundamentan en el principio de solidaridad.*

*Acerca de este tema ha sostenido el Consejo que "(...) **de la indemnización que reciban los beneficiarios de esta condena no se descontará el valor de los bienes que hubieren recibido por parte del Estado durante el desplazamiento porque tales bienes les son entregados a las víctimas de tales delitos no a título de indemnización sino en desarrollo del principio de solidaridad**, como ayuda humanitaria para su subsistencia en el momento en que se produzca el hecho o durante el tiempo posterior, para su retorno o*

---

*Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutora de esta providencia y será administrada por el Defensor del Pueblo." Ver Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA*

<sup>45</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

***asentamiento a través de la implementación de proyectos económicos, en tanto que la indemnización que aquí se reconoce tiene como causa la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada por la causación de un daño antijurídico que le es imputable, de conformidad con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución.***<sup>46</sup>

### **📌 DE LA PRUEBA DEL DESPLAZAMIENTO FORZOSO**

En lo tocante a cómo se demuestra la condición de persona o población sometida a desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional en la sentencia que se comenta, precisó:

*(iii) En relación con la condición de desplazado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha condición se adquiere y se constituye a partir de un presupuesto fáctico, que es el hecho mismo del desplazamiento forzado, hecho que es el requisito constitutivo de esta condición y en consecuencia, de la calidad de víctima de desplazamiento forzado. Por tanto, la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, que la actual Ley 1448 de 2011 prevé sea el soporte para el “Registro Único de Víctimas”, de conformidad con el artículo 154 de esa normativa, es un requisito meramente declarativo y no constitutivo de la condición de víctima, en donde, a través de un trámite de carácter administrativo, se declara la condición de desplazado, a efectos de que las víctimas de este delito puedan acceder a los beneficios legales y a los diferentes mecanismos de protección de derechos, con carácter específico, prevalente y diferencial, para dicha población.*

*De acuerdo con lo anterior, la Corte encuentra que con la declaración e inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, hasta ahora existente, que se transformó en el Registro Único de Víctimas, en aplicación de la Ley 1448 de 2011, la población desplazada cumple con una carga mínima de*

---

<sup>46</sup>Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acclón de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

*presentarse ante la entidad responsable, declarar y solicitar su inscripción para el acceso a los diferentes programas que hacen parte del Sistema Nacional de Atención Integral a Población Desplazada y del recién creado “Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas”, de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1448 de 2011, en lo que se refiere a las diferentes medidas de reparación integral previstas por esta Ley.*

*Esto se encuentra en armonía con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011 que define el concepto de víctima y el artículo 16 del Decreto 4800 de 2011 que reconoce que esta condición “es una situación fáctica que no está supeditada al reconocimiento oficial a través de la inscripción en el Registro. Por lo tanto, el registro no confiere la calidad de víctima, pues cumple únicamente el propósito de servir de herramienta técnica para la identificación de la población que ha sufrido un daño en los términos del artículo 3 de la ley 1448 de 2011 y de sus necesidades, y como instrumento para el diseño e implementación de políticas públicas que busquen materializar los derechos constitucionales de las víctimas.*

*El Registro Único de Víctimas incluirá a las víctimas individuales a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 e incluirá un módulo destinado para los sujetos de reparación colectiva en los términos de los artículos 151 y 152 de la misma Ley.”*

*(...) No obstante, cabe advertir que si por algún hecho sobreviniente se encuentra y establece que uno de los actores no ostenta la calidad de víctima de desplazamiento forzado, éste no será beneficiario de las medidas que se adopten en la presente decisión.*

De acuerdo con los anteriores argumentos, ha de decirse entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación de falla en el

servicio, por la ocurrencia misma del hecho del desplazamiento forzado en la medida en que ha venido a establecerse que la Administración siempre pudo haber evitado la causación del hecho o, por lo menos, haber minimizado los efectos dañinos del mismo, responsabilidad que deriva del contenido obligatorio que la Constitución y la ley imponen al Estado de preservar y proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

### **↓ DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA NO ENTREGA OPORTUNA DE AYUDAS HUMANITARIAS A LA POBLACIÓN DESPLAZADA.**

De los apartes ya transcritos de la sentencia SU-254 de 2013, se destaca que la Corte Constitucional no encuentra que el daño causado por la no entrega de ayudas humanitarias se torne antijurídico, en la medida que tal obligación encuentra sustento en el principio de solidaridad de asistencia en casos de emergencia, y no en una disposición que conlleve tal obligación como carga impositiva para la Administración, de manera que no se configura la responsabilidad estatal en la forma como la contempla el art. 90 Superior.

Sin embargo, como quiera que dicha consideración se expresa en la mencionada sentencia a título de *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, al no responder al problema jurídico que en dicha providencia se desata, la misma se apreciará por esta Sala a título de ilustración; pero, aún así, se abocará al estudio de la configuración del daño y su eventual imputación de responsabilidad al Estado, tomando como referente la sentencia C-278 de Abril 18 de 2007 a través de la cual esa misma Corporación efectuó el estudio de constitucionalidad de los artículos 15 y 18 de la Ley 387 de 1997.

Como ya se anunció al abordar el estudio de la caducidad de la acción frente a la reclamación de reparación por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, esta Sala de Decisión parte del principio del *retardo estatal*, de

la *prolongada inactividad estatal*, y no de la *omisión estatal*, como elemento que configura el hecho dañoso en estos casos, tal como se explica a continuación.

**a) Naturaleza de la obligación de entregar ayudas humanitarias de emergencia.**

A través de la Ley 387 de 1997 se consagró como a cargo del Estado, la obligación de proveer ayudas humanitarias de emergencia a la población que resultara afectada por el desplazamiento forzado, una vez se produjera el mismo; obligación cuyo contenido es definido por el art. 15<sup>47</sup> de la Ley en cita como garantista, de socorro, de asistencia y protección para atender las necesidades básicas de este grupo poblacional, incluso mientras subsista la condición de emergencia.

Como ya se dijo en aparte anterior, a través de la sentencia T-025 de 2004 fue necesario que la Corte Constitucional declarara el *estado de cosas inconstitucional* de la población desplazada, para conminar al Estado a que diera cumplimiento a las previsiones de la Ley 387 de 1997 incluso las referidas a la entrega de ayudas humanitarias, y fue necesario que se hiciera el seguimiento de las *órdenes de ejecución compleja* impartidas, para lograr que finalmente se implementaran las políticas de atención preferencial a este grupo humano y se apropiaran los recursos dirigidos a cumplir tales políticas.

---

<sup>47</sup> ARTICULO 15 DE LA ATENCION HUMANITARIA DE EMERGENCIA Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas.

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento

PARAGRAFO <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible. Apartes tachados INEXEQUIBLES> A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables

Ahora bien, al resolver sobre la exequibilidad de este articulado, a través de la sentencia C-278/07, la Corte Constitucional reafirma su extensa línea jurisprudencial de protección a la población desplazada, calificando el desplazamiento forzado como un problema de humanidad, como una verdadera tragedia nacional, un estado de emergencia social y un serio peligro para la estabilidad política del país. Se refiere a la inactividad del Estado como contraria a la racionalidad implícita en el constitucionalismo, al causar una *evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenida en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos*, contradicción que se hace patente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad que padecen los desplazados y la negación del Estado a cumplir el deber constitucional de prevenir las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

A más de lo anterior, aplicando el principio de interpretación por convencionalidad a que se refieren los arts. 93, 94 y 224 de la Carta Superior, la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante a los **Principios Rectores de los Desplazamientos Internos**, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos, pese a que tales principios no han sido aprobados mediante un tratado internacional, considerando que deben ser apreciados como parámetros en la creación normativa y la interpretación en la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado.

Para resolver sobre la constitucionalidad del art. 15 de la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional centra su atención en los Principios Rectores 24, 25, 26 y 27, en los que se lee:

#### **“Sección IV**

## **PRINCIPIOS RELATIVOS A LA ASISTENCIA HUMANITARIA**

### **Principio 24**

- 1. La asistencia humanitaria se prestará de conformidad con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación alguna.*
- 2. No se desviará la asistencia humanitaria destinada a los desplazados internos, ni siquiera por razones políticas o militares.*

### **Principio 25**

- 1. La obligación y responsabilidad primarias de proporcionar asistencia humanitaria a los desplazados internos corresponde a las autoridades nacionales.*
- 2. Las organizaciones humanitarias internacionales y otros órganos competentes tienen derecho a ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Este ofrecimiento no podrá ser considerado un acto inamistoso ni una interferencia en los asuntos internos del Estado y se examinará de buena fe. Su aceptación no podrá ser retirada arbitrariamente, en particular cuando las autoridades competentes no puedan o no quieran proporcionar la asistencia humanitaria necesaria.*
- 3. Todas las autoridades competentes concederán y facilitarán el paso libre de la asistencia humanitaria y permitirán a las personas que prestan esa asistencia un acceso rápido y sin obstáculos a los desplazados internos.*

### **Principio 26**

*Las personas que prestan asistencia humanitaria, sus medios de transporte y sus suministros gozarán de respeto y protección. No serán objeto de ataques ni de otros actos de violencia.*

### **Principio 27**

*1. En el momento de proporcionar la asistencia, las organizaciones humanitarias internacionales y los demás órganos competentes prestarán la debida consideración a la protección de las necesidades y derechos humanos de los desplazados internos y adoptarán las medidas oportunas a este respecto. En esa actividad, las mencionadas organizaciones y órganos respetarán las normas y códigos de conducta internacionales pertinentes.*

*2. El párrafo precedente se formula sin perjuicio de las responsabilidades en materia de protección de las organizaciones internacionales encargadas de esta finalidad, cuyos servicios pueden ser ofrecidos o solicitados por los Estados.”*

Y, al hacer el análisis sobre lo que ha sido la respuesta institucional del Estado colombiano, en especial en relación con las ayudas humanitarias, se expresa:

En lo que concierne a las **etapas de atención**, precisó que la **ayuda humanitaria de emergencia** debe ser suministrada por Acción Social, “*ya sea de manera directa, o a través de convenios con organizaciones no gubernamentales, entidades particulares y organizaciones internacionales*” y que la ejecución de **programas de estabilización socioeconómica** depende de la disponibilidad presupuestal, “*aun cuando las entidades estatales pueden contar con la ayuda de organismos humanitarios, tanto de carácter nacional como internacional*”, componente que incluye la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001).

Advirtió esta Corte que el diseño y la ejecución de la política pública en este ámbito, debe realizarse contando con la participación de las comunidades desplazadas y que las entidades estatales pueden celebrar convenios con organizaciones no gubernamentales (ONG) y organismos internacionales con tal fin, sin descontar el compromiso de la sociedad civil.

Igualmente, en la mencionada providencia la Corte se refirió a los **resultados de la política** pública en materia de desplazamiento forzado y advirtió tajantemente que *“no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos.”* A tal conclusión llegó al apreciar que *“según un estudio reciente<sup>48</sup>, las condiciones básicas de vida de dichas personas distan mucho de satisfacer los derechos reconocidos nacional e internacionalmente. El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas (NBI), y el 80% se encuentra en situación de indigencia.<sup>49</sup> Igualmente, el 63.5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada<sup>50</sup>, y el 49% no cuenta con servicios idóneos<sup>51</sup>”.*

La corporación se fundamentó en varios de los documentos de análisis y evaluación de la política de atención a la población desplazada y de sus distintos programas, elaborados por entidades gubernamentales, organizaciones de derechos humanos y organismos internacionales y en las respuestas al cuestionario formulado por la entonces Sala Tercera de Revisión, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, que conoció de aquella acción de tutela.

El estudio y evaluación de los resultados de la política pública de desplazamiento fue realizado tomando también en cuenta datos oficiales sobre cobertura de cada uno de los componentes de la atención y el grado de

---

<sup>48</sup> Cita en la cita. Naciones Unidas, Programa Mundial de Alimentos PMA, *Vulnerabilidad a la Inseguridad Alimentaria de la Población desplazada por la violencia en Colombia*, informe de 2003. Estudio contratado por el PMA, consistente en encuestas y pruebas fisiológicas (perímetro braquial, que mide la reserva grasa y la proteína somática o muscular del individuo) realizadas a 1503 hogares desplazados, seleccionados aleatoriamente en 41 municipios. Los indicadores para dicho estudio fueron realizados por la firma Econometría SA, y tienen un nivel de confianza del 99% y un error absoluto máximo del 3% calculado sobre el total de la muestra. Adicionalmente al estudio se realizó una investigación cualitativa con 18 grupos focales compuestos por 148 jefes de hogar o cónyuges y 22 entrevistas a líderes comunitarios (p. 1 del estudio)

<sup>49</sup> Cita en la cita. La situación de la población desplazada se constata significativamente peor que la del quintil más pobre urbano en Colombia. En este sentido se observa que el 30% del quintil más pobre presenta necesidades básicas insatisfechas, mientras que el 39% de este grupo se encuentra en situación de indigencia

<sup>50</sup> Cita en la cita. Dicha proporción para el quintil más pobre urbano es de 7.1%. La adecuación de la vivienda y de los servicios a los que tiene acceso la población desplazada, es un criterio utilizado por el PMA, en el que se mide que la vivienda o los servicios cumplan con ciertos requisitos mínimos.

<sup>51</sup> Cita en la cita 6% para el quintil pobre urbano.

satisfacción de la población desplazada, información que la llevó a concluir que *“los niveles de cobertura de todos los componentes de la política son insuficientes”*.

Para citar el caso de la **atención humanitaria de emergencia**, que concierne al asunto que se decide en esta providencia, halló esta Corte que *“entre 1998 y 2002 tuvo una cobertura del 43% de hogares desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, del 25% de familias reportadas por CODHES, y ha cumplido con el 36% del nivel establecido como meta en el Plan Estratégico.<sup>52</sup> Al analizar únicamente los casos de desplazamiento individual, se observa que los datos son peores. En este caso, la cobertura es del 33% de los desplazados registrados por la Red de Solidaridad Social, y del 15.32% de los reconocidos por CODHES”*.

Para la Corte los bajos resultados de la respuesta estatal, según los cuales no ha sido posible proteger integralmente los derechos de la población desplazada, *“se pueden explicar de acuerdo a dos problemas principales. (i) La precariedad de la capacidad institucional para implementar la política, y (ii), la asignación insuficiente de recursos”*.

Al analizar el **diseño de la atención humanitaria de emergencia**, observó que *“hace énfasis en el factor temporal, resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada”* y anotó que *“el límite temporal de tres meses no responde a la realidad de la continuación de la vulneración de sus derechos, de tal forma que la prolongación en el tiempo de dicha prestación no depende de las condiciones objetivas de la necesidad de la población, sino del simple paso del tiempo”* (no está en negrilla en el texto original).

---

<sup>52</sup> Cita en la cita Entre 1998 y 2002, la Red de Solidaridad Social prestó atención humanitaria de emergencia a 69.054 hogares, lo cual representa el 36% de las 194 000 familias que pretendió el Plan Estratégico.

En cuanto al **grado de implementación** de la política de atención a la población desplazada, halló una *“insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones”*, pues varias de las instituciones comprometidas *“no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales”*, lo cual se evidencia en casi todos los componentes, incluyendo la atención humanitaria de emergencia, que *“se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos”*.

Por lo que hace al **cumplimiento y continuidad** de la política de atención al desplazamiento forzado, la Corte señaló que aun cuando no se es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas, por no contarse con mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades implicadas, *“las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hace de manera discontinua y demorada”* y agregó que según esos informes *“no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención”*, problema que para la Corte está presente en casi todos los componentes de la política, incluida la atención humanitaria de emergencia, que *“puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias”*.

Por último, la Corte encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas, han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria de emergencia, donde halló que *“los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación”*.

Con base en todas estas observaciones, la Corte Constitucional concluyó que la respuesta del Estado al fenómeno del desplazamiento forzado *“sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada”*.

Para esta Corporación, la causa central de esas fallas es la escasez de recursos, además de la incapacidad institucional, que dan lugar a que el nivel de ejecución de las políticas sea insuficiente frente a las necesidades de la población desarraigada y a que los índices de cobertura de sus distintos componentes sean tan bajos, lo cual se palpa, entre otros ámbitos, en la **atención humanitaria de emergencia**, que tiene una cobertura del 43% de la población registrada, con lo cual *“se desconocen los derechos a la vida, al mínimo vital, a la igualdad y a la salud de las personas que no acceden a dicha ayuda, es decir más de la mitad de la población desplazada registrada”*.

Por todo lo anterior, la Corte declaró la existencia de un **estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada**, dada la magnitud del fenómeno y su grave incidencia en la protección de los derechos de los afectados y, en consecuencia, expidió las que denominó *“órdenes de ejecución compleja”*, dirigidas a las entidades encargadas de atender a la población desplazada, para que *“establezcan, en un plazo prudencial, y dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que sean necesarios para superar los problemas de insuficiencia de recursos destinados y de precariedad*

*de la capacidad institucional para implementar la política estatal de atención a la población desplazada”.*

También, encontramos que el art. 1º de la Ley 387 de 1997, anterior al documento internacional que se ha referenciado, incluye los siguientes principios en materia de atención a la población desplazada:

*ARTICULO 2o. DE LOS PRINCIPIOS. <Artículo CONDICIONALMENTE  
exequible> La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los  
siguientes principios:*

- 1o. Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.*
- 2o. El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente.*
- 3o. El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.*
- 4o. La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar.*
- 5o. El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación.*
- 6o. El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen.*
- 7o. Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.*
- 8o. El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.*
- 9o. Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social.*

Vemos entonces, que si bien la obligación de prestar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada se cimienta en un principio de humanidad y solidaridad que compromete a toda la sociedad, también tiene un componente legal y supralegal que radica en cabeza del Estado la primera obligación de asistencia en la **situación de emergencia** y mientras subsista la misma, como efectivización del deber de satisfacer los derechos mínimos a la subsistencia digna garantizados por los estándares nacionales e internacionales del Derecho Humanitario, como realización y observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho; y, también se consagra para este grupo poblacional la facultad de reclamar la efectividad de la ayuda humanitaria de emergencia, puesto que la norma se refiere a ella como un derecho que le asiste a la población desplazada a recibir y reclamar por ellas.

Ahora bien, el incumplimiento del Estado en su deber de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada, a más de ser un hecho notorio y por tanto no necesario de demostración, se hizo evidente con el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004 por medio de la cual se declara el estado de cosas inconstitucional para la población desplazada, que, de acuerdo con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, se configuró por (i) *la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;* (ii) *la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;* (iii) *la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;* (iv) *la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.* (v) *la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;* (vi) *si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

Entonces, para esta Sala de Decisión es incuestionable que la población desplazada fue obligada, por la prolongada inactividad del Estado, a permanecer en condición de emergencia de manera indefinida, a soportar sin justificación alguna la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales mínimos y relacionados con la subsistencia digna, fue forzada a reclamar sus derechos por vía de acción de tutela, ante la actitud impasible de la Administración que se escudaba en la falta de los recursos económicos necesarios para atender las penurias de este grupo poblacional.

Todo lo anterior se configura, según el criterio de esta Colegiatura, en un daño antijurídico causado por el Estado, que debe ser reparado, como quiera que la población desplazada debió ser atendida en forma prioritaria y/o preferente para obviar su condición de emergencia; de manera que se acredita así la existencia del daño sufrido por la población desplazada y, la antijuridicidad de tal daño determinado por la inactividad estatal al no hacer entrega oportuna de las ayudas humanitarias de emergencia, como lo exige el art. 90 Superior.

Este criterio, a más de lo anterior, encuentra respaldo en la sentencia No. 14721 de Junio 4 de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se dijo:

*Los elementos que perfilan la responsabilidad de la Administración por falla administrativa derivada del retardo y de cuya concurrencia surge el deber de reparar los daños que se ocasionen, se pueden resumir en los siguientes: i) la existencia para la Administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) el incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las*

*circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño. En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas del servicio de la administración derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración.<sup>53</sup>*

#### **b) De las ayudas para la estabilidad socioeconómica**

En relación con las ayudas que se deben prestar a través de la implementación de programas de estabilización socioeconómica, consistentes en la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001), no encuentra esta Sala de Decisión que ante su no entrega se configure daño antijurídico alguno, como quiera que esta obligación, que *prima facie* puede ser enmarcada como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto debe promover la prosperidad general de sus asociados, no está radicada únicamente en el Estado sino que, a su atención concurren también organismos

<sup>53</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número. 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721)

humanitarios nacionales e internacionales, a más de la sociedad en general, aún cuando le corresponda al Estado implementar los programas que serán los canales para la adecuada distribución de tales prestaciones asistenciales, sin olvidar que en estos casos debe el Estado contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

### **✚ DE LOS PERJUICIOS MATERIALES**

Ahora bien, respecto de la forma cómo se ha de reparar el daño antijurídico así causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, esta Sala advierte la imposibilidad de derivar un daño material por dicho concepto, como quiera que el concepto mismo de *ayuda humanitaria* reprime la eventualidad de obtener un lucro de tales ayudas, precisamente por su carácter humanitario y su componente de solidaridad, aunque no se desconoce por la Sala que el recibo a tiempo de la ayuda humanitaria de emergencia habría significado para la población desplazada el alivio a necesidades básicas que podían ser traducidas en un componente pecuniario, más no patrimonial, es decir, tales ayudas no pueden ser consideradas – en ningún caso – como factor de acrecentamiento del patrimonio o peculio personal de los individuos que integran el grupo de población desplazadas.

A más de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado en claro que no es posible efectuar el pago retroactivo de las ayudas humanitarias, como quiera que su no pago o entrega oportuna no se torna en un crédito, y así lo dejó ratificado en la sentencia T-840 de 2009, citando la sentencia T-600 de 2009, cuyo aparte se transcribe:

*“En la sentencia T-600 de 2009 se aclaró que: “la ausencia en el suministro de la atención humanitaria de emergencia no constituye un crédito a favor de la persona desplazada por la violencia que le genere un saldo dinerario a ser cobrado retroactivamente, toda vez que ello desnaturaliza esta medida que busca suplir las necesidades inmediatas a fin de otorgar un nivel de vida digno y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.”*

*Aun si la ayuda humanitaria no es suministrada en el término requerido, circunstancia reprochable desde la perspectiva constitucional, permitir la prosperidad de la mencionada pretensión implicaría una actuación que choca con la naturaleza de la obligación que no tiene carácter retroactivo, y con la finalidad propia de la acción de tutela, porque esta acción constitucional no fue instituida para el cumplimiento de obligaciones dinerarias, sino para la satisfacción de los derechos fundamentales.”*

Con base en lo anterior se dirá, entonces, que no hay lugar a reconocer perjuicio material alguno por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, al no tener ellas un componente patrimonial o crediticio.

### **↓ DE LOS PERJUICIOS MORALES**

En este punto, advierte la Sala que el perjuicio moral causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, encuentra su razón de ser en la forma como el Estado agravó la condición de sufrimiento y aflicción de ese grupo social, circunstancia que para esta Colegiatura no requiere demostración si se toma como referente lo tantas veces dicho por la Corte Constitucional frente a las condiciones de desprotección, vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra este grupo poblacional.

En ese orden de ideas, para la tasación del perjuicio moral, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta factores objetivos que permitan determinar la intensidad del mismo, a efectos de proceder a su reconocimiento acorde con los principios que informan la regla *arbitrio iuris*

#### **6. Caso Concreto**

La demanda afirma que la **NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA** – y la **AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL** hoy **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL**, son responsables administrativa y patrimonialmente por los daños, perjuicios materiales y

morales causados a la demandante MARYURI ISABEL SARMIENTO FLOREZ, en primer lugar por el desplazamiento al que fue sometida donde perdió todos sus bienes materiales y en segundo lugar por la omisión de las demandadas en otorgar las ayudas humanitarias a que estaban obligados a entregar conforme a lo estatuido en la Ley 387 de 1997.

De acuerdo con los parámetros que antes se han expuesto, el estudio de las pretensiones de la actora se efectuará en los siguientes términos:

#### **1. Prueba de la condición de persona desplazada.**

Atendiendo las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, contenidas en el art. 177 del C.P.C., al que se llega en virtud del expreso principio de remisión previsto en el art. 267 del C.C.A., le corresponde en este caso a la demandante acreditar que se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada, actualmente Registro Único de Víctimas, para a partir de dicha probanza permitir el estudio de sus pretensiones.

En este caso, dicha prueba no fue animada al plenario y tampoco fue solicitada por el actor como prueba a su favor, lo que sería suficiente para denegar las súplicas de la demanda; no obstante, en primera instancia, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes AGENCIA PRESIDENCIA PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTRNACIONAL "ACCION SOCIAL"), allegó constancia de que la señora MARYURI ISABEL SARMIENTO FLOREZ, como portador de la cédula de ciudadanía número 56.085.553, se encuentra inscrita en el citado Registro desde el 20 de febrero de 2005 (fl. 85 y ss), con lo que se acredita la condición de persona desplazada.

#### **2. De la caducidad de la acción por los daños ocasionados al actor por el desplazamiento forzado.**

Atendiendo lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia SU-254 de 2013, no hay lugar a efectuar el estudio de la caducidad de la acción por la ocurrencia de este hecho.

### **3. Del daño causado por el hecho mismo del desplazamiento forzado.**

Se afirma en la demanda que la señora MARYURI ISABEL SARMIENTO FLOREZ fue desplazada de su domicilio de origen , ubicado en el Corregimiento de Toro del Municipio de San Juan Nepomuceno, pero nada informa la actora acerca del hecho de violencia que determinó su movilización forzosa, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a las demandadas por esta circunstancia, lo que determina que se denieguen las pretensiones que se han formulado en la demanda derivadas del hecho mismo del desplazamiento forzoso, lo que se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

### **4. De la caducidad de la acción por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias de emergencia.**

Se afirma por la accionante que a la presentación de la demanda se le adeudaban la totalidad de las ayudas humanitarias que debía recibir de las demandadas; sin embargo, sobre la constancia arimada por la demandada DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes AGENCIA PRESIDENCIA PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTRNACIONAL "ACCION SOCIAL"), (fl. 85 y ss) es posible determinar que la demandante comenzó a recibir ayudas humanitarias a partir del 16 de diciembre de 2005, de manera que, según los parámetros que antes se han precisado, ha de decirse que el término de caducidad de la acción inició su cómputo a partir del 17 de diciembre de 2005 para finalizar el 17 de diciembre de 2007 y, como quiera que la demanda introductoria de este proceso se presentó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el 28 de abril de 2011, forzoso resulta concluir que el citado fenómeno jurídico ha tenido

ocurrencia, lo que obliga a su declaración y a denegar las súplicas de la demanda relacionadas con este hecho.

## **7. Costas**

De acuerdo con las previsiones del art. 151 del C.C.A., no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, 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: MODIFÍCASE** la sentencia de fecha veinticinco (25) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, la cual quedará así:

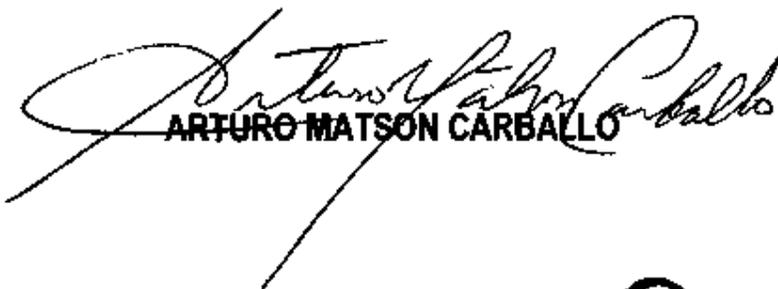
- 1. NIEGANSE** las pretensiones de la señora **MARYURI SARMIENTO FLOREZ** relacionadas con el daño que afirma le fue causado por las demandadas, por el desplazamiento forzoso al que fue sometido en el año 2005, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.
- 2. DECLARASE** la caducidad de la acción en relación con las pretensiones que guardan relación con la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.
- Como consecuencia de la anterior declaración, **NIEGANSE** las súplicas de la demanda relacionadas con la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias a la población desplazada.
- 4. SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**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 FERNANDO GALLO**

ABC



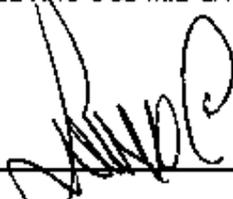
**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0108  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>JORGE ELIECER FANDINO GALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: SILVIA PALMERA MENDEZ</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: E-SE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-701-2012-00007-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIECISEIS (16) DE ENERO DE 2014</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciséis (16) de enero de dos mil catorce (2014)

**Magistrado Ponente:** Jorge Eliécer Fandiño Gallo  
**Clase de Acción:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante:** Silvia Palmera Méndez  
**Demandado:** ESE Hospital Local San Sebastián de Zambrano.  
**Expediente:** 13-001-33-31-701-2012-00007-01

Procede la Sala a pronunciarse sobre el grado jurisdiccional de consulta que se surte contra la sentencia proferida el 24 de abril de 2013 por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. LA ACCIÓN

La señora Silvia del Socorro Palmera Méndez, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la ESE Hospital Local San Sebastián del Municipio de Zambrano-Bolívar, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## **2. PRETENSIONES**

Que se declare la nulidad del Oficio por medio del cual se dio respuesta a la petición presentada el día 5 de julio de 2011.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento el pago de salarios y prestaciones sociales correspondiente a los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011.

Que se ordene el pago de la bonificación por servicios prestados y la bonificación por recreación de los años 2007, 2008, 2009 y 2010.

Se dé cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

Subsidiaria:

Que se ordene el pago de la sanción moratoria con los respectivos intereses moratorios.

## **3. HECHOS**

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

Señala que inicialmente prestó sus servicios en el Departamento de Bolívar-Servicio Seccional de Salud de Bolívar-Unidad Regional de Salud 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar en el cargo de Auxiliar de Enfermería, desde el 21 de agosto de 1984 hasta el 30 de mayo de 1999; siendo transferida a la ESE del Municipio de Zambrano a partir del 1 de junio de 1999 hasta 23 de marzo de 2011, fecha en que fue declarada insubsistente.

Que su asignación básica mensual era de Un Millón Setecientos Trece Mil Quinientos Ocho Pesos (\$ 1. 713. 508).

Que al momento de la desvinculación le adeudaban las siguientes acreencias laborales: Salarios y horas extras de los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre, bonificación por recreación, prima de navidad de los años 2007 y 2008; los salarios y horas extras de los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, la bonificación por recreación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios y de navidad del año 2009; los salarios y horas extras de abril, mayo, junio y diciembre del año 2010, así como las primas de servicios, vacaciones, navidad y la bonificación por recreación y servicios del mismo año y los salarios de los meses de febrero y marzo, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados y recreación, cesantías e intereses proporcionales al año 2011.

Que la gerente de la ESE demandada se ha negado a expedir el acto administrativo que ordene el pago de las acreencias adeudadas.

#### **4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 20 de febrero de 2012 (fl.28), el proceso fue fijado en lista, término dentro del cual la entidad demandada omitió contestar la demanda.

A través de auto de fecha 7 de diciembre de 2012, se abrió a prueba el proceso (fl. 40); posteriormente, por medio de auto del 22 de marzo de 2013, corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión.

## **5. EL FALLO CONSULTADO**

En la sentencia de primera instancia (fls. 59-78) él *a quo* concedió parcialmente las pretensiones de la demanda; en tal sentido ordenó la cancelación de los salarios y prestaciones en favor de la accionante, a partir del 5 de julio de 2008.

De igual modo, declaró de oficio la falta de agotamiento de la vía gubernativa, respecto la sanción moratoria, por tanto negó dicha pretensión.

## **6. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto del 16 de septiembre de 2013 (fl. 82), se dio cumplimiento al trámite establecido en el artículo 184 del C.C.A., en consecuencia se ordenó correr traslado a la parte demandante y demandada para que alegaran de conclusión. Igualmente se ordenó notificar al Ministerio Público, a fin de que alegara de conclusión si a bien lo tenía.

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

## **II. CONSIDERACIONES**

El grado jurisdiccional de consulta se encuentra instituido en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, así:

*“Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.*

*Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.*

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

En tal sentido es menester resaltar que el grado jurisdiccional de consulta, en lo contencioso administrativo, se contempló en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y en especial del patrimonio público, cuando las autoridades administrativas no intervengan en el proceso judicial, de manera que, el superior ostenta la facultad de verificar la legalidad de la decisión adoptada por el A-quo.

## **1. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Procede ordenar el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones reconocidas por la administración mediante acto administrativo suscrito por el funcionario competente?

## **2. CASO CONCRETO**

En el presente caso, la demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería, desde el 18 de abril de 1984 hasta el 23 de marzo de 2011, inicialmente en el Departamento de Bolívar-Servicio Seccional de Salud de Bolívar-Unidad Regional de Salud 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, luego fue transferida sin solución de continuidad a la ESE Hospital Local San Sebastián de Zambrano-Bolívar (fls.13 y 47-56).

A través de la Resolución 0055 del 23 de marzo de 2011, fue declarada insubsistente del cargo que venía desempeñando. (fls. 15-19)

La ESE Hospital Local de San Sebastián de Zambrano-Bolívar, mediante escrito de fecha 23 de junio de 2011, certificó que a la demandante se le adeudaba por concepto de salarios, bonificación por recreación, bonificación de servicios, prima de navidad, prima de servicios y de vacaciones, las siguientes sumas (fls. 20-21 cdno pruebas):

*“- Año 2007: \$ 8.220.527.  
- Año 2008: \$ 2.626.895.  
- Año 2009: \$ 12.506.522.  
- Año 2010: \$ 9.205.583.  
- Año 2011: \$ 2.811.895.  
Gran Total: 35. 367.422”*

En virtud de lo anterior, la demandante mediante escrito de fecha 5 de julio de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones económicas adeudadas. (fl. 31 cdno pruebas)

La entidad demandada por medio de escrito de fecha 5 de julio de 2011, dio respuesta a la petición incoada, esgrimiendo que las acreencias laborales, serían canceladas en la medida que existiera disponibilidad presupuestal. (fl. 22)

Lo expuesto en precedencia permite concluir que efectivamente a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios y demás prestaciones que devengó, toda vez que no existe prueba que acredite su pago.

No obstante lo anterior, se estima que solo es dable pronunciarse respecto de las prestaciones causadas en los años 2010 y 2011, toda vez que la entidad demandada mediante la Resolución 0079 del 5 de mayo de 2010, reconoció el pago de los emolumentos insolutos correspondiente a los años 2008 y 2009, así (fls. 40-41 cdno pruebas):

*“Artículo Primero: Reconózcase la obligación por concepto de salarios y prestaciones a la señora Silvia Palmera Méndez en su*

*calidad del área de la salud de la ESE Hospital Local San Sebastián de Zambrano Bolívar del año 2008 por un valor de \$ 2. 626.895 (dos millones seiscientos veintiséis mil ochocientos noventa y cinco pesos)*

*Artículo Segundo: Reconózcase la obligación por concepto de salarios y prestaciones a la señora Silvia Palmera Méndez en su calidad del área de la salud de la ESE Hospital Local San Sebastián de Zambrano Bolívar del año 2009 por un valor de \$ 12. 737. 522 (doce millones setecientos treinta y siete mil quinientos veintidós pesos)”*

Como epílogo de lo anterior, la Sala se inhibirá para pronunciarse de fondo respecto los emolumentos adeudados desde el 5 de julio de 2008 de conformidad con lo decretado por el A-quo, hasta el año 2009, por cuanto su reconocimiento y pago se toma improcedente a través del ejercicio de esta acción, toda vez que dicha resolución comporta un derecho a favor de la accionante, cuyo cumplimiento deberá exigirse por intermedio de un proceso ejecutivo.

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

### **FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha 24 de abril de 2013, excepto el ordinal primero del numeral segundo que se revoca, en su lugar se dispone:

*“Segundo: Como restablecimiento del derecho se dispone:*

- 1. INHIBIRSE para pronunciarse de fondo en torno a los emolumentos adeudados desde el 5 de julio de 2008 de conformidad con lo*

*decretado por el A-quo, hasta el año 2009; lo anterior, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia:*

*La ESE Hospital Local San Sebastián de Zambrano-Bolívar, deberá reconocer y cancelar a la demandante Silvia Palmera Méndez los salarios y prestaciones correspondientes a bonificación por recreación, bonificación por servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima de servicios, que efectivamente le adeude, en los años 2010 y 2011.”*

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

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

Los Magistrados,

  
**JORGE ELIECER FANDEÑO GALLO**

  
**MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado (No. 13-001-33-31-701-2012-00007-01))



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0109  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: JESUS WESSI MENA ARRIAGA Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-FISCALIA GENERAL-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-004-2009-00256-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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. **344 / 2013**

Cartagena de Indias, D. T. y C., once (11) 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 **2009 00256 00**

**II. PARTES**

**Demandante:** JESÚS WESSY MENA ARRIAGA Y OTROS

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

**III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO**

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a decidir la demanda de reparación directa interpuesta por JESÚS WESSY MENA ARRIAGA y otros contra la Nación - Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial y Policía Nacional.

**IV. ANTECEDENTES**

**A- HECHOS**

*\*PRIMERO.- Los hechos de la presente acción de reparación directa estriban en que mi cliente, el señor JESUS WESSY MENA ARRIAGA, entró a*

*conformar parte de la Policía Nacional como agente especial el 01 de agosto de 1983. Por lo anterior, mi cliente prestó sus servicios a la institución Policiaca de Colombia aproximadamente por más de diecinueve (19) años continuos e ininterrumpidos.*

*SEGUNDO: La prestación del servicio del agente MENA se ejerció con los mejores comportamientos en el transcurso de todo el tiempo laborado, haciéndose acreedor a las diferentes distinciones por excelencia en la conducta y en el servicio desempeñado con disciplina y eficacia. Lo anterior tiene soporte probatorio en el llamado que hiciera el Jefe de personal del Departamento de Policía de Bolívar, para fuera miembro de la Comisión de paz de YUGOSLAVIA, mediante POL 1900/1105e3; resolución N° 05225 de fecha 21 de octubre de 1996, mediante la cual se le concedió a mi cliente el distintivo de servicio distinguidos categoría B expedido en Santa Fe de Bogotá el día 05 de noviembre de 1996 y registrado a folio 397 bajo el número 17666 del L.R.; certificación del Comandante General de las Fuerzas de las Naciones Unidas JEAN COT y certificación de los guardacostas de los Estados Unidos-grupo de capacitación internacional en ejecución de las leyes marítimas.*

*TERCERO.- El anterior hecho claramente demuestra que mi cliente por la calidad del servicio prestado a la Policía Nacional como agente especial, se hizo acreedor de condecoraciones, reconocimientos y distinciones del orden nacional e internacional por la conducta y seriedad con que prestó sus servicios durante todo el tiempo en que sirvió a la patria.*

*CUARTO.- Dentro de sus labores desempeñadas como Policía especial, se encontró que fue sindicado en algún momento por el delito de cohecho propio, que como tal fue investigado por la justicia penal militar, pues los denunciantes manifestaron que el delito se cometió en ejercicio de funciones propias del servicio.*

*QUINTO.- La imputación del delito se originó por las presuntas labores de inteligencia que efectuaron funcionarios de Policía Judicial del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), quienes informaron a la Fiscalía la forma de actuar de una organización de narcotraficantes con influencia en Colombia en particular en la ciudad de Cartagena de Indias (Bolívar), Córdoba, Jamaica, Santa Marta, Haití, México, Panamá, Europa y Medellín.*

*SEXTO.- En la última ciudad mencionada, según manifiestan los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad es donde elaboran y procesan la producción de narcóticos para luego ser distribuida en la Costa del Mar Caribe, utilizando como transporte de distribución lanchas rápidas para la repartición del resultado del procesamiento en los destinos indicando que el hecho inmediatamente anterior.*

*SÉPTIMO.- El grupo de policía judicial del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), perduró en la investigación por dos (02) años para dismantelar la existencia de la organización dedicada al tráfico de estupefacientes. Con base en la investigación por el lapso de este tiempo se ordenó la captura de mi cliente-que en todo ese momento se desempeñaba como miembro activo de la Policía Nacional – sindicado por los siguientes delitos: tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, concierto para delinquir, lavado de activos, testaferrato, enriquecimiento ilícito de particular y cohecho. Pero en todo el proceso investigativo o instructivo solo se mantuvo el punible de cohecho.*

*OCTAVO.- Mi cliente fue capturado el 29 de octubre de 2001, para dar cumplimiento a la medida de aseguramiento impuesta, consistente en detención preventiva por la presunta comisión de los hechos anteriormente descritos. En este sentido, se puede deducir con grado de certeza de que mi cliente permaneció privado injustamente de la libertad por el lapso de seis meses seis días.*

*NOVENO.- Dentro de la investigación adelantada la Fiscalía 153 Penal Militar delegada ante el Juzgado 151 de primera instancia seccional Atlántico, se dispuso a calificar el sumario, indicando entre otras cosas, las siguientes, así: "en este orden de ideas esta Fiscalía considera que no existe prueba alguna que demuestre suficientemente establecida la circunstancia de ocurrencia del hecho, no hay medio probatorio que nos conlleve a la convicción o certeza que el hecho ocurrió como le fue endilgado por la justicia ordinaria..."*

*DÉCIMO.- En virtud de la providencia de fecha 30 de junio de 2006, la cual fue señalada en la parte anterior, se puede informar que esta Fiscalía profirió la cesación del procedimiento a favor del señor AG. MENA ARRIAGA JESÚS WESSY.*

*DÉCIMO PRIMERO.- La providencia indicada en los hechos anteriormente descritos, fue en grado jurisdiccional de consulta ante la Fiscalía Cuarta ante el Tribunal Superior Militar, la cual dentro de su liberalidad decidió lo siguiente: "Confirmar la decisión adoptada por la Fiscalía 153 penal militar ante el Juzgado de primera instancia Seccional Atlántico y Bolívar, del treinta de junio de 2004, mediante la cual dispuso la cesación del procedimiento, a favor del AG. MENA ARRIAGA JESUS WESSY, por el punible de COHECHO PROPIO.*

*DÉCIMO SEGUNDO.- Mi cliente fue retirado del servicio, mediante Resolución N° 04097 de fecha 19 de noviembre de 2001, en donde se resuelve retirar del servicio de la Policía Nacional, por llamamiento a calificar servicios a mi cliente." (SIC)*

## **V- PRETENSIONES**

Textualmente son las siguientes:

*"PRIMERO.- Que se declare que la Nación – Ministerio de la Defensa Nacional, representada legalmente para el caso en concreto por el Dr. Juan Manuel Santos Calderón o quien haga sus veces al momento de la notificación de la presente demanda, la Policía Nacional, representada legalmente por el General de la República Oscar Naranjo, o quien haga sus veces al momento de la notificación y la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, representada legalmente por Mario Iguaran Arana son administrativa y extracontractualmente responsables por el daño, traducido en perjuicios morales causados al señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, a su cónyuge VICTORIA DE JESÚS DE AVILA DIAZ, y a sus hijos WENDY MENA DE AVILA, WESSY DE JESÚS MENA DE AVILA y BIJELIC DE JESÚS MENA DE AVILA, por falta o falla en el servicio en la administración de justicia (ordinaria y Penal Militar), derivada de la injusta privación de la libertad de que fue objeto el señor JESUS WESSY MENA ARRIAGA en su calidad de agente de la Policía Nacional, consistente en la vinculación a una investigación penal y posterior penal militar en donde se sindicó como autor del punible de COHECHO PROPIO, imponiéndole la medida de aseguramiento de detención preventiva, lo que por conteras acarrió una detención injusta, siendo que posteriormente fue aplicada la figura de la cesación del procedimiento.*

*SEGUNDO.- Que se condene a la Nación – Ministerio de la Defensa Nacional, a la Policía Nacional y Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, a pagar a título de perjuicios morales al señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, a su cónyuge VICTORIA DE JESÚS DE AVILA DIAZ y a sus hijos WENDY MENA DE AVILA, WESSY DE JESÚS MENA DE AVILA y BIJELIC DE JESÚS MENA DE AVILA, por falta o falla en el servicio de la administración de justicia ordinaria y penal militar que se materializó en la privación injusta de la libertad del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, el cual para la época de los hechos era miembro activo de la fuerza pública, cometida por la Fiscalía delegada ante los Jueces Penales del Circuito – Unidad Nacional de*

*Narcotráfico e Interdicción Marítima – Despacho UNAIM ONCE de la Fiscalía General de la Nación, Fiscalía 153 penal militar delegada ante el Juzgado 151 de primera instancia Seccional Atlántico y Bolívar y Fiscalía Cuarta ante el Tribunal Superior Militar.*

*TERCERA.- Que se declare que Nación – Ministerio de Defensa Nacional, a la Policía Nacional y Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, respectivamente, o quien haga sus veces al momento de la presentación de esta demanda, son patrimonial y extracontractualmente responsables a pagar solidariamente a título de reparación del daño ocasionado al señor JESÚS WESSY MENA ARRIGA, el cual para la época de los hechos era miembro activo de la Policía Nacional, a su cónyuge VICTORIA DE JESÚS DE AVILA DIAZ, y a sus hijos WEDY MENA DE AVILA, WESSY DE JESÚS MENA DE AVILA, y BIJELIC DE JESÚS MENA DE AVILA, por haber recibido perjuicios del orden moral, los cuales se estiman en aproximación a la suma superior a trescientos millones de pesos M/C (\$300.000.000.00).*

*CUARTA.- Que se condene en costas a los demandados, solicitud fundamentada en lo contenido en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998.” (SIC)*

## **VI. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

### **Contestación Nación – Rama Judicial (FI 211-218)**

El apoderado judicial de la Rama Judicial dentro de la oportunidad procesal contesta la demanda de la referencia, oponiéndose a cada una de las pretensiones por cuanto considera que no se reúnen los presupuestos de la privación injusta de la libertad, y por ende no existe responsabilidad patrimonial de la Rama Judicial o de alguno de sus agentes dado que dentro de los hechos que son fundamento fáctico de la reclamación de los presuntos perjuicios, existe ausencia total de relación causal entre la ocurrencia del hecho generador y el actuar de su poderdante.

Como petición principal solicita que se declaren las excepciones por este propuestas o aquellas que resulten probadas dentro del proceso. Como excepciones propone la de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de identidad entre la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial – existencia de capacidad para actuar en procesos judiciales de la Fiscalía General de la Nación.

Como subsidiarias, la negación de las pretensiones y la consecuencial condena en costas al demandante, declarando que su representada no tiene responsabilidad administrativa alguna en los hechos que dieron origen a este proceso. Que en caso de encontrarse probados los hechos que fundamentan esta demanda se exonere a la Rama Judicial y se condene a los demandados como entes autónomos susceptibles de ser demandados por sí mismos, y sean condenados al pago de perjuicios de acuerdo al grado de responsabilidad que se les demuestren en las resultas del proceso.

#### **Contestación Nación – Fiscalía General de la Nación (FL 227- 231)**

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.

#### **Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional (Fl 282-286)**

Dentro de la oportunidad procesal la apoderada del Ministerio de Defensa – Policía Nacional, se opone a todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda, aduciendo que la administración no puede responder por los hechos que exceden las predicciones reglamentarias o medios que están a su servicio, que por ende para

poder endilgar responsabilidad a esta se requiere probar la negligencia o culpa en la conducta omisiva, adicionalmente aduce que se requiere se demuestre plenamente la entidad y extensión del daño material y moral para hacerse acreedor de una indemnización.

Propone como excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda por falta de requisitos sustantivos y procesales e insuficiencia de poder e indebida representación de la parte actora.

## VII. ALEGATOS DE CONCLUSION

### **Parte demandante:**

La parte demandante presento alegatos de conclusión mediante escrito visible a folio 361 a 365 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:** No presento alegatos en esta instancia

**- Rama Judicial:** No presento alegatos de conclusión en esta instancia.

**- Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional:** alega la apoderada judicial de la Policía Nacional que la Justicia Penal Militar no hace parte de la Policía Nacional, ni mucho menos la Policía por orden constitucional puede decretar u ordenar capturas, ni mas faltaba violar un derecho tan fundamental como es la libertad, pues considera que si bien es cierto la Policía captura en flagrancia o por orden judicial, entonces no podria ser objeto activo en la comisión de este daño pues no estaba ni tampoco hoy definir situación jurídica a algún indiciado.

En consecuencia solicita que sean negadas las pretensiones de la demanda, de la misma manera que fue expuesto en el escrito de contestación de la demanda.

#### VIII. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de fecha 29 de enero de 2010. (Folio 200-206)
- El Proceso fue fijado en lista el 18 de junio de 2010.
- Mediante providencia de fecha 18 de marzo de 2011, se abrió a pruebas el presente proceso (folio 298-299)
- Mediante auto de fecha 20 de agosto de 2013 se cerró el periodo probatorio y en consecuencia se dio traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público (Folio 355)
- 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:

*"La imputación realizada a la Fiscalía es a todas luces correcta, pues una vez examinada la evolución jurisprudencial del consejo de Estado con relación al tema de la privación injusta de la libertad encontramos que el Sub-examine se encuentra ajustado al régimen de daño antijurídico fundamentado en el artículo 90 Constitucional y en razón del cual es procedente la indemnización del daño ocasionado por la administración.*

*En lo respecta a la responsabilidad que se quiere endilgar a la rama Judicial y a la Policía Nacional no la encuentra esta Procuraduría procedente, por cuanto sus Agentes o Funcionarios no se vieron involucrados en los hechos generadores del daño." (SIC)*

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

En el presente caso considera la Sala que la acción fue iniciada oportunamente, por cuanto la providencia proferida por la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar – Fiscalía Cuarta ante Tribunal Superior Militar, que resolvió el grado jurisdiccional de consulta, confirmando la decisión adoptada por la Fiscalía 153 Penal Militar delegada ante el Juzgado 151 de 1ª instancia Seccional Atlántico y Bolívar y que resuelve cesar el procedimiento a favor del demandante fue proferida el día 22 de junio de 2005 notificada mediante edicto fijado el día 29 de junio del mismo año por el término de 5 días concluyéndose el edicto el 5 de agosto de 2005 y la demanda se interpuso el día 27 de junio de 2007, tal y como consta en el recibido de la demanda visible a folio 16. .

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 – Ministerio de Defensa- Policía Nacional -Fiscalía General de la Nación – Rama Judicial, de la totalidad de los daños y perjuicios morales y materiales que le han sido ocasionados a los demandantes, por la presunta privación injusta de la libertad, de que dice fue objeto el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, ocurrida por orden de la Fiscalía General de la Nación, quien fue capturado por ordenes de la Fiscalía Especializada Despacho 29, mediante boleta de detención de fecha 03 de noviembre de 2001, en razón al presunto delito de Narcotráfico y boleta de detención del 03 abril de 2002 expedida por el Fiscal 44 UNAIM por el delito de Cohecho Propio, el actor fue recluido en la Cárcel para Miembros de la Policía Nacional de Facatativa, siendo puesto en libertad provisional el 07 de mayo de 2002, tal como lo dispone providencia de fecha 2 de abril de 2002, emanada de la Fiscalía delegada ante los Jueces Penales del circuito – Unidad Nacional de Narcotráfico e Interdicción Marítima – Despacho UNAIN once, todo esto tal como consta en la certificación expedida por el INPEC (FL 353). El demandante fue puesto en libertad luego de que se decretará por el ente investigador la cesación de la investigación penal, esto mediante la providencia de fecha 2 de abril de 2002, emanada de la Fiscalía 153 penal militar delegada ante el Juzgado 151 de 1º instancia seccional Atlántico y Bolívar, y luego confirmada mediante providencia de fecha 22 de junio de 2005, por la Fiscalía Cuarta ante el Tribunal Superior Militar en el grado jurisdiccional de consulta como quiera que no existían elementos probatorios suficientes para continuar con la imputación.

## **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 a los demandantes con ocasión de la privación de la

libertad acaecida en la persona de JESUS WESSY MENA ARRIAGA por la Fiscalía Delegada ante los jueces penales del circuito – Unidad Nacional de narcotráfico e interdicción Marítima – Despacho UNAIN once de Bogotá y por la Fiscalía Especializada ,teniendo en cuenta que el investigado le fue cesada la investigación por no encontrar los suficientes elementos probatorios para acusarlo.

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 Corporación<sup>1</sup> 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 414<sup>2</sup> del Código de Procedimiento Penal, ha quedado explicada en los siguientes términos por el Consejo de Estado:

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia de 12 de diciembre de 2005 Expediente 13558 Consejero Ponente Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

<sup>2</sup> ARTÍCULO 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.*

*“Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres únicos supuestos (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) que, probados, daban lugar a 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.”<sup>3</sup>*

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:

<sup>3</sup> Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2007. Expediente 15498. Consejero Ponente Dr. ENRIQUE GIL BÓTERO.

*"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."<sup>4</sup>(Subrayado fuera texto)*

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

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

*"Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera*

---

<sup>4</sup>Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de junio de 2005, C P RUTH STELLA CORREA PALACIO, Expediente 14740.

*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 ius puniendi. 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 absolutorio<sup>5</sup>. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado.<sup>6</sup> (Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

*El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo —siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa —como en el sub lite— una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad<sup>7</sup>.”*

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:

<sup>5</sup>Nota 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 11754, 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*.

<sup>6</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 2000, . Consejero ponente Dr. Alirio Eduardo Hernández Enríquez, actor Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros, Radicación 11601

<sup>7</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Expediente 13168, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

*“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 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.”<sup>16</sup>*

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 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***

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CPMauncio Fajardo Gómez, Radicación 25506

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 absolución de la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño antijurídico al Estado desde la perspectiva**

*objetiva y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De otra parte, la preclusión de la investigación respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijuricidad, no quiere significar que los hechos no se hubieran encontrado tipificados y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; por consiguiente, esta última absolución, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de 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 Corporación<sup>9</sup>.*

*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 reo<sup>10</sup> -strictu sensu-, de conformidad con los planteamientos contenidos en*

<sup>9</sup>Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13 168, M.P. Mauricio Fajardo Gomez

<sup>10</sup>La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos, por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias... La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea

*las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)<sup>11</sup> y 15.463 (2007)<sup>12</sup>, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, si haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.*

*En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la "duda se resuelve a favor del procesado", se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado -<sup>13</sup>, 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.*

---

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

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>13</sup> "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del in dubio pro reo, contra la primera." Ibid. Pág. 151- 152

las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)<sup>11</sup> y 154 (2007)<sup>12</sup>, el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar si en el aparato jurisdiccional ordinario penal, si haya aplicado efectivamente la 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 sindicado o acusado –<sup>13</sup>, manejó una duda razonable que le impidió llegar a una plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible

iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de las pruebas 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.

---

castigado viene garantizada por el principio del *in dubio pro reo*. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y especiales. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario, es necesaria la prueba de culpabilidad, no de inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la ausencia de culpabilidad. 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.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Maucio Fajardo Gómez.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Maucio Fajardo Gómez.

<sup>13</sup> "Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del *in dubio pro reo*, contra la primera." *Ibid.* Pág. 151- 152.

Alto es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia...  
...toria, 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  
arbitraria<sup>14</sup>.

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

v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por  
privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los  
cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *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”

---

Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta, pero  
na 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

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 que<sup>15</sup>:

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

*La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, ya a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un acto antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración pública. 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"><sup>16</sup>.*

<sup>15</sup>CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA -SUBSECCION C-Consejero ponente: JORGE ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- (30) de marzo de dos mil once (2011)-Radicación número: 66001-23-31-000-2004-00774-01(3323)-Demandante: ASDRUBAL CARDENAS MUÑOZ Y OTROS-Demandado: NACION-RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Referencia: 477-2009-00256-00-REPARACION DIRECTA-SENTENCIA

<sup>16</sup>Corte 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.

*"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"*<sup>17</sup>.

- *La detención preventiva "es una medida cautelar, no punitiva"*<sup>18</sup>.
- *En un "Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia".*<sup>19</sup>

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 y 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,*

<sup>17</sup>Corte 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.

<sup>18</sup>Corte 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.

<sup>19</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109.

*el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia”<sup>20</sup>.*

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

*La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”<sup>21</sup>.*

*“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra su 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...”<sup>22</sup>. 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 molesto 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.

<sup>20</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993

<sup>21</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 1996

<sup>22</sup>Corte Constitucional, Sentencia C-834 de 2000

persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber fianza, 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 ejecutiva<sup>45</sup>. 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 haber una 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:*

*Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento se 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.*

*Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su ausencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva<sup>48</sup>.*

*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 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 del 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.**<sup>23</sup> (negrillas 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 autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, y como certeramente lo anota

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No 18 860 C.P. ENRIQUE GIL BOTERO

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 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 el 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 toma 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 consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.<sup>24</sup>

### 3. 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 Cesación del procedimiento penal en contra del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, se hizo dado que no existían elementos probatorios suficientes para continuar con el procedimiento, es decir, no existía el convencimiento del ente de la culpabilidad del hoy demandante.

En ese sentido, debe precisarse que el marco normativo para la declaratoria de responsabilidad por la privación injusta de la libertad del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, 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

---

CONSEJO 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 (21 853). Actor JOAQUÍN CASTRÓ SOLÍS Y OTROS Demandado. NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Asunto Acción de reparación directa

que la conducta era atípica, y también la absolución por duda (pronunciadas 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 a los particulares demandantes 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 y arribadas al proceso.

7.1 Certificación proferida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, en donde consta el tiempo de reclusión del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario para miembros de la Policía Nacional de Facatativá. (FL 353)

7.2 Registro Civil de Nacimiento de Bijelic de Jesús Mena de Avila (FL 22)

7.3 Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor Jesús Wessy Mena Arriaga (FI 23)

7.4 Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora Victoria de Jesús de Avila (FI 24)

7.5 Copia de la Tarjeta de Identidad del menor Wendy Mena de Avila. (FI 25)

7.6 Copia del certificado de registro Civil de nacimiento de Wendy Mena de Avila (FL 26)

7.7 Registro Civil de Nacimiento de Wessy de Jesús Mena de Avila (FL 28)

7.8 Copia de la providencia de fecha 2 de abril de 2002, mediante la cual la Fiscalía General de la Nación, ante los Jueces Penales del Circuito – Unidad Nacional de Narcotráfico e Jurisdicción Marítima – Despacho UNAIN once. (FL 232-280)

7.9 Testimonios de los señores ANTONIO CLARET HERRERA RIOS, JUVENTINA VILORIA SAN MARTIN, JAIME RUIZ BATISTA (FI 358-360)

7.10 Copia remitida por el Ministerio de Defensa – Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar, de la providencia de fecha 30 de junio de 2004, mediante la cual se declaró la cesación del procedimiento penal seguido en contra del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA (FL 326 – 335)

7.11 Copia de la providencia de fecha 22 de junio de 2005, proferida por la Dirección Ejecutiva Justicia Penal Militar – Fiscalía Cuarta ante el Tribunal Superior Militar, mediante la cual en grado de consulta confirman la decisión el cesar el proceso penal seguido en contra del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, proferida por Fiscalía Penal Militar ante los Juzgados de Primera instancia Seccional Atlántico y Bolívar. (FL 88-93)

7.12 Edicto N° 902 fijado por el Secretario de las Fiscalías penales militares ante el Tribunal Superior, notifica la providencia de fecha 22 de junio de 2005, que confirmo la cesación del proceso penal seguido en contra del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA (FI 96)

**8. El daño antijurídico:**

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, según la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991<sup>25</sup> hasta la época<sup>26</sup>,

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Urbe Acosta, expediente 6454

<sup>26</sup> 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



De los elementos probatorios que yacen en el expediente se puede corroborar que el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, fue objeto del proceso penal referenciado, con ocasión de la investigación adelantada por funcionarios del DAS, quienes informaron en conocimiento de los presuntos delitos a la Fiscalía, yace en el expediente la privación del tiempo de reclusión en el establecimiento penitenciario para miembros de la Policía Nacional de Facatativa, así como las providencias que cesaron el proceso seguido en contra de este, es decir que está demostrado en el proceso que el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, demandante dentro del presente asunto, efectivamente estuvo privado de la libertad.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que está suficientemente acreditado que el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, estuvo sujeto por orden de la Fiscalía Especializada Despacho 29 en principio, y luego por las Fiscalías Delegadas ante la Justicia Penal Militar, a la privación de su libertad, estando recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario para miembros de la Policía Nacional de Facatativa desde el 6 de noviembre de 2001 hasta el 7 de mayo de 2002, por un periodo de 6 meses y 1 día.

Así las cosas, se comprueba la causación de un daño antijurídico contra la demandante, consistente en la privación de la libertad del señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, la cual se tomó en injusta, por cuanto fue cesada la investigación en su contra, como quiera que no existían elementos probatorios para continuar con tal situación y que afectarían su principio 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, los afectados tienen derecho a que se le reparen los perjuicios causados.

#### **De la Imputación de responsabilidad**

La responsabilidad 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 sentencia<sup>29</sup>:

“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, como al MINISTERIO DE DEFENSA, pues por ordenes de estos el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA fue privado de la libertad, en inicio por ordenes de la Fiscalía General y posteriormente por ordenes de la Fiscalías ante los Juzgados Penales Militares, esto últimos adscritos al Ministerio de Defensa Nacional.

---

<sup>29</sup> Cfr. 11 de mayo de 2006, radicación 15626.

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, esto por Funcionarios del DAS quienes adelantaron las labores de investigación y pusieron en conocimiento la noticia criminal, los precitados medios de pruebas fueron valorados por la Fiscalía siguiendo los postulados de la ley de procedimiento penal, 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 JESÚS WESSY MENA ARRIAGA en la comisión del hecho punible investigado, sin embargo todo concluyó con la Cesación del proceso penal del investigado.

En la demanda el apoderado dirige las pretensiones también en contra de la Rama Judicial, y si bien la Fiscalía hace parte de la Rama Judicial, también lo es que esta entidad goza de autonomía administrativa y presupuestal, y de conformidad con lo establecido en el artículo 249 de la Constitución, esta entidad cuenta con autonomía administrativa y presupuestal para responder por las condenas que se impongan por responsabilidad en su actuar, como es del caso, por ello dentro del presente asunto la entidad llamada a reparar el daño es la Fiscalía General de la Nación, y el Ministerio de Defensa por ello se concluye que en el presente asunto prospera la excepción propuesta por la demandada de falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que quedo suficientemente demostrado que estos no son los llamados a responder.

De igual manera la Policía Nacional fue objeto de la presente demanda, sin embargo y como bien se ha concluido no es sobre estos que recae el deber de reparar, dado que su actuar no tuvo injerencia alguna en la decisión de ser privado de la libertad al señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, siendo este un funcionario de esta entidad, pero no ejerció ninguna actuación que pueda ser imputada en este proceso. Por tal motivo se recibe la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa con respecto de esta entidad y así se resolverá en esta providencia.

## 10. De los perjuicios:

En la demanda se pidió el reconocimiento y pago de los perjuicios morales

### 10.1. 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 su reciente pronunciamiento expresó lo siguiente:

*"De manera reiterada, la Corte Constitucional y esta Corporación han reconocido que después de la vida, la libertad constituye el más importante de los derechos fundamentales de las personas<sup>30</sup>. La Sala con apoyo en la doctrina ha destacado el elevadísimo valor que tiene para el ser humano gozar de su libertad. Ha expresado que "Después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular el individuo...La garantía de la libertad es, a no dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho"<sup>31</sup>.*

*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<sup>32</sup>. Y se ha concluido que "cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda,*

<sup>30</sup>Ver, 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.

<sup>31</sup> Sentencia de 6 de marzo de 2006, exp. 13.168.

<sup>32</sup> Sentencia de 6 de marzo de 2008, exp. 16.075.

*la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precia de ser justa y democrática*<sup>33</sup>.

*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*<sup>34</sup>.

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

*En síntesis, sin lugar a dudas, la privación de la libertad produce dolor moral a quien sufre esa limitación, por tratarse de la pérdida de uno de los derechos más relevantes para el desarrollo integral de la persona, porque esa limitación representa la restricción de otros derechos fundamentales y de otros intereses porque implica una ruptura en el proyecto de vida de cualquier ser humano.*<sup>35</sup>

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.

<sup>33</sup> Sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 13.188. Una amplia exposición doctrinaria sobre ese derecho puede verse en sentencias de 14 de abril de 2010, exp. 18.960.

<sup>34</sup> Ver, por ejemplo, sentencias de 7 de diciembre de 2004, exps. 13.481 y 14.676.

<sup>35</sup> CONSEJO 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

Ha dicho:

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

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

*"A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél."<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de marzo de 2002, radicación 16932. Subrayado añadido.*

<sup>36</sup> Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en "Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas" 2ª ed., Edit. Civitas, Madrid, 2000, pág. 130.

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

Se pone de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en casos de detención en establecimientos carcelarios se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la víctima directa del daño, por la privación de la libertad<sup>37</sup>, de la misma manera que se presume dicho dolor respecto de sus seres queridos, conforme a las reglas de la experiencia, tal como la Sala lo ha reconocido en otras oportunidades<sup>38</sup>. Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de julio de 2009, Radicación 16932. Subrayado añadido.

La presunción del daño moral en los familiares de una persona, opera hasta el segundo grado de afinidad y el primero civil, sean ascendientes, descendientes o colaterales. Así lo estableció el Consejo de Estado en providencia de 17 de julio de 1992, expediente número 6750<sup>39</sup>.

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

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

<sup>37</sup> Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. 12 076

<sup>38</sup> Sentencia de 20 de febrero de 2 008, expediente 15 980.

<sup>39</sup> Reiterada en sentencia de 30 de agosto de 2007 Expediente 15 724, actor: Oswaldo Pérez Barros. En igual sentido ver, entre otras, Sentencia de once (11) de agosto de dosmil diez (2010), Radicación número. 25000-23-26-000-1996-02533-01(18894) Actor NICOLÁS PADILLA MENDOZA Y OTROS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y

aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido *lo anormal* y de requerir la prueba de *lo anormal*. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista la fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de alguno de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por ser excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien." Subrayado añadido.

Y sobre la tasación fijó lo siguiente:

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

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

Y más adelante expuso:

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

Indican tales criterios, que los perjuicios morales se presumen respecto del directo afectado o privado injustamente de la libertad, y respecto de sus familiares más cercanos, según las suficientes reglas que sobre el punto ha decantado la misma jurisprudencia. La tasación del monto que se reconoce por perjuicio moral, es de carácter compensatoria, y se hace por parte del juez, teniendo en cuenta, en términos generales, la intensidad del perjuicio<sup>40</sup>, siendo que para la mayor intensidad se hace el monto máximo de 100 SMLM<sup>41</sup>.

<sup>40</sup>Al 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

Para el *sub examine*, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar de el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA 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 6 meses y 1 día, y que al final fue cesada la investigación en su contra, estaba sujeto el demandante no solo a la angustia de la privación de su libertad si no a un descrédito 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 sobre la tasación de dicho perjuicio Estado mediante providencia de fecha 28 de agosto de 2013, Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero Radicación N° 000-1996-00659-01 la cual unificó lo concerniente a los perjuicios por privación injusta de libertad 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 moral, angustia y aflicción a las personas que por esas circunstancias hubieren visto

---

ya decididos, etcétera. Cfr. 20 de febrero de 2008, radicado 15980, Sección Tercera, Consejo de Estado.

<sup>41</sup> Por regla general, la mayor intensidad se aprecia por la muerte de una persona.

afectada o limitada su libertad<sup>42</sup>; 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 oportunidades<sup>43</sup>, 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 libertad<sup>44</sup>.

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.

<sup>42</sup> Entre otras, sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 12076, M.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>43</sup> Cf. Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 15980, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>44</sup> 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. 23998, 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 suficientemente 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 **70 SMMLV**, como quiera la privación supera los 6 meses pero no es mayor de 9 meses.

En lo que atañe a las víctimas indirectas, por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA, por lo que la indemnización será inferior,

posición que ha sido asumida por esta Sala de decisión así:

Respecto de sus esposa e hijos la Sala observa lo siguiente, respecto a la primera es decir a la señora VICTORIA DE JESÚS DE ÁVILA DÍAZ, no fue aportado el registro civil de matrimonio o de constitución de la unión marital, sin embargo en los registros civiles de los menores la señora VICTORIA DE JESÚS DE AVILA DIAZ, figura como madre de los mismos, y de los testimonios recogidos por este Tribunal, se infiere que convivían con la madre de sus hijos, razón por la cual y aplicando la sana crítica y los indicios esta Sala reconocerá la afectación moral como compañera permanente del demandante. Pues bien como se ha dicho de dicha unión se tiene como hijos de ambos a los menores WENDY MENA DE AVILA, WESSY DE JESÚS MENA DE AVILA y BIJELIC DE JESÚS MENA DE AVILA, tal como consta en los registros civiles aportados.

Para tales efectos la Sala le concederá como perjuicios morales un total de **35 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos a la esposa y a sus hijos**, atendiendo para ello la proporción antes referida en lo afín a su grado, dado que los mismo no resultan ser víctimas directas de la privación de la libertad.

## DECISIÓN

Se declarará responsable a la Nación– FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y al MINISTERIO DE DEFENSA por los perjuicios causados a los demandantes por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA , 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. DECLÁRAR PROBADA** la excepción de **FALTA DE LEGITIMIDAD POR PASIVA** con respecto de la RAMA JUDICIAL y la POLICIA NACIONAL por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLARAR** administrativamente responsable a la Nación– Fiscalía General de la Nación y al Ministerio de Defensa, por los perjuicios ocasionados a los demandantes con la privación injusta de la libertad que hizo padecer al señor JESÚS WESSY MENA ARRIAGA.

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

❖ **Por concepto de perjuicios morales:**

La suma de **70** salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de **JESUS WESSY MENA ARRIAGA**.

La suma de **(35) SMLMV** a favor de **cada una** de las siguientes personas:

- VICTORIA DE JESÚS DE AVILA DIAZ (Esposa)
- WENDY MENA DE AVILA (Hija)
- WESSY DE JESÚS MENA DE AVILA (Hija)
- BIJELIC DE JESUS MENA DE AVILA (Hijo)

**CUARTO.** Negar las demás pretensiones de la demanda

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

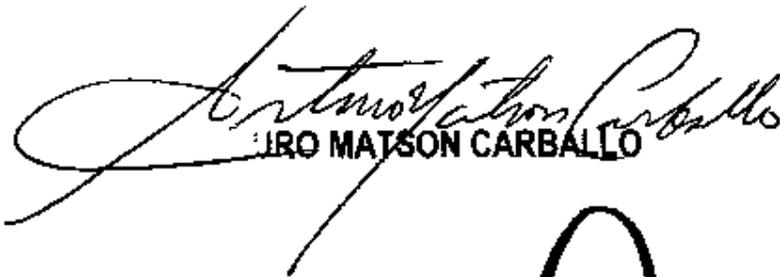
**SEXTO:** Sin costas por no haber constancia de actuaciones temerarias o con mala fe.

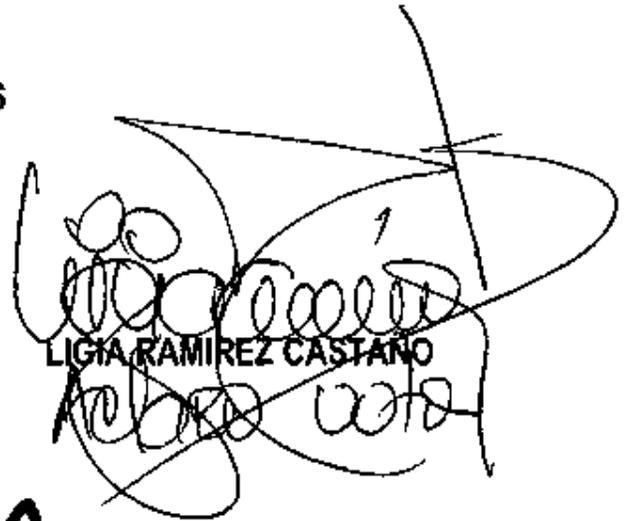
**PRIMO:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
JAIRO MATSON CARBALLO

  
LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

  
JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0110  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION CONTRACTUAL</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: ASESORIAS MEJIA Y GOMEZ &amp; CIA S.EN.C EN LIQUIDACION</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-001-2009-00099-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-**

**Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo**

**SENTENCIA No. 342/2013**

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

*TEMA: Liquidación judicial de contrato de arrendamiento- Caducidad de la acción*

**I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES  
Radicación: No.13- 001-33-31-001-2009-00099-01

**II. PARTES**

Demandante: ASESORIAS MEJÍA Y GÓMEZ & CIA S EN C. EN LIQUIDACIÓN

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

**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 veintidós (22) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena Indias, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción y negaron las pretensiones de la demanda.

#### **IV. ANTECEDENTES**

##### **A.- HECHOS**

Los hechos narrados por la parte actora, se sintetizan de la siguiente manera:

Entre la sociedad ASESORÍAS MEJÍA Y GÓMEZ & CIA S. EN. C. EN LIQUIDACIÓN y el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS se suscribió un contrato de arrendamiento, contenido en el documento No. 7-001186 de 28 de abril de 2003, publicado en Gaceta Distrital No. 034 de mayo 7 de 2003, para el funcionamiento de la Institución Educativa Rafael Núñez, que iniciaría el 2 de febrero de 2003; lo anterior se celebró previo el cumplimiento de los requisitos generales de la contratación estatal consagrados en la Ley 80 de 1993.

El contrato original, fue prorrogado hasta el año 2004, toda vez que la edificación donde funcionaba la institución educativa se encontraba en construcción y/o reparación, y no fue entregada dentro de la oportunidad prevista inicialmente.

Como valor total del contrato se estableció la suma de \$30.000.000.00 con cargo al certificado de disponibilidad presupuestal No. 001186 y como valor del canon la suma de \$5.000.000.00 previa certificación de la prestación del servicio.

El DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, sólo pagó la suma de \$20.000.000.00 el 26 de junio de 2003, muy a pesar que la entidad arrendadora presentaba las cuentas de cobro con el certificado expedido por el rector de cada una de las instituciones educativas, donde consta haber recibido el uso y goce de la parte del inmueble arrendado.

El contrato se prorrogó automáticamente hasta el mes de Diciembre de 2005, puesto que el inmueble fue abandonado el día 15 de dicho mes, cuando se encontraba en ejecución la prórroga de 21 de octubre de 2005 hasta el 26 de enero de 2006. Por lo

tanto, al no informar al DISTRITO, sobre su intención de no prorrogar nuevamente, el contrato se extendió hasta el 2 de mayo de 2006.

La entidad arrendataria incumplió su obligación de reparar los daños causados a las sillas escolares, baños, abanicos de techo, pintura de muros y paredes.

La entidad arrendadora, solicitó en enero 30 de 2004, realizar cruce de cuentas con obligaciones de impuesto predial unificado que ésta debe al DISTRITO.

En varias ocasiones se presentaron derechos de petición al DISTRITO a fin de lograr solucionar la situación, pero ello no fue posible.

Para la parte demandante, el DISTRITO no cumplió con la obligación de liquidar el contrato de arrendamiento, ni tampoco lo dio por terminado, generando un enriquecimiento sin causa a favor del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS y empobrecimiento de la parte actora.

La mora en el pago, le ha generado perjuicios a la parte demandante.

## **B.- PRETENSIONES**

Lo pretendido por la parte actora, se concreta en lo siguiente:

Que se declare que entre las partes existió un contrato original de arrendamiento, siendo ASESORÍAS MEJÍA Y GÓMEZ Y CIA S. EN C. EN LIQUIDACIÓN la arrendadora y el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, el arrendatario; contenido en documento No. 7-001186 de 28 de abril de 2003; regido por la Ley 80 de 1993, Dto. 2170 de 2002 y por las normas de derecho privado, y demás disposiciones vigentes sobre la materia, pactado por 3 meses y 5 días, conforme la cláusula cuarta del contrato.

Que se declare que dicho contrato, por consentimiento de las partes extendió su vigencia más allá del plazo inicial en virtud de las once prórrogas que tuvo, desde el 4 de agosto de 2003 hasta el 2 de mayo de 2006, por situación de urgente necesidad para el buen funcionamiento de las Instituciones Educativas Rafael Núñez y Antonia Santos.

Que se declare que el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, abandonó el inmueble el 15 de diciembre de 2005, incumpliendo el contrato de arriendo, que se encontraba en ejecución, por la prórroga que iba desde el 21 de octubre de 2005, hasta el 26 de enero de 2006, y que al no manifestar su decisión de no prorrogar el contrato, el mismo se extendió hasta el 2 de mayo de 2006.

Que se liquide judicialmente el contrato No. 7-001186 de abril 28 de 2003, y se declare que el contrato fue incumplido por el DISTRITO DE CARTAGENA, y que se adeudan los cánones desde abril 28 de 2003 a 2 de mayo de 2006; que el DISTRITO DE CARTAGENA, debe pagar el 10% de los cánones adeudados como cláusula penal pecuniaria, se declare la responsabilidad contractual directa del DISTRITO DE CARTAGENA, por la mora en el pago de las obligaciones dinerarias, y por la conducta de sus funcionarios al no cumplir el contrato.

Que se liquide judicialmente el contrato No. 7-001186 de abril 28 de 2003, y se declare que el contrato fue incumplido por el DISTRITO DE CARTAGENA, y que adeuda los cánones desde abril de 2003 a 2 de mayo de 2006; que el DISTRITO DE CARTAGENA, debe pagar el 10% de los cánones adeudados como cláusula penal pecuniaria; se declare la responsabilidad contractual directa del DISTRITO DE CARTAGENA, por la mora en el pago de las obligaciones dinerarias, y por la conducta de sus funcionarios al no cumplir el contrato.

Que se condene al DISTRITO DE CARTAGENA a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 a 178 del C.C.A.

Que se condene en costas, agencias en derecho y gastos del proceso.

Que se ordene judicialmente la terminación del contrato.

### **C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Constitución Política: Arts. 2, 6, 25, 83, 89, 90, 92, 124 y 333.

Ley 80 de 1993: Arts. 1, 2, 3, 4, 13, 23, 24 lit. e, 25 num 4 y 5, 26, 27, 41, 50, 55, 55, 75.

Ley 1150 de 2007: Art. 4 lit i.

D.R. 66 de enero 16 de 2008, Arts. 82 y 46.

Ley 446 de 1998 Arts 10, 11, 16, 32, 134B num.5.

Código Civil Arts. 1494, 1495, 1498, 1502, 1503, 1505, 1508, 1551, 1527, 1546, 1602, 1608, 1613, 1614, 1616, 1618, 1625, 1630, 2002, 2003, 2005, 2006, 2029, 2030.

C.C.A, Arts: 87, 132 num 5, 134 lit d., 136 lit d, 171, 176, 177, 178, 179.

C. de Co. Arts: 822, 824, 831, 870, 871, 884.

A juicio de la parte demandante, se han infringido las normas constitucionales por cuanto el DISTRITO DE CARTAGENA, estaba obligado a observar preceptos constitucionales señalados, que demarcan el ejercicio justo, imparcial y de buena fe del poder, y por tanto, la conducta omisiva y negligente de sus funcionarios que debían pagar la obligación contractual; su omisión va en contra de tales normas, en detrimento del fisco e infringiendo el desarrollo empresarial y la libertad económica.

En cuanto al Estatuto Contractual, y las norma modificatorias y reglamentarias, aduce que el DISTRITO al abstenerse del pago de los cánones de arrendamiento, no se fundó en ninguna de las causales del contrato ni de la preexistencia de las obligaciones cumplidas a cargo de la accionante. Y agrega, que el ente territorial no adoptó las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones económicas y financieras que le permitieran cumplir eficazmente con sus obligaciones contractuales.

El contrato de arrendamiento es bilateral, consensual, oneroso y de tracto sucesivo, y se debió acudir a lo reglado por el Art. 13 de la Ley 80 de 1993, según el cual los contrato que celebren las entidades se registrarán por las normas civiles o comerciales pertinentes, salvo en lo regulado por dicha ley. Para la parte demandante, no hay lugar a la caducidad, por cuanto ésta no incumplió con las obligaciones del contrato. Y afirma, que el DISTRITO nunca estuvo puesto a liquidar el contrato, de forma bilateral o unilateralmente.

Finalmente, sostiene que la infracción a las normas civiles y comerciales, se produce por cuanto el contrato es ley para las partes, y el DISTRITO DE CARTAGENA, sin fundamento alguno aduce la caducidad del contrato, omitiendo para ello el trámite establecido en la Ley 80 de 1993.

## **V.- LA DEFENSA**

### **ARGUMENTOS DE LA DEFENSA**

La entidad demandada DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS-, dentro de la oportunidad legal presentó escrito de contestación solicitando se negaran las súplicas de la demanda, y analizar los hechos aducidos en la demanda, señala entre varios aspectos, que el pago realizado por valor de \$20.000.000.00 fue revocado por la Administración al verificar la legalidad del mismo, por lo tanto debe tenerse como si no se hubiera realizado.

Como excepciones de fondo propone las siguientes: i) Improcedencia de la acción contractual para solicitar el pago de cánones de arrendamiento no cobijados por el contrato. Aduce que la prórroga automática no opera en los contrato estatales sin la disponibilidad presupuestal, registro presupuestal y demás requisitos de existencia y perfeccionamiento del contrato. Por lo que, después del 3 de agosto de 2003, no hubo contrato alguno, sino una vía de hecho, para lo cual la acción procedente correspondía a la reparación directa bajo la modalidad de acción *in rem verso*.

ii) Inexistencia del Contrato Estatal- Inexistencia de incumplimiento contractual: los contratos estatales son solemnes, por lo que al no contar por escrito las prórrogas, se entienden inexistentes las mismas.

iii) Caducidad de la acción contractual y de la acción *in rem verso*: con relación a la acción contractual sostiene que la misma debió instaurarse dentro de los 2 años siguientes al 4 de agosto de 2003, es decir hasta el 4 de agosto de 2005. Y para el cobro de los cánones de arrendamiento, estos debieron realizarse dentro de los 2 años siguientes, es decir que para los del año 2005, se tuvo hasta el año 2007. Por lo que la demanda interpuesta se encuentra fuera del término legal.

#### **VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.**

- La demanda fue presentada el 04 de noviembre de 2008.
- Por auto de fecha 12 de diciembre de 2010, se admitió la demanda en el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena Indias.
- Mediante auto del 27 de julio de 2012, se dio apertura al período probatorio.
- En auto del 27 de agosto 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 declaró la excepción de caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no existe documento alguno que de cuenta que con posterioridad al 3 de agosto de 2003, se hubiera celebrado un nuevo contrato de arrendamiento entre las partes. Asegura el *a quo*, que los documentos obrantes en el expediente demuestran que el ente territorial no tenía la intención de prorrogar el contrato, y que la prórroga tácita no puede tener lugar ya que la Ley 80 de 1993, exige que sea por escrito.

De otro lado, asegura que no pudo verificarse la existencia de una urgencia manifiesta, y a partir de ella lograr prescindirse de los requisitos establecido en el régimen de contratación estatal.

Señala la sentencia de primera instancia, que el contrato debía ser liquidado de mutuo acuerdo a más tardar a los cuatro meses de su terminación y en caso de no haberse logrado, la administración debía hacerlo de forma unilateral dentro de los dos meses siguientes.

Por lo anterior, si la vigencia del contrato era hasta el 3 de agosto de 2003, el mismo debía ser liquidado de mutuo acuerdo a más tardar el 3 de diciembre de 2003, o unilateralmente por la administración el 3 de febrero de 2003 (sic). Y a partir de la última fecha contar los dos años para la interposición de la acción correspondiente.

Finalmente, señala como contraargumento que si bien el Tribunal Administrativo, al conocer del recurso de apelación contra la providencia que rechazó la demanda por la caducidad de la acción, determinó que la misma no se encontraba caducada, se aparta de dicha posición, sosteniendo que la misma sólo es aplicable atendiendo el principio de *pro actione* (a favor del demandante), según el cual al existir una duda razonable sobre el análisis en sede de admisión de la demanda, sobre el acaecimiento o no de la caducidad de la acción, debe garantizarse el acceso a la justicia, y por tanto proceder a admitir la demanda.

Sin embargo, la protección de dicho principio no se convierte en obstáculo para realizar nuevamente un estudio sobre el punto teniendo en cuenta el acervo probatorio recaudado al momento de fallar.

## VII. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, la parte demandante recurre la sentencia de primera instancia sustentando su recurso, en el desconocimiento que hace el *a quo* de la

providencia del de fecha 8 de abril de 2010, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, revoca la decisión de rechazar la demanda por la caducidad de la acción, y considera que la acción si había sido interpuesta dentro del término legal para ello. Por tanto, no podía dirimir el tema ya resuelto so pretexto de interpretaciones no ciertas.

Para la parte recurrente, el contrato de arrendamiento es un contrato de tracto sucesivo y está sujeto a las prórrogas automáticas, por lo tanto para cada período prorrogado no se necesita contrato determinado, sino que con el primer contrato celebrado y en uso y posesión del arrendatario del objeto contractual, se está en la ejecución del contrato de arriendo.

#### **IX. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- Por auto del 14 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Mediante auto del 31 de julio de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.

#### **X.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO**

La agente del Ministerio público delegada ante esta Corporación, emitió concepto favorable a la concesión de las pretensiones de la demanda, al considerar que la acción fue interpuesta dentro de la oportunidad legal de los dos años al fracaso de las liquidaciones bilateral y unilateralmente correspondiente.

Así mismo, señala la Agencia del Ministerio Público que el contrato fue prorrogado tácitamente según las normas contempladas en el Código Civil y por tanto la oportunidad para demandar no correspondía al vencimiento del plazo inicialmente pactado, sino al vencimiento de la última prórroga del contrato.

## **XI. CONSIDERACIONES**

### **1.- COMPETENCIA.**

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

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

### **2.- SINTESIS DEL CASO**

Entre el Distrito de Cartagena de Indias y la sociedad ASESORÍAS MEJÍA Y GÓMEZ & CIA S. EN C., se celebró contrato de arrendamiento identificado con el número 7-001186 del 28 de abril de 2003, para un período de tres (3) meses y cinco (5) días.

Manifiesta que dicho contrato fue prorrogado durante once veces, por lo que solicita se declare que las partes por mutuo consentimiento extendieron la vigencia más allá del plazo inicial. De igual forma, sostiene que el contrato fue incumplido, puesto que la parte arrendataria no manifestó su intención de no prorrogar nuevamente el contrato. Y de lo anterior, solicita se condene al pago de la cláusula penal pecuniaria. Así como también solicita el pago de los cánones adeudados y de los perjuicios ocasionados.

Por su parte, la entidad demandada sostiene que si bien se realizó un contrato inicial, el mismo no fue prorrogado tácitamente, y que en dicho período lo que aconteció fue

una serie de vías de hecho que pudieron ser reclamadas por la vía de la acción de reparación directa y por no la acción contractual.

Por tanto, al no haber lugar a declarar la existencia de contrato alguno, tampoco hay lugar a declarar su incumplimiento.

A juicio del ente territorial, la acción impetrada de controversias contractuales y la que hubiere podido impetrar por la vía de la reparación directa se encuentran caducadas, en razón a ello no es posible conceder las pretensiones de la demanda.

El juez de primera instancia, luego de realizar un estudio a fondo del caso *sub examine*, considera que se encuentra caducada la presente acción, al no haberse presentada la demanda dentro de la oportunidad legal que consagrada el Art. 136 del C.C.A.

La parte recurrente, en desacuerdo del estudio expuesto en la sentencia de primera instancia, precisa que el contrato de arrendamiento No. 7-001186 fue prorrogado tácitamente durante once ocasiones y el último día correspondió al 2 de mayo de 2006. Por lo tanto, el término de caducidad de la acción, debía incluir los términos legales para llevar a cabo la liquidación de forma bilateral o unilateral del contrato, y el término que determina la ley para llevar a cabo la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad, para lo cual el último día correspondía al 6 de febrero de 2009 y la demanda se presentó el 4 de noviembre de 2008.

### **3. 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.

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.

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."*<sup>2</sup>

Al revisar los hechos que le sirven de fundamento en la presente acción de controversias contractuales, se observa que el contrato objeto de la presente controversia corresponde al número 7-001186 del 28 de abril de 2003, celebrado entre la parte demandante y ente territorial demandado.

Como bien se observa en dicho documento, el término de duración estipulado en el mismo, correspondía a tres (3) meses y cinco (5) días es decir hasta el **3 de agosto de 2003**.

---

<sup>2</sup>CONSEJO 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

Sin estipularse por tanto en el contrato, que el mismo pudiese ser prorrogado o renovado una vez vencido el término inicialmente pactado. Lo anterior indica que las partes no contemplaron la posibilidad de continuar vinculadas a la negocio jurídico primigenio una vez venciera el término de los tres meses y cinco días, lo cual permite concluir que una vez finalizado dicho término el contrato se terminaba.

Incluso, la entidad demandante aporta a folio 138 del plenario, documento –Otro sí- mediante el cual se establecía modificación al contrato originario, pero éste sólo fue firmado por la sociedad demandante, sin involucrar consentimiento expreso a cargo del ente territorial.

Quiere decir lo anterior, que no hubo prórrogas o renovaciones del contrato de arrendamiento No. 7-001186 celebrado entre el Distrito de Cartagena de Indias y la sociedad Asesorías Mejía y Gómez & CIA S. EN C. En Liquidación.

El Código Contencioso Administrativo establece en el artículo 136, numeral 10 literal d respecto a la Caducidad de las acciones, lo siguiente:

*“10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

*En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:*

*d) En los que **requieran de liquidación** y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar **dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar**;*

De acuerdo a la naturaleza del contrato de arrendamiento, éste se caracteriza por ser de tracto sucesivo, lo cual significa que las obligaciones contraídas se prolongan en el tiempo para ambas partes, pero ello no implica que éstas no tenga vencimiento final, ya que dicho término final corresponde a la **expiración** del plazo estipulado en la respectiva cláusula de duración del contrato.

De igual forma, el tener que prologarse en el tiempo configura la obligatoriedad de efectuar **liquidación** una vez haya vencido el término del mismo, para así lograr determinar dentro del contrato ejecutado el balance final o corte definitivo, se procedan a incoarse las respectivas reclamaciones y se declaren los respectivos paz y salvos de las entidades contratantes.

Sin embargo, en el caso objeto de estudio, se tiene que la parte demandante afirma haberse realizado sobre el contrato primigenio las respectivas prórrogas tácitas hasta el día 2 de mayo de 2006. Afirmación que se distancia diametralmente, de lo establecido por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado al precisar que en los contratos estatales es viable **mediante el acuerdo entre las partes** ampliar o prorrogar el plazo inicialmente estipulado, pero supedita que dicha prórroga se pacte **antes del vencimiento**. En sus palabras el Alto Tribunal ha sostenido:

*"Para definir si hubo o no prórroga del contrato de arrendamiento celebrado el 22 de abril de 1998, es necesario precisar el concepto de ese fenómeno jurídico y su aplicación en relación con el contrato de arrendamiento. **Los contratos, en principio, se deben ejecutar dentro del plazo pactado por los contratistas en el respectivo contrato. El plazo, según el artículo 1551 del Código Civil "... es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo"**.*

*Por regla general, el vencimiento del plazo estipulado es una de las causas de terminación del contrato. Sin embargo, en cuanto no está prohibido, el plazo estipulado en el contrato se puede **ampliar o prorrogar mediante acuerdo de las partes**. No*

*existe prohibición legal para la prórroga del plazo de los contratos estatales; por el contrario, con fundamento en el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, se puede concluir que está permitida, pues esa norma establece la regla general de la libertad en las estipulaciones.*

*De modo que de esa disposiciones se puede concluir que en los contratos estatales es posible la prórroga si la respectiva entidad considera que mediante esa figura se cumplen los fines estatales, conforme a lo indicado en los artículos 3º a 5º de la misma ley, y si las partes la consideran conveniente y necesaria y no resulta contraria a la Constitución, la ley, el orden público, los principios y finalidades de la misma ley y a los de la buena administración.*

*La prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes. En relación con los contratos estatales la jurisprudencia y la doctrina han coincidido en la posibilidad de su prórroga, aunque también en la **exigencia de que se pacte antes del vencimiento del plazo inicialmente establecido en el contrato.***

*Según el artículo 2008 del Código Civil, una de las formas de terminación del contrato de arrendamiento es el de la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo, esto es por vencimiento del plazo establecido y el artículo 2014 ibidem sienta la regla general de que no opera la renovación tácita del contrato de arrendamiento en el evento de la aparente aquiescencia del arrendador en la retención de la cosa por el arrendatario.*

*La indicada renovación tácita del contrato de arrendamiento da lugar a la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, aunque regulado por las cláusulas del contrato anterior, excepto en el plazo, el cual, se rige por lo señalado en la norma mencionada anteriormente. La renovación tácita no es una prórroga del contrato de arrendamiento, pues para que esta opere se requiere que el contrato anterior haya terminado por*

*cualquiera de las causas establecidas en la ley. En los contratos estatales, no es aceptable la renovación tácita*<sup>3</sup>.

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que para que operara la prórroga del contrato primigenio debió manifestarse tal hecho de común acuerdo por las partes y se debió realizar antes del vencimiento del término inicialmente pactado. De no haber ocurrido, nos encontramos ante la ausencia de una prórroga del contrato de arrendamiento, y por ende no es posible deprecar lo solicitado por la parte accionante, mediante la presente acción de controversias contractuales, ya que el término para interponer la demanda se encuentra ampliamente superado.

De lo anterior se tiene, que la solicitud de pago de los cánones de arrendamiento surtido dentro de la vigencia inicial del contrato **-28 de abril de 2003 al 3 de agosto de 2003-** debió incoarse teniendo en cuenta el vencimiento del término para **liquidar** en primer lugar de forma bilateral y en segundo lugar en forma unilateral por parte de la Administración, el contrato de arrendamiento No. 7-001186 del 28 de abril de 2003, una vez éste llegó a su término final.

La demanda debió presentarse dentro de los dos años posteriores al vencimiento de:

- i) Los cuatro meses posteriores a la terminación del contrato, una vez se surtiera en forma **Bilateral** la liquidación del mismo, esto es: 3 de diciembre de 2003.
- ii) En caso de no haberse efectuado la liquidación en forma bilateral, debió la Administración proceder a liquidarlo de forma **unilateral**, dentro de los dos meses siguientes al vencimiento de los 4 meses anteriores, esto correspondía al: **3 de febrero de 2004**.

La demanda debió presentarse a más tardar el **3 de febrero de 2006**.

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA Consejero ponente. DARIO QUIÑONES PINILLA Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil cinco (2005) Radicación número: 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171) Actor: JORGE ENRIQUE IBAÑEZ NAJAR Demandado: GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE NARIÑO

Sin embargo, como había sido posible demostrar por parte de la entidad demandante, que el inmueble sí había sido usufructuado por la Administración, debió presentar la demanda de reparación directa, al término de los dos años siguientes al acaecimiento del último hecho; que para la sociedad actora se generó el **15 de diciembre de 2005**, ya que en dicha fecha fue entregado el inmueble.

Así las cosas, la entidad demandante podía presentar su demanda hasta el **15 de diciembre de 2007**, a fin de lograr resarcir los perjuicios ocasionados a través de la *acción in rem verso*.

De esta forma, para la Sala no queda duda alguna que la acción contenciosa administrativa para reclamar la liquidación judicial del contrato de arrendamiento, declarar el incumplimiento del mismo y el pago de los perjuicios ocasionados, se encuentra caducada, no pudiendo la sociedad actora pretender que se revise el tema en instancia judicial, cuando las pretensiones no fueron presentadas en tiempo.

Por todo lo anterior esta Sala confirmará el fallo de primera instancia, ya que en este caso el *a quo* declaró probada la excepción de caducidad de la acción, encontrando esta Sala acertada tal decisión pues la entidad demandante contaba con dos fechas distintas para lograr la prosperidad de sus pretensiones, pero la demanda sólo fue presentada superando ampliamente el término de los 2 años establecidos en la ley para la interposición de la demanda de controversias contractuales.

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 veintidós (22) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena Indias dentro del proceso iniciado por la sociedad ASESORÍAS MEJÍA Y GÓMEZ & CIA S. EN C. EN LIQUIDACIÓN en contra del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, mediante la cual se declaró la caducidad de la acción y negaron las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

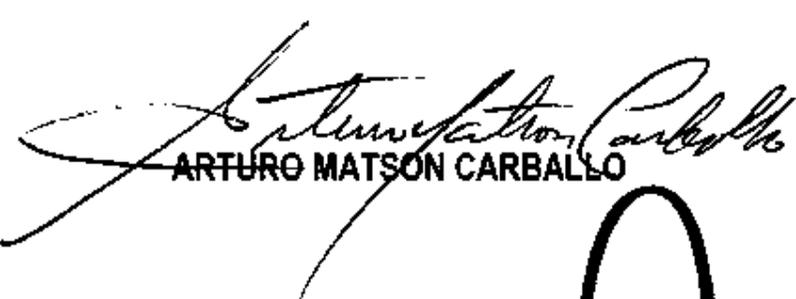
**SEGUNDO:** Sin conde en costas.

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

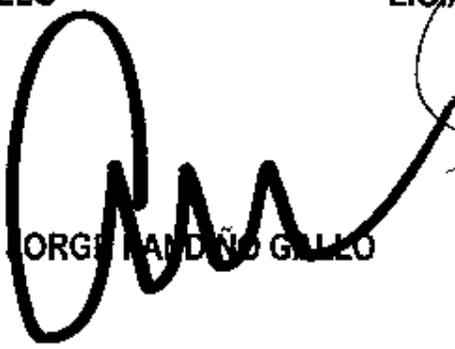
### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LIZA RAMÍREZ CASTAÑO

  
JORGE FERNANDO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0111  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: JUAN CARLOS CARCAMO GARCIA Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-FISCALIA GENERAL- RAMA JUDICIAL</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-004-2008-00291-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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. **347 / 2013**

Cartagena de Indias, D. T. y C., diez y seis (16) de Diciembre de dos mil trece (2013)

TEMA: falla del servicio por omisión al deber de protección y error jurisdiccional.

**I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO**

**REPARACIÓN DIRECTA.**

Radicación: No. 13 001 33 31 0042008-00291-00.

**II. PARTES**

**Demandante:** JUAN CARLOS CÁRCAMO GARCÍA y otros

**Demandado:** NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL -  
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, procede a emitir sentencia en primera instancia, dentro de la demanda de reparación directa interpuesta por JUAN CARLOS y NESTOR CARCAMO GARCIA, CRISTIAN CARCAMO ESCUDERO,

JULIO ALBERTO CARCAMO HERNANDEZ y MARGELIDA GARCIA MONTES,  
contra la NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL -  
MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL.

#### IV. ANTECEDENTES

##### A. LA DEMANDA

##### 1. PRETENSIONES

*"PRIMERA: La Fiscalía General de la Nación- el Ministerio de Defensa Nacional (Policía Nacional) y el Ministerio del Interior y de Justicia-Rama Judicial son responsables (sic) de los perjuicios materiales y morales causados a la familia del señor JULIO CARCAMO POLO y a sus hijos NIDIA CARCAMO GARCIA, JUAN CARLOS CARCAMO GARCIA, NESTOR CARCAMO GARCIA, CRISTIAN CARCAMO ESCUDERO, JULIO ALBERTO CARCAMO HERNANDEZ, JUAN CAMILO CARCAMO BLANCO, JULIANA CARCAMO BLANCO y a su compañera permanente MARGELIDA GARCIA MONTES, por falla o falta del servicio, del Ministerio de Defensa – Policía Nacional responsables de la seguridad de los ciudadanos y el control social en lo que se refiere a la delincuencia organizada que condujo a la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO y el Ministerio del Interior y Justicia - Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena por error jurisdiccional.*

*SEGUNDA: Condenar, en consecuencia, a la Nación colombiana (sic)-Ministerio de Defensa (Policía Nacional) y al Ministerio del Interior y de Justicia - Fiscalía General de la Nación a la reparación del daño ocasionado, a pagar a los actores o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden material y moral, subjetivos y objetivos, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS MILLONES DE PESOS MTCE (\$4.800.000.000) 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 de 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.”*

## **2. HECHOS RELEVANTES**

Fueron narrados por el accionante los siguientes:

*“PRIMERO: El día 29 de diciembre del año 2007 a eso de las 11: 30 de la mañana, dos sicarios pertenecientes a bandas organizadas criminales producto, del paramilitarismo que opera en la Costa Norte Colombiana, entraron al establecimiento comercial conocido como EL ESFUERZO CAMPESINO ubicado en la Avenida Pedro de Heredia Mercado de Bazurto de la ciudad de Cartagena y sin mediar palabra los hombres preguntaron por el nombre de la victima JULIO CARCAMO POLO, acto seguido procedieron a dispararle. Con antelación a estos hechos los comerciantes del Mercado de Bazurto entre ellos JULIO CARCAMO POLO venían solicitando a la comandancia general de la Policía Departamental de Bolívar hoy Policía Metropolitana de Cartagena, se ejerciera mayor vigilancia en el Mercado de Bazurto pues es conocida la presencia de grupos al margen de la Ley haciendo presencia en el Mercado de Bazurto dedicándose a la extorsión, boleteo, y por último a la realización de crímenes selectivos con el objeto de apropiarse del comercio de esta zona.*

*El día de los hechos un hijo de la victima NESTOR CARCAMO GARCIA decidió seguir a los sicarios que emprendieron la huida, logrando informar a un reten de la Policía que se encontraba realizando, revisión a automotores, sobre los hechos acaecidos minutos antes en el establecimiento Comercial de su padre.*

*SEGUNDO: En una acción oportuna y eficaz de la Policía los victimarios fueron perseguidos cruzando hacia la avenida Pedro de Heredia, con dirección a la subida de*

*la popa, sector Pro familia donde le impartieron la orden de pare en un carro blindado en el cual se movilizaban los sicarios, descendiendo en este momento los ocupantes del vehículo quienes dispararon contra los policías que realizaban el operativo, produciéndose entonces allí un cruce de disparos.*

*No obstante, el vehículo emprendió la huida tratando de evadir la acción policial, continuando con la persecución, donde fue visto que del interior del vehículo de placas RIE 186 de Rionegro, lanzaron un arma de fuego tipo pistola de color negro calibre 9 milímetros siendo recogida por una patrulla que integraban los señores CARLOS NAVARRO Y ALIN POCHECO, contando con tan mala suerte que el conductor del vehículo perdió el control colisionando con una casa ubicada en la calle nueva del barrio el espinal, descendiendo finalmente de este vehículo dos individuos de sexo masculino, los cuales huyeron hacia la Bomba de Gasolina ubicada frente al Castillo de San Felipe siendo capturado los señores MIGUEL GUZMAN RAMIREZ y BERNARDO BLANCO BERRIO los cuales fueron golpeados con objetos contundentes y pidiéndole a las autoridades misericordia de ellos.*

*TERCERO: Como consecuencia de lo anterior el abogado de la parte civil Dr. HUGO GUZMAN FONSECA interpuso recurso de reposición en subsidio de apelación, con el objeto de que se le dictara medida de aseguramiento al sicario coautor de los hechos MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, el Fiscal que resolvió la situación jurídica se incapacitó y conoció de ella el señor Fiscal VELEZ quien confirmó la calificación y concedió el recurso de apelación, conoció del recurso la Fiscalía seccional N° 4 delegado ante el Tribunal Superior, la Fiscal del conocimiento revocó parcialmente la medida de aseguramiento motivada en la ignorancia que existió por parte de la Fiscalía seccional N°42 y profirió medida de aseguramiento contra el señor MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, se causó un daño pues el vehículo blindado supuestamente de propiedad del sindicato MIGUEL GUZMAN RAMIREZ fue entregado junto con todos los accesorios lo cual se constituye en una falta grave pues el vehículo blindado es un bien mueble, que debió constituirse en un activo para garantizar los daños materiales causados a la familia de la víctima.*

*CUARTO: En consecuencia, el daño es decir, la muerte de la víctima, resulta casualmente relacionada con la falla de protección estatal, servicio policivo de vigilancia y prevención, la Policía Nacional, pues era de conocimiento la presencia de grupos ilegales en el sector comercial de Bazurto, luego la Fiscalía General de la Nación yerra al resolver la situación jurídica de los criminales haciendo entrega del vehículo y demás accesorios, cometiendo así un grave error jurisdiccional.*

*QUINTO: El señor JULIO CARCAMO POLO, al momento de ocurrir su fallecimiento, contaba con treinta (53) (sic) años cumplidos de edad. Laboraba en su propia empresa conocida como cristalería el Esfuerzo Campesino obteniendo ganancias*

*diarias netas superiores a \$4.000.000 CUATRO MILLONES DE PESOS MTCE, después de pago a proveedores e impuestos de carácter local y Nacional, pues este era el líder del negocio de la cristalería en toda la costa atlántica Colombiana.*

*SEXTO: La víctima hacia vida marital, en unión libre, con la señora MARGELIDA GARCIA MONTES, aproximadamente desde diez (27) años atrás, con notoriedad, continuidad y estabilidad.*

*SÉPTIMO: El occiso, con su compañera permanente, durante la convivencia y comunidad de hecho, engendraron tres hijos hoy mayores a los señores JUAN CARLOS, NESTOR y NIDIA CARCAMO GARCIA, engendró con la señora YENNI HERNANDEZ con la cual no mantenía vida marital al menor JULIO ALBERTO CARCAMO HERNANDEZ y con la señora JUANA ESCUDERO engendró a CRISTIAN CARCAMO ESCUDERO y con la señora NAIDIN BLANCO a los menores JUAN CAMILO CARCAMO y JULIANA CARCAMO BLANCO, los últimos citados hijos tienen 2 y 4 años. Velando por su familia como un padre y marido ejemplar, con responsabilidad y consagración.*

*OCTAVA: La víctima, dentro de sus posibilidades económicas, veía por la subsistencia de su compañera permanente y de los menores y demás hijos contribuía*

*con la suma de \$ 3.000.000 mensuales, de los cuales vivía, en forma digna y justa.*

*NOVENO: Para la subsistencia de su compañera permanente y de sus hijos contribuía con la suma de \$ 3.000.000 mensuales, de los cuales vivía, en forma digna y justa (sic).*

*DECIMO: Con la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO, tanto su compañera permanente, como sus dos (07) (sic) hijos sean visto perjudicados considerablemente, pues se ha lesionado sus intereses familiares con la falla de la administración que compromete su responsabilidad.*

*Por tanto, procede indemnización o reparación de los perjuicios materiales (daño directo – daño emergente y daño indirecto – lucro cesante) y morales (subjetivos o pretium doloris y objetivados), unos y otros actuales y futuros, que resultan de la irreparable pérdida de su compañero y padre, que los ha sumido en profundo dolor y aflicción.*

*DECIMO PRIMERO: La indemnización de los perjuicios causados (o resarcimiento de perjuicios) a favor de MARGELIDA GARCIA MONTES en su condición de compañera permanente y sus hijos, en su condición de hijos, legalmente representados por su señor JUAN CARLOS CARCAMO GARCIA, se determinara en el correspondiente acápite.*

*DECIMO SEGUNDO: Como se ha señalado en el libelo, y de acuerdo con la evolución del pensamiento jurídico, a la compañera permanente del extinto JULIO CARCAMO POLO le es pleno el derecho reclamado, pues, a 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 de la concepción de la 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 la legislación colombiana es evidente, por el avance jurídico del régimen de las prestaciones sociales, deduciéndose (sic) que por*

*el carácter de estable y continua de la relación nace la certeza del perjuicio y su consecuente indemnización.*

*DECIMO TERCERO: El señor JUAN CARLOS CARCAMO GARCIA, obrando en su nombre, y en representación de su madre y hermanos mayores y menores, me ha conferido poder especial para el ejercicio de la presente acción.*

### **3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional Arts. 2 y 90, y demás normas concordantes.

Como fundamento jurisprudencial cita la sentencia del Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, de fecha 26 de Noviembre del 1992. Mg. Ponente JULIO CESAR URIBE ACOSTA, falta de protección estatal, Servicio Polícivo de Vigilancia y Prevención.

Sentencia 20 de Abril del 2005; Falla del Servicio; Fallas de la Administración Pública derivada del error jurisdiccional.

## **B. LA CONTESTACION**

### **1) RAMA JUDICIAL**

En relación a los hechos expuso no constarle los hechos de la demanda y que por lo tanto se atenía a lo que resultare probado.

Agregó que dentro de la relación de los hechos, el demandante describe una situación violenta consistente en el fallecimiento del Sr. Julio Cárcamo Polo, en cuyo proceso de investigación de conformidad con su dicho, intervienen funcionarios pertenecientes a

la Fiscalía Seccional No 42 unidad de Vida y a la Policía Nacional, pero que nunca se menciona la intervención de los funcionarios de la Rama Judicial, tales como Juzgados, Tribunales o altas Cortes.

Que la intención del demandante es obtener un fallo que declare la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación como consta en el hecho cuarto de la demanda, por lo que solicita que al momento de dictar sentencia se absuelva de ser condenada a su representada.

Con respecto a las pretensiones se opuso a ellas por cuanto a su juicio no se dan los presupuestos del error jurisdiccional, señalados en el Artículo 67 de la Ley 270 de 1.996, y que no existe responsabilidad patrimonial de la Rama Judicial o de alguno de sus agentes, en los hechos que son fundamento factico de la reclamación de los presuntos prejuicios, por existir ausencia total de la relación causal entre la ocurrencia del hecho generador y el actuar de su defendida.

Como excepciones propone:

- Falta de legitimación pasiva por error en la persona del demandado.
- Falta de relación causal entre los hechos de la demanda y la persona del demandado.
- La innominada.

## **2) Fiscalía General de la Nación:**

En relación con los hechos de la demanda también que no les constan y que por lo tanto se atiende a lo que resulte probado en legal forma dentro del proceso, siempre y cuando guarde relación con el libelo demandatorio, y que efectivamente corresponda a la falta o falla del servicio, con ocasión de la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO, ocurrida el 29 de Diciembre de 2.007, tal y como se desprende del texto de la

demanda, y en tanto comprometa la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Entidad que representa.

Con respecto a las pretensiones manifestó que se opone a que prosperen todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de la demanda en contra de la entidad que representa.-

En apretada síntesis como razones de defensa expone:

*“...Con ocasión a la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO, el ente investigador que ahora se demanda, pues respecto de estos hechos se investigaron a los ciudadanos MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, BERNARDO BLANCO BERRIO (a los que se les decretó medida de aseguramiento), y a MIGUEL GUZMAN RAMIREZ mediante sumario No. 236720 por la Fiscalía Seccional No 42 unidad de vida.*

*Es de tener en cuenta que la unidad especializada de Delitos contra la vida y otros, Fiscalía cuarenta a (sic) y dos CALIFICÓ el merito sumario, el 21 de Abril de 2.0008, (sic) con RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN en contra de MIGUEL GUZMAN RAMIREZ y BERNARDO BLANCO BERRIO, como presuntos coautores responsables del delito HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO y PORTE ILEGAL DE ARMAS Y MUNICIONES, expediente que se remitió al Juez penal del Circuito de Cartagena.*

*Para que la responsabilidad de la Nación – FISCALIA GENERAL – sea declarada, se debe demostrar con claridad una falla o falta en el servicio que preste el ente instructor, como claramente lo expone el demandante la Fiscalía por si actuó, claro está, una vez el punible fue ejecutado, dado que a pesar de que la Fiscalía por conducto de sus servidores tiene funciones de Policía Judicial, a esta entidad no se le atribuyeron las funciones de vigilancia y preservación del orden público.”...*

Propone como excepciones:

- CULPA DETERMINADA DE TERCERO.

- FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA.

### 3) POLICIA NACIONAL:

La Policía Nacional no contestó la demanda.

### V. TRÁMITE PROCESAL.

- Por auto de fecha 12 de Diciembre de 2008<sup>1</sup>, se inadmitió la presente demanda de reparación directa y se concedió un término de 5 días para corregir los defectos de esta.
- Mediante auto calendarado a fecha 29 de Mayo de 2009<sup>2</sup>, se admite la presente demanda de reparación directa.
- Por auto de 22 de abril de 2010<sup>3</sup>, una vez vencida a fijación en lista y contestada la demanda, se da apertura al periodo probatorio.
- En auto calendarado a fecha 29 de Octubre de 2010<sup>4</sup>, se rechaza por improcedente la solicitud de nulidad del auto que abrió a pruebas el proceso de la referencia y se fijan nuevas fechas para la recepción de los testimonios decretados.
- En auto calendarado a fecha 28 de julio de 2011<sup>5</sup>, se fija nueva mente fecha para recepción de algunos testimonios ordenados en el auto que abre a pruebas.
- Por auto calendarado a fecha 19 de Octubre de 2011<sup>6</sup>, se ordena requerir a la Fiscalía.
- Mediante auto de fecha 20 de Febrero de 2012<sup>7</sup>, se ordena requerir nuevamente a la Fiscalía.
- En auto de 23 de Noviembre de 2012<sup>8</sup>, nuevamente se ordena oficiar a la Fiscalía, con el fin de que se remita lo requerido en auto que abre a pruebas.
- Por auto calendarado a fecha 27 de Mayo de 2013<sup>9</sup>, se ordena oficiar a la sala Penal del Distrito Judicial de Cartagena, con el fin de que se envíe lo requerido en el auto que abre a pruebas el proceso.

<sup>1</sup> Folio 71.

<sup>2</sup> Folio 87 y 88.

<sup>3</sup> Folio 268 a 272.

<sup>4</sup> Folio 308 a 310.

<sup>5</sup> Folio 327.

<sup>6</sup> Folios 340 y 341.

<sup>7</sup> Folios 409.

<sup>8</sup> Folio 444.

- Mediante auto calendarado a fecha 31 de Octubre de 2013<sup>10</sup>, se da cierre al periodo probatorio y se corre traslado para alegar de conclusión.

Dentro de esta oportunidad el apoderado de la parte actora presentó su alegato donde expuso lo siguiente:

*“Una vez legalizada la captura en “flagrancia” de los procesados, se dispuso la apertura de la investigación por parte de la Fiscalía Seccional Cuarenta y Dos (42) de la unidad de delitos contra la vida, y una vez se surtió la indagatoria la Fiscalía instructora cometió los siguientes errores:*

**PRIMERO: DISPUSO LA LIBERTAD INMEDIATA DEL CAPTURADO EN FLAGRANCIA:**

*Mediante proveído de fecha (9) de Enero de 2008, la Fiscalía seccional (42), al definir la situación jurídica se abstuvo de proferir MEDIDA DE ASEGURAMIENTO alguna contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, ordenando su LIBERTAD INMEDIATA, muy a pesar de haber sido capturado en “flagrancia” por los miembros de la policía, a pesar de haber prestado ayuda idónea para la huida de los sicarios que habían disparado minutos antes contra la humanidad del comerciante, a pesar de haberse encontrado un gran armamento al interior del vehículo blindado, y de haberse encontrado caletas o compartimientos debajo del sistema eleva-vidrios en las puertas del vehículo para esconder pistolas calibre 9 mm.*

**SEGUNDO: OTRO ERROR EN QUE INCURRIÓ LA FISCALIA INSTRUCTORA, FUE DESDE EL MISMO MOMENTO DE IMPUTAR LOS CARGOS:**

*Erróneamente le atribuye a los sindicatos autoría por “HOMICIDIO DOLOSO”, conducta que como tal no aparece en ningún tipo penal, y más adelante imputa los*

---

<sup>9</sup> Folio 455.

<sup>10</sup> Folio 459.

*cargos por "HOMICIDIO SIMPLE", denotando un grave error judicial en la correcta administración de justicia y un completo desconocimiento de las normas peales, y el error es mayor porque la conducta contiene agravantes, ya que la víctima se encontraba en total estado de indefensión # 7 Art. 104 del C.P. (Proceso penal, anexando a este expediente).*

### **TERCERO: ORDENAR LA ENTREGA MATERIAL DEL VEHÍCULO BLINDADO:**

*Por último, la Fiscalía Seccional (42), a través de oficios de fecha (30) de Enero de (2008), Procedió a efectuar la ENTREGA MATERIAL DEL VEHÍCULO BLINDADO en que huían los procesados y que fuere incautado por la Policía Nacional y dejado a disposición de la oficina de administración de bienes DSAF. (Vehículo blindado marca; Mazda 626, Placas; RIE 186, Modelo 2002), el cual formaba parte de los bienes del proceso y que podría servir para garantizar parte de la reparación del daño a favor de los familiares de la víctima, ya que tenía un alto costo comercial por tratarse un (sic) automotor blindado, causando un detrimento patrimonial a los familiares de la víctima.*

*Las infortunadas decisiones de la Fiscalía Seccional (42) de Cartagena; causaron graves daños morales a los familiares de la víctima, que aparte de sufrir un profundo dolor de quien fuere su padre de familia, tenían que soportar los abusos, arbitrariedades, injusticias y falta de respeto, de quienes administraban justicia en la Fiscalía General de la Nación, como si se trataba de una "BURLA" contra los familiares de la víctima por parte de la Seccional (sic) (42) de Cartagena, además de poner en peligro la integridad física de todo el núcleo familiar del occiso, por tratarse de una banda criminal muy peligrosa.*

*Con la errónea e injusta orden de liberad expedida por la Fiscalía instructora (42); se le causó grave dolor y sufrimiento a los familiares del occiso, quienes tuvieron que quejarse y denunciar estos actos públicamente ante la prensa local y nacional, causando la indignación de propios y extraños, al ver la evidente y grosera impunidad que se estaba cometiendo en este proceso, luego de haberse presentado la captura*

en “flagrancia” por los agentes de Policía.

Lo que permitió la posterior fuga de la justicia por (4) largos años del sindicado MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, haciéndole sentir dolor, impotencia e indignación al núcleo familiar de la víctima.

**CUARTO: REVOCATORIA DE LAS DECISIONES DE LA FISCALIA SECCONAL (42):**  
Las decisiones de la Fiscalía (42), fueron revocadas por la Fiscalía Cuarta Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a través de resolución del

(15) de Febrero de (2008), por el recurso de apelación presentado por las víctimas, y ordenó; calificar el punible como “HOMICIDIO AGRAVADO”, ordenó proferir DETENCIÓN PREVENTIVA INMEDIATA sin beneficio de excarcelación contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, como presunto coautor responsable del punible de “HOMICIDIO AGRAVADO”, y ordenó librar la correspondiente ORDEN DE CAPTURA contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ. EL superior en la misma resolución reconoció expresamente los errores judiciales en que incurrió la Fiscalía seccional 42, y lo amonestó por su alto grado de ignorancia. (Proceso penal anexado al expediente).

A partir de ese momento el procesado se encontraba libre y prófugo de la justicia, huyendo de las autoridades policiales y con doble cedula ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, para confundir a las autoridades policivas y judiciales, por los que los familiares de la víctima tuvieron que sufrir dolor e impotencia por casi (4) años hasta que el procesado fue capturado el día 25/Junio/2011, casi (4) años después de expedida la orden de captura, luego de un largo tiempo de seguimiento e inteligencia por parte de los organismos DIJIN Y SIJIN, quien se seguía desempeñando como jefe financiero de la banda criminal “Los Paisas” Región Caribe, con el nombre de MIGUEL ANGEL BUSTOS GRANADOS, Alias el “Viejo”, pero correspondía a la misma persona de MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, (Según consta en el acta de captura Unidad de Investigación contra bandas criminales Policía de Magdalena – anexado al expediente).

LA SENTENCIA CONDENATORIA; La sentencia de fecha (15) de Diciembre de (2011), proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartagena, impuso pena de prisión de (488) meses, como COAUTOR por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON PORTE ILEGAL DE ARMAS Y MUNICIONES, contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ, por el asesinato del comerciante JULIO CARCAMO POLO.”

Con respecto a la Policía Nacional el accionante manifiesta que la “con antelación a este crimen, los comerciantes del Mercado de Bazurto entre ellos JULIO CARCAMO POLO, habían venido solicitando a la comandancia de Policía Metropolitano de Cartagena, mayor vigilancia y seguridad en Bazurto, pues era de conocimiento público (sic) la fuerte presencia de grupos armados al margen de la ley, que se dedicaban a la extorsión, cobros diarios y semanales, asesinatos selectivos contra los comerciantes de Bazurto, para despojarlos de sus negocios y apropiarse de ellos. Por lo que la Policía Nacional tenía pleno conocimiento de la situación que estaban viviendo los comerciantes de Bazurto y de la presencia de grupos armados ilegales en el mayor centro de acopio de Cartagena de Indias, pero no actuó, fue omisivo en sus funciones, no prestó la debida seguridad y vigilancia en esta importante plaza comercial.

En consecuencia, “el daño antijurídico” la muerte del comerciante JULIO CARCAMO POLO, resulta casualmente relacionada con la falla del servicio, falla en la protección estatal, falla del servicio policivo de vigilancia y prevención, ya que la Policía Nacional tenía pleno conocimiento que en el Mercado de Bazurto operaban grupos al margen de la ley, que se dedicaban a la extorsión en contra de los comerciantes, sino que los dejaron a merced de estos grupos sin protección alguna. Presentándose el mayor abandono nunca antes sufrido por parte de los órganos del estado y de las autoridades en el mayor centro de acopio del Distrito de Cartagena de Indias, como lo es el Mercado de Bazurto.

Los aspectos tratados nos llevan a aseverar para este caso, lo que la doctrina a denominado falta de previsibilidad de lo previsible, pues se tenía pleno conocimiento

*de la existencia de grupos al margen de la ley en el mayor centro de acopio de la ciudad de Cartagena, donde los propietarios de los establecimiento eran acecinados para ser despojados en forma violenta de sus establecimientos comerciales, debido a la potencial demanda de este sector comercial, que hacían que fueran negocios lucrativos.*

*Es incuestionable que el daño antijurídico fue causado por una falla en el servicio de la Policía Nacional, quien tiene la responsabilidad Constitucional de velar por la seguridad, la vida, honra y bienes de los ciudadanos, dejando a merced de los grupos ilegales el control absoluto de la mayor plaza comercial de la ciudad.*

*La forma como ocurrió el asesinato de JULIO CARCAMO POLO, y las circunstancias de este, a plena luz del día, en plena plaza pública comercial, en el mes de Diciembre, fecha de mayor movimiento comercial de Bazurto y es cuando se supone que la Policía Nacional, debería doblegar la seguridad en todo el comercio, hablan por sí solo*

*del abandono a los que fueron sometidos los comerciantes de Bazurto, lo cual hace que se ubique la responsabilidad en cabeza de los órganos del Estado – Policía Nacional de Colombia.”*

Como fundamento de derecho cita:

Art. 2 y 90 de la Constitución Política.

- Sentencia 01 de Octubre de 1992, Mag. Daniel Suarez Hernández, Consejo de Estado, sección Tercera.
- Sentencia de 11 de Agosto de 2011, Mag. Mauricio Fajardo Gómez, Sección Tercera, Consejo de Estado.

También alegó de conclusión la demandada FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, quien insistió en que no incurrió en falla del servicio por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del servicio y que por tanto se deben negar las pretensiones de

la demanda, para lo cual insistió en los argumentos expuestos en la contestación de demanda.-

La demandada Rama Jurisdiccional, también alegó de conclusión reiterando los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda y con los cuales pide que se denieguen las pretensiones y se declaren las excepciones por ella propuestas, por la ausencia de participación de la Rama Judicial en la comisión de los hechos señalados como generadores del daño que se pretende resarcir lo que genera *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA respecto de la Nación – Rama Judicial, por cuanto NO EXISTIO ACTUACIÓN ALGUNA DE LOS JUECES DE LA REPÚBLICA.*

## **VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador 22 Judicial II delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, desistió de emitir concepto.

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, previas las siguientes:

## **VII.- CONSIDERACIONES**

### **A. Presupuestos procesales.**

La Sala encuentra reunidos los presupuestos procesales de la acción, de la demanda y del procedimiento, de tal forma que le está permitido al despacho pronunciarse de fondo sobre el asunto.

Es claro que las acciones de reparación directa semejantes a la presente, son de competencia de los Tribunales administrativos en primera instancia, de conformidad con lo establecido en el numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso

Administrativo, por tratarse de un asunto cuya cuantía excede de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; pero adicionalmente el Tribunal es competente por la naturaleza del proceso, al tenor del artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y el auto de 9 de septiembre de 2008 del Consejo de Estado, toda vez que se le endilga a la Rama judicial y a la Fiscalía general de la Nación la ocurrencia de un error jurisdiccional que a juicio de los demandantes compromete la responsabilidad de dichas demandadas.

Igualmente a la demanda, por reunir los requisitos de ley, se le imprimió el trámite señalado para los procesos ordinarios, naturaleza del presente; la acción fue iniciada oportunamente dentro de los 2 años a que se refiere el artículo 136 del Código Contencioso administrativo, toda vez que la supuesta omisión del deber de protección de parte de la Policía Nacional y que devino en el fallecimiento del señor JULIO CARCAMO POLO, habría ocurrido el día 29 de Diciembre del 2007 y teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 10 de junio de 2008, y con relación a la otras demandadas, esto es la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, habría que concluir que también la demanda se instauró oportunamente, toda vez que el supuesto error o errores jurisdiccionales en que habría incurrido la Fiscalía General de la Nación, consistieron primero en que mediante proveído del 9 de enero de 2008 la Fiscalía seccional 42 al definir la situación jurídica de los capturados por el homicidio del señor JULIO CARCAMO POLO se abstuvo de decretar medida de aseguramiento contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ y se ordenó su libertad inmediata, otro error dice que fue que en dicho proveído, la Fiscalía erróneamente le atribuye a los sindicatos autoría por homicidio doloso conducta que no aparece en ningún tipo penal y más adelante imputa los cargos por homicidio simple y el tercer error que se dice que consistió en ordenar la Fiscalía Seccional 42 a través de oficio de fecha 30 de enero de 2008, la entrega material del vehículo blindado en que huían los procesados y que fuere incautado por la Policía Nacional, luego para la Sala resulta claro que por la fecha de ocurrencia de los presuntos errores judiciales endilgados, la demanda no estaría caducada pues se reitera que la demanda se interpuso el 10 de junio de 2008,

es decir, dentro del término de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.-

**B. De la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por la accionada Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación.**

Según la demandada Rama judicial, existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad, por cuanto asegura que ningún Juez de la República tuvo participación en la comisión de los hechos señalados como generadores del daño que se pretende resarcir, y que en cuanto al alegado error jurisdiccional fueron decisiones tomadas por la Fiscalía general de la Nación.

Con respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa propuesta por la parte demandada, considera la Sala, que le asiste total razón al plantear dicha excepción por la Rama Judicial, pues con relación a la alegada falla del servicio por omisión del deber de protección, en ese caso la eventual responsabilidad a quien le corresponde desvirtuarla es a la Policía Nacional que la entidad quien fue señalada como la que no brindó la debida protección al occiso señor JULIO CARCAMO POLO y que debido a ello se dieron las condiciones para que fuese asesinado por unos sicarios.

Esta misma razón resulta suficiente para dar también por probada la excepción de falta de legitimación por pasiva que por ese mismo hecho dañoso fue propuesta por la Fiscalía General de la Nación, pues es evidente que no es esta entidad la que tiene el deber de brindar protección a los ciudadanos, sino la Policía Nacional, y por tanto en la parte resolutive se declarará probada dicha excepción, pero solo por este hecho dañoso, esto es por la supuesta falla por omisión del deber de protección.

Con relación al pretendido error jurisdiccional, también prospera dicha excepción de falta de legitimación por pasiva puesto que Rama Judicial, porque según la demanda,

estos fueron ocasionados por decisiones de la Fiscalía seccional No. 42 de la Fiscalía General de la Nación.-

Observa la Sala entonces que el hecho dañoso (error jurisdiccional) si es entonces exclusivamente atribuible a la NACIÓN- FISCALIA GENERAL DE LA NACION, pues fue ésta la que expidió la providencia del 9 de enero de 2008 por intermedio de la Fiscalía seccional 42 en la cual al definir la situación jurídica de los capturados por el homicidio del señor JULIO CARCAMO POLO se abstuvo de decretar medida de aseguramiento contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ y ordenó su libertad inmediata, así como también fue la fiscalía la que en esa misma providencia le atribuyó a los sindicados autoría por homicidio doloso y más adelante les imputó cargos por homicidio simple y finalmente porque fue la Fiscalía Seccional 42 la que a través de oficio de fecha 30 de enero de 2008 ordenó la entrega material del vehículo blindado en que huían los procesados y que fuere incautado por la Policía Nacional.-

Lo anterior es suficiente para considerar la Sala que se encuentra demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Rama Judicial, lo que así se dirá en la parte resolutive.

### **C. Problema jurídico a resolver.**

En el caso sub examine se pretende de un lado que se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Policía Nacional de la totalidad de los daños y perjuicios que se asegura le han sido ocasionados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO ocurrida el día 29 de Diciembre del 2007 en el establecimiento comercial denominado El Esfuerzo Campesino ubicado en el Mercado de Bazurto de la ciudad de Cartagena, ocasionada por unos sicarios, debido a una supuesta falla del servicio de la mencionada demandada por omisión de su deber de protección, y por el otro lado que también se declare la responsabilidad administrativa de la Nación Fiscalía General de la Nación, entidad que en criterio de los actores, le causó perjuicios de orden material y

moral por “una inculcable falla en el servicio por error judicial, como fue la decisión tomada el 9 de de enero de 2008 por intermedio de la Fiscalía seccional 42 en la cual al definir la situación jurídica de los capturados por el homicidio del señor JULIO CARCAMO POLO se abstuvo de decretar medida de aseguramiento contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ y ordenó su libertad inmediata, así como también la misma Fiscalía en esa misma providencia le atribuyó a los sindicatos autoría por homicidio doloso y más adelante les imputó cargos por homicidio simple y finalmente porque fue la Fiscalía Seccional 42 a través de oficio de fecha 30 de enero de 2008 ordenó la entrega material del vehículo blindado en que huían los procesados y que fuere incautado por la Policía Nacional.-

Para la Sala, se evidencian entonces dos problemas jurídicos a resolver el primero que consiste en determinar si se debe declarar administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, de la muerte del comerciante JULIO CARCAMO POLO, el día 29 de Diciembre del 2007, como consecuencia de unas heridas recibidas en su humanidad durante un atentado de que fue objeto ese mismo día, en el establecimiento comercial denominado El Esfuerzo Campesino ubicado en el Mercado de Bazurto de la ciudad de Cartagena?

El segundo problema jurídico se contrae a determinar si concurren los requisitos para que se configure la obligación estatal de indemnizar los supuestos perjuicios causados a los demandantes con ocasión del error jurisdiccional en el que a su parecer incurrió la Fiscalía General de la Nación, al ordenar en el proveído del 9 de de enero de 2008 por intermedio de la Fiscalía seccional 42 al definir la situación jurídica de los capturados por el homicidio del señor JULIO CARCAMO POLO abstenerse de decretar medida de aseguramiento contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ y ordenar su libertad inmediata, así como la posterior entrega del vehículo en que emprendieron la fallida huida y las armas que les fueron incautadas?.

En virtud de lo anterior considera la Sala que estos dos problemas jurídicos deben ser

solucionados por separado, dicho lo cual en primera medida se estudiara la presunta omisión del deber de protección en que supuestamente habría incurrido la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, que de hallarse probada determinaría la imputación de responsabilidad administrativa por los daños ocasionados a los demandantes producto de la muerte de JULIO CARCAMO POLO y luego de lo anterior se procederá al estudio de la pretendida falla del servicio de la administración de justicia por error jurisdiccional endilgado a la Fiscalía General de la Nación.

**1) ¿Debe declararse administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, de la muerte del comerciante JULIO CARCAMO POLO, el día 29 de Diciembre del 2007, como consecuencia de unas heridas recibidas en su humanidad durante un atentado de que fue objeto ese mismo día, en el establecimiento comercial denominado El Esfuerzo Campesino ubicado en el Mercado de Bazurto de la ciudad de Cartagena?**

Es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el líbelo de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada Policía Nacional, 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.

(...)”

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".<sup>11</sup>*

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone.

Ahora bien, el daño antijurídico debe configurarse mediante alguna de las teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- La clásica falla del servicio en su modalidad probada o presunta y que también puede ser por acción u **omisión**.
- La teoría del daño especial.
- La teoría del riesgo excepcional
- La responsabilidad por vías de hecho
- La responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.
- La responsabilidad por trabajos públicos
- La responsabilidad por almacenaje de mercancías
- La responsabilidad por error judicial.

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se pretende endilgar a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, se origina como se ha venido expresando, en los daños sufridos por los demandantes con la muerte de JULIO CARCAMO POLO, ocurrida el día 29 de Diciembre del 2007, en el establecimiento de comercio denominado El Esfuerzo Campesino ubicado en el Mercado de Bazurto de la Ciudad de Cartagena.

Dado que en la demanda se imputa a la demandada la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO, por no haberle brindado protección, considera la Sala precedente, reiterar la jurisprudencia que ha adoptado el Honorable Consejo Estado, en relación con la responsabilidad del Estado por omisión del deber de brindar protección a quien por sus circunstancias particulares la requiera.

A dicho el H. Consejo de Estado que tratándose de los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, ha considerado que los mismos son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión constitutiva de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a su protección<sup>12</sup>.(Subrayado es de la Sala).

---

<sup>12</sup> En sentencia de 11 de octubre de 1990, exp. 5737, dijo el Consejo de Estado. "Cuando se trata de la falla del servicio originada en la omisión por la administración en la prestación de un servicio o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley o los reglamentos, es necesario que aparezca demostrado no sólo que se pidió concretamente la protección o la vigilancia de la autoridad ante determinado hecho ilícito que puede causar o está causando daño o que las circunstancias que rodeaban el hecho o las personas en él involucradas imponían una especial protección o vigilancia y que tal protección no se prestó". Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sala Plena de 16 de julio de 1996, exp. 422 y de la Sección de 11 de diciembre de 1990, exp. 5417; 21 de marzo de 1991, exp. 5595; 19 de agosto de 1994, exp. 9276 y 8222; 13 de octubre de 1994, exp. 9557; 2 de febrero de 1995, exp. 9273; 16 de febrero de 1995, exp. 9040, 30 de marzo de 1995, exp. 9459; 27 de julio de 1995, exp. 9266; 15 de agosto de 1995, exp. 10.286; 6 de octubre de 1995, exp. 9587; 14 de marzo de 1996, exp. 11.038, 29 de marzo de 1996, exp. 10.920; y 29 de agosto de 1996, exp. 10.949, 11 de julio de 1996, exp. 10.822, 30 de octubre de 1997, exp. 10.958, entre muchas otras.

Dicho lo anterior y de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la Constitución, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario, sino además responsabilidad institucional, que de ser reiterada pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos<sup>13</sup>.

En relación con la responsabilidad del Estado por omisión, ha considerado el H. Consejo de Estado que para la prosperidad de la demanda es necesario que se encuentren acreditados los siguientes requisitos:

- a.) La existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios<sup>14</sup>;
- b.) La omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso.
- c.) Un daño antijurídico.
- d.) La relación causal entre la omisión y el daño<sup>15</sup>.

Frente a este último aspecto, el Consejo Estado, con apoyo en la doctrina, que a su vez se inspiró en la distinción realizada en el derecho penal entre delitos por omisión

---

<sup>13</sup> "Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías y de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe todo cuanto esté a su alcance". Sentencia de esta Sección de 15 de febrero de 1996, exp. 9940.

<sup>14</sup> Consejo de Estado - Sentencia del 23 de mayo de 1994, exp. 7616.

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA (SUBSECCIÓN B), CONSEJERA PONENTE: RUTH STELLA CORREA PALACIO BOGOTÁ, D.C., VEINTIOCHO (28) DE JULIO DE DOS MIL ONCE (2011), RADICADO: 50001-23-31-000-1996-5241-01 (20091)

pura y de comisión por omisión, precisó que en este tipo de eventos lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino la omisión de la conducta debida, que de haberse realizado habría interrumpido el proceso causal impidiendo la producción de la lesión<sup>16</sup>.

No obstante, cabe señalar que el Consejo de Estado ha considerado que a pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas<sup>17</sup>, en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible"<sup>18</sup>. Aunque, se destaca que esta misma Corporación en providencias posteriores ha aclarado que la relatividad de las obligaciones del Estado no excusa su incumplimiento, sino que debe indagarse en cada caso si en efecto fue imposible cumplir aquéllas que en relación con el caso

---

<sup>16</sup> "...conforme a los principios decantados por la jurisprudencia nacional, la relación de causalidad sólo tiene relevancia para el derecho cuando responde a criterios de naturaleza jurídica, más allá de la simple vinculación física entre un comportamiento y un resultado; así, no parece necesario recurrir al análisis de la "virtualidad causal de la acción", propuesto por el profesor Entrena Cuesta, para reemplazar el citado elemento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio de que dicho análisis resulte útil para demostrar, por la vía de un argumento activo, el nexo adecuado existente entre la omisión y el daño producido. A ello alude, precisamente, la determinación de la posibilidad que tenía la administración para evitar el daño". Sentencia de 21 de febrero de 2002, exp. 12.789.

<sup>17</sup> Precisión realizada por el Consejo de Estado en providencia de 10 de agosto de 2000, exp. 11.585.

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, en sentencia de 11 de octubre de 1990, exp 5737, dijo la Sala "Es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, pero también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio, para que pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que "nadie es obligado a lo imposible". Así lo ha reconocido en varias oportunidades esta Sala y al efecto puede citarse la sentencia del 7 de diciembre de 1.977 en donde dijo: "Hay responsabilidad en los casos en que la falta o falla administrativa es el resultado de omisiones actuaciones, extralimitaciones en los servicios que el Estado está en capacidad de prestar a los asociados, mas no en los casos en que la falta tiene su causa en la imposibilidad absoluta por parte de los entes estatales de prestar un determinado servicio". (Exp. N° 1564, Actor: Flota La Macarena, Anales, Segundo Semestre 1.977, pág. 605) Si bien es cierto que en esta materia el juez de la administración debe tener en cuenta que "la pobreza [del Estado] no lo excusa de sus obligaciones", ello no quiere decir que en cada caso concreto no deba tener en cuenta por ejemplo, las disponibilidades con que pueda disponer el ente demandado para cumplir con las funciones que le correspondan, como sería en eventos como de (sic) sub - lite, la consideración de la imposibilidad de tener fuerza policial disponible en forma más o menos permanente en cada una de las cuadras en que están divididas las avenidas, calles y carreras de una ciudad como Bogotá y con mayor razón cuando una parte importante de aquella tiene que ser destacada en un lugar donde se estén desarrollando desórdenes o tumultos. Con esto, naturalmente no se quiere significar que la apreciación del juez sobre las anotadas circunstancias de tiempo, modo y lugar deba ser benigna (por el contrario, debe ser rigurosa), pero sin olvidar la máxima expuesta acerca de la no obligatoriedad a lo imposible y teniendo siempre presente que dicha máxima jamás debería utilizarse para justificar una indefensión de la administración al deber de protección a la vida de los ciudadanos, valor fundamental de un Estado de Derecho".

concreto le correspondían<sup>19</sup>.

Corolario pasa la Sala a estudiar si en el presente caso se manifiestan los requisitos que configuran la responsabilidad del Estado por omisión a saber: a.) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b.) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso c.) Un daño antijurídico. d.) la relación causal entre la omisión y el daño.

**a) De la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada Policía Nacional de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios**

Respecto a este punto queda claro que de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la Constitución, que a la letra reza:

*“ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

**Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.**”Negrilla y subrayado de la sala

<sup>19</sup> En sentencia de 14 de mayo de 1998, exp. 12.175, dijo el Consejo de Estado: “...si bien es cierto esta corporación ha sostenido que dentro de la filosofía del Estado social de derecho no es posible responsabilizar al Estado Colombiano por todo tipo de falencias que las circunstancias de pobreza del país evidencian en multitud de casos “pues el juez tiene que ser consciente de la realidad social en que vive, y no dejarse deslumbrar por el universo que tienen las palabras o conceptos políticos o jurídicos”, de allí no puede seguirse, como corolario obligado, que los daños que padecen los ciudadanos por vivir expuestos a situaciones de peligro permanente hayan de quedar siempre librados a la suerte de cada cual. En efecto, las implicaciones y el grado de compromiso que el Estado constitucional contemporáneo exige para todas las autoridades públicas supone un análisis de cada caso concreto en procura de indagar si la denominada falla del servicio relativa, libera a éstas de su eventual responsabilidad. Dicho en otros términos, no es aceptable que frente a situaciones concretas de peligro para los ciudadanos, estudiadas y diagnosticadas de vieja data, pueda invocarse una suerte de exoneración general por la tan socorrida, como real, deficiencia presupuestal”.

Que la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y que omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario, sino además responsabilidad institucional, que de ser reiterada pone en tela de juicio su legitimación.

Por lo tanto, el Estado debía, previa solicitud de CARCAMO POLO, utilizar todos los medios de que disponía para lograr que el respeto a la vida y demás derechos del finado fueran una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos.

**b.) De la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso.**

Como se ha venido expresando, por ministerio del artículo 2º Constitucional, la razón de ser de las autoridades públicas es la defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y que omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario, sino además responsabilidad institucional, que de ser reiterada pone en tela de juicio su legitimación.

En el caso sub examine la parte actora imputó responsabilidad a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional por la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO, como quiera que, según su afirmación, ésta se produjo por la conducta omisiva de la demandada consistente en no brindarle la protección requerida por las amenazas a su vida y a su integridad por su condición de comerciante, en una zona en la que es de conocimiento público que operan bandas delincuenciales dedicadas a la extorsión.

Sobre las circunstancias en las que se produjo la muerte del señor JULIO CARCAMO POLO, el acervo probatorio está integrado por aquellas pruebas aportadas directamente por las partes, las arrimadas al expediente por disposición y las testimoniales practicadas al interior del proceso.

Precisa la Sala, que en el expediente obra un solicitud de protección elevada al Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena Crnl. Carlos Ramiro Mena Bravo, con sello y fecha de recibido de 09 de Agosto de 2007<sup>20</sup>, es decir, cinco meses antes de ocurrido el fatídico evento en que murió CARCAMO POLO, apartes de esta solicitud se transcriben a continuación.

*... "me dirijo a usted con el fin de informarle que desde el mes de mayo del año en curso, he estado recibiendo una serie de llamadas telefónicas a mi establecimiento de comercio, Cristalería el Esfuerzo Campesino, por parte de unos delincuentes que dicen ser de un grupo delincuencia conocido en el Mercado de Bazurto como los "Paisas", estos delincuentes me han exigido el pago de una cuota por (sic) no atentar contra mi establecimiento de comercio donde trabajo, la suma es de \$500.000 semanales y si no quiero pagar semanal, tendré que hacerlo mensual en un monto de \$2.000.000, de no pagarlos atentarían contra mi vida y la de mi familia. Esta situación la informé a la administración del Mercado de Bazurto y al CAI de policía de Bazurto.*

*Estos policías a los que le dije el problema que estaba sucediendo no han hecho absolutamente nada y lo que me dijeron era que el personal que tenían no alcanzaba, pero que estaban atentos. Esta situación ha creado preocupación entre los que trabajamos en esta zona en la Galería del Cristal, puesto que estos bandidos se han adueñado del comercio en general del Mercado de Bazurto, sin que la administración del Mercado y la Policía le pongan coto a este problema."*

Agrega CARCAMO POLO (finado).

---

<sup>20</sup> Folio 44.

**“Nos sentimos muy inseguros, no tenemos tranquilidad para trabajar, estamos en esta zona como comerciantes hace mas de 20 años, por tal motivo le pedimos la protección inmediata para nuestros negocios y nuestras vidas.**

**Por tal razón solicito a usted programar una reunión urgente con los comerciantes para que escuche nuestras inquietudes y nos brinde protección inmediata.**”Negrilla y subrayado de la Sala

Queda claro para la Sala que CARCAMO POLO (Finado), en su momento solicitó para sí y para los demás comerciantes de la zona protección especial a la Policía Nacional debido a la inseguridad y las constantes amenazas que estaba recibiendo de parte de una banda delincuencia que operaba en la zona de la Cristalería del mercado de Bazurto, esta última afirmación se sustenta además en el testimonio del señor ELIUT TOBIAS CACINO ZUÑIGA<sup>21</sup>, quien manifiesta:

*“... PREGUNTADO: Dada su respuesta anterior, ilustre al Despacho acerca de las condiciones de inseguridad que en su decir se vivían en el MERCADO DE BAZURTO, precisando si ello sucedió para la época en que falleció el señor CARCAMO POLO. CONTESTÓ: Estábamos viviendo la ola de inseguridad allá en el mercado, necesitábamos más servicios policiales y no era constante sino cuando se les hacían los llamados, y a veces ni así, porque a veces no llegaban, pero constantemente no se mantenían en el mercado de Bazurto.”...*

*... “PREGUNTADO: Diga el declarante si para la época del 2007 existían grupos armados de las AUC en el MERCADO DE BAZURTO que se dedicaban al constreñimiento, extorción y actividades al margen de la ley. CONTESTÓ: lo que siempre voy a mantener firme es la inseguridad que había en el mercado de Bazurto, pero yo no sé quiénes son, porque yo los desconozco. PREGUNTADO. Diga el declarante si el 29 de diciembre de 2007 observó en esa mañana, concurrida por*

<sup>21</sup> Folios 331 a 334

*potenciales compradores, patrullas de la Policía nacional que estuvieren atentas a la seguridad del sector. CONTESTÓ. En esa fecha no había ninguna clase de patrullas en el sector, lo sucedido lo presencié por los gritos que se sentían cuando iban corriendo detrás de algunas personas, que decían que habían asesinado a JULIO CARCAMO pero en ningún momento vi por ahí policías.”*

Para la Sala es evidente que para la época de la muerte del señor CARCAMO POLO, la Policía Nacional no se encontraba prestando vigilancia en la zona de la cristalería del mercado de Bazurto, tal como fue manifestado por la comerciante MARGELINA DEL CARMEN GARCÍA MONTES, en testimonio recepcionado por esta Corporación el día 23 de Febrero de 2011<sup>22</sup>, apartes de este se transcriben a continuación:

*... “PREGUNTADO: Diga la declarante teniendo en cuenta que el 29 de Diciembre de 2007, era un día de conglomeración de personas en el sector haciendo compras. Dígale a este despacho (sic) si usted observó vigilancia policiva en ese mes de Diciembre en la zona de la Cristalería del mercado de Bazurto, presencia del orden público? CONTESTÓ: Para nada observe policía, la policía llevo después del asesinato, porque mi hijo le paso un derecho de petición al Coronel Mena.”*

Igualmente expone ROQUE ALFONSO CARCAMO en testimonio recepcionado por esta Corporación el día 29 de Septiembre de 2011<sup>23</sup>:

*“PREGUNTADO: Diga al Despacho si por el conocimiento que usted tiene de los demandantes, puede informar al Despacho en qué consiste la falla que ellos le atribuyen a la administración demandada (NACION – FISCALIA GENERAL DE LA Nación – MINIDEFENSA POLICÍA NACIONAL). CONTESTO. Por falta de la presencia de las autoridades de Bazurto, la policía particularmente. PREGUNTADO. Dada la respuesta anterior, ilustre al Despacho acerca de las condiciones de inseguridad que*

<sup>22</sup> Folios 320 a 322.

<sup>23</sup> Folios 336 a 339.

*en su decir se vivían en el MERCADO DE BAZURTO, precisando si ello sucedió para la época en que falleció el señor CARCAMO POLO. CONTESTÓ. Para nadie es un secreto que para la época habían grupos delincuenciales, ya que hasta la prensa lo había denunciado, ya que no fue el primer asesinato que se efectuó en Bazurto.”*

Las anteriores versiones dadas por los testigos citados en el asunto sub examine se presumen ciertas, los hechos que relatan y las circunstancias que describen pueden ser tenidas en cuenta, en atención a que no fueron desvirtuadas ni su dicho fue tachado de sospechoso o falso.

Como quiera que existen medios de convicción que permiten inferir que el señor JULIO CARCAMO POLO solicitó protección a la Policía Nacional y que ésta no le fue prestada de forma eficiente, es posible para la Sala inferir que efectivamente la accionada omitió el deber de protección solicitado por el finado CARCAMO POLO, probándose que esta no puso en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, segundo requisito que configura la responsabilidad del Estado por omisión, razón por la cual la Sala pasa a estudiar el tercer requisito.

### **c.) Un daño antijurídico**

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.<sup>24</sup>

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la muerte del comerciante JULIO CARCAMO POLO, considera la Sala que la única

<sup>24</sup>Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P: Aller E. Hernández Enriquez.

prueba arrimada a la actuación por la parte actora y que da cuenta de este, es el registro civil de defunción, visible a folio 48 del expediente, expedido por el Notario Tercero del Circulo de Cartagena, en el que se hace constar su fallecimiento el día 29 de mayo de 2007.

El documento mencionado y relacionado proviene de servidor público en uso de sus atribuciones, razón por la cual se estima que es auténtico y público y en consecuencia dan fe de su contenido (artículos 251 y 252 del C.P.C.)

Por consiguiente, con el anterior documento, no cabe duda que a los demandantes se les causó un daño antijurídico, con ocasión de la muerte de JULIO CARCAMO POLO, en hechos ocurridos el día 29 de mayo de 2007.

De manera que restaría determinar la relación causal entre la omisión y el daño para que configure y se le impute la responsabilidad administrativa a la Policía Nacional por los daños ocasionados a los demandantes, producto de la omisión de protección que conllevó al homicidio del comerciante JULIO CARCAMO POLO.

**d.) De la relación causal entre la omisión y el daño.**

En el presente asunto se evidencia a juicio de esta Sala, que el daño ocasionado se originó en la omisión de protección en que incurrió la Policía Nacional que conllevó al asesinato del comerciante CARCAMO POLO el día 29 de Diciembre de 2007, y que como bien se encuentra probado se pudo haber evitado si la accionada no hubiese ello caso omiso a la solicitud de protección que le fue elevada por él hoy occiso CARCAMO POLO.

En consecuencia la obligación de resarcir el daño alegado se encuentra precisamente en el desconocimiento del deber de protección y seguridad que le asiste a las autoridades públicas y de manera particular a las militares y policiales de salvaguardar los derechos, bienes e intereses legítimos de los asociados, en los términos establecidos en el artículo 2º de la Carta Política. En el asunto sub examine no hay

lugar a dudas que la Policía Nacional faltó a su deber de protección y seguridad, toda vez que conocía el peligro al que estaba sometido el señor CARCAMO POLO debido a la actividad de comerciante que ejercía en el Mercado de Bazurto de Cartagena y no se desplegaron las actuaciones necesarias para precaver el daño que efectivamente se produjo.

Para la Sala le es imputable responsabilidad administrativa a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional por falla del servicio, consistente en omisión de protección, en consecuencia, por todo lo discurrido, se condenará a esta en los siguientes términos.

## **2). Los perjuicios demostrados por este daño y el monto de la indemnización.**

Atribuida la responsabilidad al demandado Policía Nacional, para el reconocimiento de perjuicios se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 2.1. La legitimación para reclamar; 2.2. La demostración del perjuicio; 2.3. La relación de causalidad entre el perjuicio y la indemnización solicitada.

En cuanto al primer requisito, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar así:

- Los actores afectados por el fallecimiento de **JULIO CARCAMO POLO** solo acreditaron su legitimidad así:
  - i. Registro civil de nacimiento de **Juan Carlos Cárcamo García**, expedido por la Notaría Tercera del Circulo de Cartagena (fl. 75), en la cual se consigna que el día 11 de julio de 1982, en el Municipio de Cartagena, nació el joven antes citado y que es hijo de MARGELIDA DEL CARMEN GARCIA MONTES y JULIO CARCAMO POLO.
  - ii. Registro civil de nacimiento de **Néstor Javier Cárcamo García**, expedido por la Notaría Tercera del Circulo de Cartagena (fl. 76), en la cual se consigna que el día 8 de junio de 1984, en el Municipio de Cartagena, nació el joven antes

citado y que es hijo de MARGELIDA DEL CARMEN GARCIA MONTES y JULIO CARCAMO POLO.

- iii. Registro civil de nacimiento de Cristian David Carcamo Escudero, expedido por la Notaría Tercera del Circulo de Cartagena (fl. 77), en la cual se consigna que el día 15 de junio de 1989, en el Municipio de Cartagena, nació el joven antes citado y que es hijo de JUANA FRANCISCA ESCUDERO OSORIO y JULIO CARCAMO POLO.
  - iv. Registro civil de nacimiento de Julio Alberto Cárcamo Hernández, expedido por la Notaría Tercera del Circulo de Cartagena (fl. 78), en la cual se consigna que el día 5 de diciembre de 1990, en el Municipio de Cartagena, nació el joven antes citado y que es hijo de YENIS HERNANDEZ ALVAREZ y JULIO CARCAMO POLO.
- En cuanto a la señora MARGELIDA GARCIA MONTES, quien también otorgó poder para presentar demandar en su nombre, si bien se haya acreditado que esta es la madre de JUAN CARLOS CÁRCAMO GARCÍA y de NESTOR JAVIER CÁRCAMO GARCÍA, hijos del finado JULIO CARCAMO POLO, no obstante no se demuestra dentro del proceso que dicha señora tuviese la calidad de compañera permanente del mencionado causante como se asegura en el hecho sexto de la demanda y que por tanto no se tiene prueba de los lazos de apoyo y solidaridad que los unían, pues para demostrar que hacían vida marital y la asistencia económica que le brindaba el occiso, la parte actora no aportó pruebas ni solicitó declaraciones, por lo cual no es posible hacerle reconocimiento alguno por concepto de indemnización de perjuicios.

En cuanto al segundo requisito, es necesario distinguir entre perjuicios morales y materiales.-

#### **De los perjuicios morales.**

Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez

satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.

Es lo común, lo esperable y comprensible que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la lesión sufrida ocurre como consecuencia de un hecho imprevisible para la víctima<sup>25</sup>.

Ahora bien, el daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas.

En el caso concreto los demandantes persiguen la indemnización por perjuicios morales causados por los daños sufridos producto de la muerte de JULIO CARCAMO POLO, daño moral que está acreditado, ya que dicho señor falleció en el atentado de que fue víctima, originado por la omisión de la Policía Nacional en proporcionarle protección pese a haberlo solicitado de forma anticipada. Ahora bien, en relación con la tasación de los perjuicios morales, la jurisprudencia del Consejo de Estado de manera reiterada y constante ha señalado que el valor de la condena por concepto de perjuicios morales debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio, pero ha establecido que la imposición de condenas será por la suma de dinero equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que el daño se presente en su mayor grado de intensidad.

Así mismo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la tasación de los perjuicios morales, también debe responder a criterios de razonabilidad y equidad.

---

<sup>25</sup> En tal sentido, ver sentencias proferidas el 2 de septiembre de 2009, exps 18.011, 17 729 y 17.801, entre otras.

En este sentido, en sentencia del 26 de enero de 2011, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, afirmó:

"La jurisprudencia ha trazado las pautas para efectos de reparar el daño por el equivalente pecuniario producido en perjuicios morales, señalando que el mecanismo más adecuado para tal fin es el arbitrio judicial (*arbitrium iudicis*), siendo el funcionario de conocimiento quien, por esa misma condición, puede inferir las circunstancias que inciden en el ámbito más intrínseco de quien depreca la indemnización, pudiendo definir qué retribución se aviene como adecuada con base en los criterios de equidad, justicia y reparación integral para menguar el trauma derivado del suceso"<sup>26</sup>. (Subrayado y negrilla fuera del original).

Teniendo en cuenta los anteriores parámetros jurisprudenciales referidos a la tasación del daño moral esta Sala de decisión considera que debido a que se encuentra acreditado el parentesco con el occiso se deberá pagar a JUAN CARLOS CARCAMO GARCIA (hijo)<sup>27</sup>, NESTOR CARCAMO GARCIA (hijo)<sup>28</sup>, CRISTIAN ESCUDERO HERNANDEZ (hijo)<sup>29</sup> y JULIO ALBERTO CARCAMO HERNANDEZ (hijo)<sup>30</sup>, la suma correspondiente a 100 SMLMV, a cada uno por concepto de perjuicios morales, ya que este daño se presentó en su mayor magnitud.

Respecto de NIDIA CARCAMO GARCIA, JUAN CAMILO CARCAMO BLANCO y JULIANA CARCAMO BLANCO, dado que en el material probatorio obrante en el expediente no existe prueba alguna que pruebe el parentesco con JULIO CARCAMO POLO, y que además el apoderado de la parte actora también presentó aclaración en el sentido de que dichas personas no fungen como demandantes en este asunto, en consecuencia se negará el reconocimiento de perjuicios morales a ellos.

Igual determinación se tomará respecto de la señora MARGELIDA GARCIA MONTES

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. 26 de enero de 2011. CP: Gladis Agudelo Ordóñez. Rad. 76001-23-31-000-1996-2874-01

<sup>27</sup> Folio 75.

<sup>28</sup> Folio 76.

<sup>29</sup> Folio 77.

<sup>30</sup> Folio 78.

pues como ya se dijo, dentro del expediente no quedó acreditada su calidad de compañera permanente del señor JULIO CARCAMO POLO.-

### **Perjuicios materiales.**

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.

Con respecto a este punto la Sala advierte que se en la demanda se reclama indemnización en la modalidad de daño emergente pero no se allegó ninguna prueba que lo acreditara, por tal razón, se denegará.

**B- Lucro cesante:** En la demanda se solicita indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante por la suma de CUATRO MIL MILLONES DE PESOS (\$4.000.000.000.00), manifestando que el occiso era comerciante líder de cristalería en toda la Costa Atlántica y que tenía ganancias diarias netas superiores a \$4.000.000.00 Mcte, después de pago a proveedores e impuestos de carácter local y Nacional.

Para demostrar dichos ingresos económicos se aportó con la demanda una certificación de fecha 18 de febrero de 2008, expedida por el Contador Público JORGE DANILO LAMBIS CHEDID quien deja constancia que el finado JULIO CARCAMO POLO obtenía ingresos mensuales promedio del orden de \$15.000.000.00 producto de su actividad comercial, ejercida en forma independiente en el establecimiento de comercio denominado CRISTALERIA ESFUERZO CAMPESINO ubicada en el mercado de Bazurto. (ver folio 45)

La calidad de contador público del señor JORGE LAMBIS CHEDID, quedó igualmente acreditada con la copia de la tarjeta profesional que obra a folio 46 del expediente aportada con la demanda.-

Sin embargo, observa la Sala que dicha certificación de contador público no cumple los requisitos establecidos por el estatuto tributario para ser tenido como prueba válida contable que nos lleve al convencimiento del hecho que se pretende probar, esto es los ingresos del finado JULIO CARCAMO POLO.

Con relación a este punto concreto de las condiciones que deben cumplir los certificados de contador público ha expresado el Consejo de Estado lo siguiente:

“[...] es de anotar que el artículo 777 del Estatuto Tributario sujetó el valor probatorio de las certificaciones de contadores y revisores fiscales a su conformidad con las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad. Esta Sala ha precisado que para que estos certificados sean válidos como prueba contable deben llevar al convencimiento del hecho que se pretende probar, con sujeción a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad; y deben expresar si la contabilidad se lleva de acuerdo con las prescripciones legales, si los libros se encuentran registrados en la Cámara de Comercio, si las operaciones están respaldadas por comprobantes internos y externos, y si reflejan la situación financiera del ente económico. Observa la Sala que, contrario a lo afirmado por la sociedad actora, el certificado no es demostrativo de los costos solicitados, toda vez que se limita a señalar que los libros se encuentran inscritos en la Cámara de Comercio, y a describir que los costos están

acreditados en la cuenta de producto en proceso, sin que exista claridad sobre el origen de la operación. Además, en este documento no se relacionan las erogaciones en que incurrió la sociedad para prestar los servicios, así como tampoco indica, ni anexa, las facturas o documentos que soportan la realización de los costos solicitados. Para que el certificado del revisor fiscal se tuviera como prueba de los costos era necesario que acreditara fehacientemente, con documentos soportes, el movimiento contable y la realidad de las operaciones que pretende acreditar.<sup>31</sup>

Adicional a lo anterior, en escrito posterior, presentado por el apoderado de la parte actora, visible a folios 72 a 74, se varia la pretensión indemnizatoria por daños materiales por lucro cesante, reduciéndola a \$900.000.000.00, indicando en esta oportunidad que por su calidad de comerciante y propietario del establecimiento de comercio denominado el Esfuerzo Campesino, el finado JULIO CARCAMO POLO devengaba mensualmente una suma de \$5.000.000.00 equivalente a \$60.000.000.00 anuales.

Observa entonces la Sala que ~~no hay claridad en cuanto a~~ lo que realmente devengaba el occiso por su actividad como comerciante, esto es si obtenía ingresos mensuales promedio del orden de \$15.000.000.00 como lo certifica el Contador Carlos Lambis Chedid o \$5.000.000.00 como lo afirma posteriormente el apoderado de la parte actora en el memorial que obra a folios 72 a 74 del expediente.

Y la copia de la declaración de impuesto a las ventas que se encuentra a folio 347 del expediente, ~~tampoco es posible que sea valorada~~, por no haber sido regular y oportunamente ~~allegada~~ al proceso, es decir, que se allegó por el apoderado de la parte actora por fuera de las oportunidades probatorias lo que le impide a la Sala tenerla en cuenta.

Así las cosas, por no existir en el expediente prueba que demuestre ~~existencia~~ los ingresos que producía el señor JULIO CARCAMO POLO, así como tampoco prueba

<sup>31</sup> SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXP. 25000-23-27-000-2008-00018-01(18752) M.P. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

lo cual si esto probalo, meo no los ingresos de la misma.

de la actividad económica que se dice que ejecutaba en calidad de comerciante, la 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 mensual<sup>32</sup>, para el efecto se realizarán las siguientes operaciones:

Lucro cesante: comprende dos (2) períodos; i) **VENCIDO**: Desde el momento en que el demandante, señor JULIO CARCAMO POLO, fallece, 29 de diciembre de 2007, hasta la fecha probable de este fallo, 6 de diciembre de 2013, y ii) **FUTURO**: Desde del día siguiente del fallo, 7 de diciembre de 2013, hasta la fecha en cada uno de los demandantes, cumpla sus 25 años de edad.

Como ingreso se tomará el salario mínimo legal mensual vigente para la fecha en que fue asesinado el padre de los demandantes, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, el cual se actualizará con los índices de precios al consumidor vigente para la fecha antes anotada y el vigente en la fecha de la sentencia.

Concepto	valor
Salario mínimo legal mensual para el 29 de diciembre de 2007	\$ 433.700
Indice de precios al consumidor vigente el diciembre de 2007	92,87
Indice de precios al consumidor vigente a 6 de diciembre de 2013	113,68

Salario mínimo 2007 actualizado =  $\frac{113,68}{92,87} \times \$ 433.700,00$

Salario mínimo 2007 actualizado = \$ 530.882,00

Como salario mínimo legal mensual de 2007, resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente, que asciende a \$ 589.500, se tomará este último para calcular la indemnización, incrementado en un 25%, para un total de \$ 736.875, de cuyo monto a su vez se tomará el 50%, que por lo menos el acciso dedicaba para el sostenimiento de sus hijos o sea la suma

<sup>32</sup> 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.

de \$ 368.437,50, suma que se divide entre los tres (3) hijos que al momento del deceso tenían menos de 25 años de edad = 122.812,50

- i) LUCRO CESANTE VENCIDO PARA NESTOR JAVIER CARCAMO GARCÍA, quien nació el 8 de junio de 1984, luego para la fecha de muerte de su padre tenía 23 años, 6 meses y 21, faltándole 1 año, 5 meses y 9 días, para cumplir 25 años = 17,3 meses.

Comprende el período entre la fecha muerte del padre de los demandantes (dic 29 de 2007) y la fecha de expedición de la presente sentencia, para lo cual se utilizará la siguiente fórmula:

$$S = \frac{Ra \times (1+i)^n - 1}{i}$$

Entonces:

Ra = Es el salario mínimo mensual actual que asciende a \$ 589.500, aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales = 736.875,00, del cual se toma el 50% y se divide entre 3 hijos = \$ 122.812,50

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable = 17,3 meses

$$S = \frac{\$ 122.812,50 \times (1 + 0.004867)^{17,3} - 1}{0.004867}$$

S= 2.211.062,00

- ii) LUCRO CESANTE VENCIDO PARA CRISTIAN DAVID CARCAMO ESCUDERO Y JULIO ALBERTO CARCAMO HERNÁNDEZ

Comprende el período entre la fecha muerte del padre de los demandantes (dic 29 de 2007)

y la fecha de expedición de la presente sentencia, para lo cual se utilizará la siguiente fórmula:

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Entonces:

Ra = Es el salario mínimo mensual actual que asciende a \$ 589.500, aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales = 736.875,00, del cual se toma el 50% y se divide entre 3 hijos = \$ 122.812,50

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable, desde la fecha de los hechos, 29 de diciembre de 2007 al 6 de diciembre de 2013 = 5 años, 11 meses y 23 días = 71,77 meses

$$S = \frac{\$ 122.812,50 \times (1 + 0.004867)^{71,77} - 1}{0.004867}$$

S= \$ 10.519.433,00, para cada uno de los hijos CRISTIAN DAVID CARCAMO ESCUDERO Y JULIO ALBERTO CARCAMO HERNÁNDEZ

iii) LUCRO CESANTE FUTURO:

Comprende el período entre la fecha de expedición de la presente sentencia y la fecha en que los hijos del occiso cumplen sus 25 años de edad, para lo cual se utilizará la siguiente fórmula:

LUCRO CESANTE PARA CRISTIAN DAVID CARCAMO ESCUDERO, quien nació el 15 de junio de 1989, luego para la fecha de muerte de su padre tenía 18 años, 6 meses y 24, faltándole 6 años, 5 meses y 16 días, para cumplir 25 años = 77,53 meses menos 71,77 meses de la lucro cesante vencido = 5,76

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

Ra = \$ 122.812,50

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable, el cual se extiende desde la fecha de la sentencia y hasta el cumplimiento de los 25 años de CRISTIAN DAVID CARCAMO ESCUDERO = 5,76 meses

Reemplazando, se tiene que:

$$S = \frac{\$ 122.812,50 \times (1 + 0,004867)^{5,76} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{5,76}}$$

$$S = \$ 695.908,00$$

LUCRO CESANTE PARA JULIO ALBERTO CARCÁMO HERNÁNDEZ, quien nació el 5 de diciembre de 1990, luego para la fecha de muerte de su padre tenía 17 años y 24, faltándole 7 años 11 meses y 6 días, para cumplir 25 años = 95,20,53 meses menos 71,77 meses de la lucro cesante vencido = 23,43

$$S = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

Ra = \$ 122.812,50

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable, el cual se extiende desde la fecha de la sentencia y hasta el cumplimiento de los 25 años de JULIO ALBERTO

CARCAMO HERNÁNDEZ = 23,43 meses

Reemplazando, se tiene que:

$$S = \$ = \$ 122.812,50 \times \frac{(1 + 0,004867)^{23,43} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)}$$

S = \$ 2.713,265,00

Resuelto lo anterior pasamos ahora a analizar el segundo problema jurídico que nos planteamos y que recordemos es el siguiente:

**¿Concurren los requisitos para que se configure la obligación estatal de indemnizar los supuestos perjuicios causados a los demandantes con ocasión del error jurisdiccional en el que a su parecer incurrió la Fiscalía General de la Nación, al ordenar en el proveído del 9 de de enero de 2008 por intermedio de la Fiscalía seccional 42 al definir la situación jurídica de los capturados por el homicidio del señor JULIO CARCAMO POLO abstenerse de decretar medida de aseguramiento contra MIGUEL GUZMAN RAMIREZ y ordenar su libertad inmedlata, así como la posterior entrega del vehículo en que emprendieron la fallida huida y las armas que les fueron incautadas?**

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 error jurisdiccional.

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 error jurisdiccional, a continuación se procederá a estudiar dicho régimen.

### **Del error jurisdiccional - Presupuestos. Regulación normativa**

Los presupuestos que deben reunirse en cada caso concreto para que pueda predicarse la existencia de un error jurisdiccional, se encuentran establecidos en el artículo 67 de la Ley 270 de 1996.

En relación con el primer presupuesto, la Sección Tercera de Consejo de Estado<sup>33</sup> ha precisado, de una parte, que el error judicial solo se configura si el interesado ha ejercido los recursos de ley pues si no agota los medios de defensa judicial que tiene a su alcance el perjuicio sería ocasionado por su negligencia y no por el error judicial; en estos eventos se presenta una culpa exclusiva de la víctima que excluye la responsabilidad del Estado. Y de otra parte, que los recursos de ley deben entenderse como los medios ordinarios de impugnación de las providencias, es decir, aquellos que no sólo permiten el examen limitado de la decisión con el objeto de corregir los errores de toda clase, tanto de hecho como jurídicos, sino que pueden interponerse sin sujeción a las rígidas causales que operan para los extraordinarios, los que adicionalmente requieren para su trámite la presentación de una demanda.

En segundo término, la norma exige que el error se encuentre contenido en una providencia judicial que esté en firme, esto es, que haya puesto fin de manera normal o anormal al proceso, lo cual tiene pleno sentido ya que si la misma todavía puede ser impugnada a través de los recursos ordinarios, no se configura el error judicial.

Finalmente, es necesario que la providencia sea contraria a derecho, lo cual no supone que la víctima de un daño causado por un error jurisdiccional tenga que demostrar que la misma es constitutiva de una vía de hecho por ser abiertamente grosera, ilegal o arbitraria, o que el agente jurisdiccional actuó con culpa o dolo, ya que el régimen que fundamenta la responsabilidad extracontractual del Estado es distinto al que fundamenta el de la responsabilidad personal del funcionario judicial. Basta, en estos casos, que la providencia judicial sea contraria a la ley, bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho).

---

<sup>33</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B  
Consejero ponente DANIL ROJAS BETANCOURTH Bogotá D C , veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012)  
Radicación número 25000-23-26-000-1999-02010-01(22581)

En el presente caso se pretende endilgar responsabilidad administrativa a la Nación-Fiscalía General de la Nación, por los errores en que a juicio de los actores incurrió la Fiscalía instructora desde el momento mismo en que se imputan los cargos en la injurada, los cuales tal como se anotó por la Fiscalía Seccional 42, unidad delegada ante el Tribunal Superior Distrito judicial de Cartagena Fiscalía Cuarta<sup>34</sup> al exponer:

*“Produce grima el sin número de errores en que incurre la Fiscalía instructora, desde el momento en que se imputan los cargos en la injurada.*

*Efectivamente, la titular del despacho cuando formula los cargos a los acriminados, erróneamente les endilga al inicio de la diligencia autoría por HOMICIDIO DOLOSO, conducta ésta que como tal no aparece en ningún tipo penal, pero más adelante nuevamente yerra diciendo que los cargos son por HOMICIDIO SIMPLE. Lo anterior denota un completo desconocimiento de las normas que se ocupan del Penal Especial y la ignorancia caza sobre cuando una conducta se puede gravar.”*

Dicho lo anterior considera la Sala que si bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación yerra al momento de imputar los cargos, también lo es que enmienda tal error, a tal punto de lograr la condena de los sindicados de darle muerte a JULIO CARCAMO POLO, por tal razón no observa esta judicatura que le sea predicable a esta responsabilidad administrativa alguna, razón por la cual considera la Sala que no hay que hacer mayores elucubraciones para dejar por sentado que con respecto al segundo problema jurídico, no se logran probar los presupuestos del error jurisdiccional por lo cual se negarán las pretensiones de la demanda respecto de este demandado.

En consecuencia la declaratoria de responsabilidad y la condena impuesta en el presente proceso solo comprende a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

---

<sup>34</sup>Folio 198 – Copia de Cuaderno 1 etapa de instrucción Fiscalía 42

Finalmente con relación a la condena en costas, el Artículo 171 del C.C.A. establece:  
*“Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”*

Conforme lo anterior, no advierte este Tribunal que en el curso del sub judice las partes asumieran una posición temeraria o dilatoria, motivo por el cual no se condenara en costas<sup>35</sup>

## 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:** Declarar administrativamente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa Policía Nacional de los perjuicios materiales ocasionados a los demandantes, producto de la omisión de protección que conllevó a la muerte de JULIO CARCAMO POLO, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la Nación –Ministerio de Defensa-Policía Nacional, a pagar la siguiente cantidad de dinero:

❖ **Por concepto de perjuicios morales:**

- JUAN CARLOS CARCAMO GARCIA (hijo): cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

<sup>35</sup> El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente 10.775 Reiterada en la Sentencia de 12 de octubre de 2000 expediente 13.097 dispuso sobre la condena en costas que *“En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial”*

- NESTOR CARCAMO GARCIA (hijo): cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- CRISTIAN ESCUDERO HERNANDEZ (hijo): cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- JULIO ALBERTO CARCAMO HERNANDEZ (hijo): cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

❖ **Por Concepto de Lucro Cesante:**

\* Para NESTOR JAVIER CARCAMO GARCÍA en la modalidad de lucro cesante vencido la suma de DOS MILLONES DOSCIENTOS ONCE MIL SESENTA Y DOS (\$2.211.062)

\* Para CRISTIAN DAVID CARCAMO ESCUDERO y JULIO ALBERTO CARCAMO HERNANDEZ en la modalidad de lucro cesante vencido la suma DIEZ MILLONES QUINEINTOS DIECINUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL PESOS (\$10.519.433)

\*por concepto de lucro cesante futuro a DAVID CARCAMO ESCUDERO, la suma de SEISCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS OCHO PESOS (\$695.908)

\* Por concepto de lucro cesante futuro JULIO ALBERTO CARCAMO HERNANDEZ la suma de DOS MILLONES SETESIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL PESOS (\$2.713.265).

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

**CUARTO: NEGAR** las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia en relación con la demandada FISCALIA GENERAL DE LA NACION.

**QUINTO: NEGAR** las pretensiones de la demanda respecto de NIDIA CARCAMO GARCIA, JUAN CAMILO CARCAMO BLANCO y JULIANA CARCAMO BLANCO por lo considerado.-

**SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**SEPTIMO:** Declarar probada la excepción de falta de legitimación por pasiva respecto de la demandada RAMA JUDICIAL, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**OCTAVO:** Sin condena en costas.

**NOVENO:** En firme esta providencia devolver el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, posteriormente archivase 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

  
LIDIA RAMIREZ CASTANO

  
JORGE FANDIÑO GALLO

CVR



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0112  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: JOSE FRANCISCO UBARNE DE ALBA Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-005-2011-00022-01- 0006-2011-00027-01- 011-2011-00028-01 ACUMULADOS</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2013</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL



REPUBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR  
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 003.

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo.

SENTENCIA No. 34312013

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

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA. (Proceso Acumulado)

Radicación: No. 13- 001-33-31-005-2011-00022-01

13- 001-33-31-006-2011-00027-01

13- 001-33-31-011-2011-00028-01

II. PARTES

Demandante: JOSÉ FRANCISCO UBARNE DE ALBA Y OTROS.

Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL.

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 presentado por la Policía Nacional contra de la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

La parte demandante dentro del presente asunto está conformada por los señores: JOSE FRANCISCO UBARNE DE ALBA, NORIS JUDITH RODRIGUEZ DE UBARNE, ESTITLITA HERNANDEZ DE RODRIGUEZ, JOSE LUIS UBARNE RODRIGUEZ, HENRY JOSE UBARNE RODRIGUEZ, JAIRON ENRIQUE UBARNE RODRIGUEZ, FRANKLIN DE JESUS UBARNE RODRIGUEZ, YURIS TATIANA RAMOS ROA, en nombre propio y en representación de su menor hijo JORGE ANDRES UBARNE MARANTO. También actúan como demandantes JEYMI MARANTO MARTINEZ y JOSE ANDRES UBARNE MARANTO.

#### **IV. ANTECEDENTES**

##### **A. LA DEMANDA**

##### **1. PRETENSIONES**

DECLARAR a la NACION COLOMBIANA — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — POLICIA NACIONAL, administrativa, patrimonialmente y extracontractualmente responsable, con motivo del daño antijurídico causado a cada uno de los demandantes por la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, quien falleció en medio de un operativo policial, realizado por patrulleros adscritos a la Policía Metropolitana de Cartagena, en contra de dos delincuentes que se encontraban perpetrando un ilícito y se dieron a la huida en una motocicleta, propiciando una persecución en donde se abre fuego cruzado entre los delincuentes y los patrulleros de la Policía, y en donde desafortunadamente pierde la vida el señor Ferslin Ubarne Rodríguez.

Solicitan los demandantes que se condene a la demandada al pago de los daños morales y los perjuicio inmateriales ocasionados con la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez.

Que la indemnización de los perjuicios se haga con aplicación de lo dispuesto en el artículo 177 y 178 del C.C.A., y 16 de la ley 446 de 1998. De igual forma solicitan que se condene en costas y gastos a la parte demandada.

## 2. HECHOS

Los hechos de la demanda pueden ser resumidos de la siguiente manera:

El día 01 de marzo del año 2009, aproximadamente a las 8:30 de la noche el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, se desplazaba en una motocicleta como parrillero cuando regresaba de jugar un partido de futbol, al pasar la motocicleta por el semáforo ubicado frente a la estación de la Policía de Carreteras ubicada en el barrio el Socorro, fue gravemente impactado por un proyectil de arma de fuego en su cabeza, el cual provino de un intercambio de disparos o fuego cruzado que en ese momento se presentaba entre miembros de la Policía Nacional, y unos delincuentes armados que momentos antes habían hurtado a un transeúnte.

El señor Ferslin Ubarne Rodríguez, quedó gravemente herido y fue trasladado a la urgencia de la clínica Madre Bernarda, donde llegó inconsciente con cuadro de trauma craneoencefálico severo, en estado de coma profundo, con evaluación sugestiva por neurología de muerte cerebral, finalmente fallece el 03 de marzo de 2009.

El joven Ferslin Ubarne Rodríguez al momento de su muerte contaba con una edad de 25 años, y los demandantes que integraban su núcleo familiar han sufrido mucho a raíz de la muerte violenta de su ser querido. El fallecido al momento de su muerte laboraba para la empresa Acces Global logistics Ltda, como mensajero, devengando un salario mensual de (\$750.000), sin embargo su gran pasión era el futbol y alternaba su tiempo libre dedicándose a este deporte en el cual tenía sus esperanzas profesionales.

La Policía Nacional es la entidad encargada con la protección de los habitantes del territorio nacional, debiendo cumplir con sus deberes manteniendo las condiciones

necesarias para el ejercicio de derechos y libertades públicas, y para asegurar que los ciudadanos de Colombia vivan en paz, por consiguiente debe responder al haber colocado al finado en una situación de peligro que le causó la muerte.

## **B. LA CONTESTACION.**

**La Nación — Ministerio de Defensa Nacional — Policía Nacional**, presentó contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, indicando concretamente que no existen pruebas suficientes en el expediente para demostrar la responsabilidad administrativa alegada por la parte demandante, pues no existe certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la muerte del ciudadano Ferslin Ubarne Rodríguez, pues no se tiene certeza de quien fue el responsable de la muerte.

## **C-LA SENTENCIA APELADA.**

En la sentencia de primera instancia el A quo accedió a las pretensiones de la demanda, aduciendo concretamente que la muerte ocasionada al señor Ferslin Ubarne Rodríguez es atribuible a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en razón a que está demostrado en el proceso que dicha muerte obedeció a una persecución policial, en donde en una escena de hurto en el intercambio de disparos entre los miembros de la Policía y los delincuentes resultó muerto un ciudadano ajeno a tal situación, indicando que el título de imputación que se debe aplicar en el caso bajo estudio es el del riesgo creado.

Indica el a quo que en el caso bajo estudio se observa que a pesar que los agentes de la Policía Nacional se encontraban en ejecución de una actividad propia de sus funciones, como lo es aquella de preservar el orden público y la seguridad, para lo cual debieron accionar sus armas de dotación oficial, por cuanto eran atacados por los infractores, lo cierto es que en desarrollo de la misma se produjo un daño colateral el cual debe ser imputado a la Policía Nacional, por ello concede las pretensiones de la demanda.

## **D.- LA APELACIÓN**

La parte demandada dentro del presente proceso presenta recurso de apelación visible a folios 557 a 561, considerando concretamente que en el caso bajo estudio no se le puede endilgar responsabilidad a la Policía Nacional, pues no se pudo demostrar en el expediente que el arma de fuego con el que se disparó al señor Ferslin Ubarne Rodríguez, fuera un arma perteneciente a la Policía, pues el arma usada por los delincuentes que se enfrentaron a los Policías era un arma de iguales características, no demostrándose en el proceso cual fue el proyectil que le causó la muerte al ciudadano.

De igual forma subsidiariamente en el evento que se confirme la condena, que se revoquen los perjuicios reconocidos a las señoras Yeimi Maranto Martínez, y Yuris Tatiana Ramos Roa, pues no se pudo demostrar el vínculo que pudo tener el vida el finado con cada una de estas personas.

De igual forma solicita que se revoquen los perjuicios reconocidos a los menores Isaac Ubarne Ramos y Jorge Ubarne Maranto, concretamente el reconocimiento de perjuicios de alteración a las condiciones de existencia reconocida a los menores, hijos del fallecido. Así como también solicita que se revoque el lucro cesante futuro reconocido, pues a su juicio no se pudo demostrar que el fallecido devengara un salario en un trabajo determinado.

## **E.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA.**

El señor agente del Ministerio Público rindió concepto favorable a la parte demandante, considerando que el fallo de primera instancia debe ser confirmado, pues a su juicio los hechos y pruebas obrantes dentro del expediente permiten concluir, en aplicación del principio iura novit curia, que no es la falla del servicio el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, sino el de daño especial, y en esas circunstancias, es evidente que la prueba acerca de quién fue el autor material del disparo causante de la muerte carece de relevancia para efectos de declarar la

responsabilidad administrativa del Estado, pues basta con demostrar que hubo un daño y que este se produjo en desarrollo de un operativo militar (sic), en el participaron agentes de la Policía Nacional.

Para efectos de atribuir responsabilidad al Estado por los daños derivados de enfrentamiento armados entre individuos o grupos armados al margen de la ley y agentes estatales, cobra especial relevancia la distinción entre la actividad del Estado, entendida como manifestación o ejecución de una función pública, y las acciones realizadas por sus agentes. De esta manera se tiene que si el daño se produjo dentro de la acción de persecución y enfrentamiento ejecutada legítimamente por los miembros de la fuerza pública contra la delincuencia, éste se entiende cometido con ocasión del funcionamiento del servicio, y por ende resulta imputable al Estado a título de daño especial.

Por tanto lo que exigen los accionados en su recurso de apelación, de que se verifique si el arma con la que se le disparo al sujeto en cuestión es de los agentes de la Policía o es de los delincuentes es irrelevante, porque el Estado debe responder por el enfrentamiento, sin importar de quien era el arma que le dio muerte a Ferlín Ubarne Rodríguez.

## **V.- TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

- El recurso fue admitido por auto de fecha 30 de abril de 2013 (FI. 265).
- Posteriormente por auto de 23 de julio de 2013, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión. (FI 267)
- Finalmente el expediente ingresa al Despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de sentencia.

## **VI.- CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

De conformidad con el artículo 133 Inc. 1º del C. C. A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

## **2. Síntesis del caso.**

La parte demandante aduce que los demandados deben responder administrativa y patrimonialmente por los daños ocasionados, esto con ocurrencia de los hechos acaecidos el día 01 de marzo del año 2009, en el que falleció el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, al ser impactado con un proyectil de arma de fuego, producto de disparos surgidos de un enfrentamiento entre agentes de la Policía Nacional y dos presuntos delincuentes.

La entidad demandada se opone a las pretensiones de la demanda, pues alega concretamente que en el proceso no se encuentra plenamente demostrado que la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, hubiese sido generada por un disparo de la Policía Nacional, argumento que es ratificado en el recurso de apelación de la sentencia.

El Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda aduciendo concretamente que se ha configurado un riesgo excepcional por un riesgo creado, en donde los agentes de la Policía Nacional se encontraban en ejecución de una actividad propia de sus funciones, como lo es aquella de preservar el orden público y la seguridad, para lo cual debieron accionar sus armas de dotación oficial, por cuanto eran atacados por los infractores, lo cierto es que en desarrollo de la misma se produjo un daño colateral el cual debe ser imputado a la Policía Nacional.

## **3. Problema Jurídico.**

El problema jurídico dentro del presente asunto se centra en determinar si le es atribuible a la Policía Nacional, el reconocimiento y pago de perjuicios materiales e inmateriales a los demandantes, con ocasión de la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, quien falleció con ocasión de un disparo recibido al quedar inmerso en el fuego cruzado entre miembros de la Policía Nacional y dos presuntos delincuentes.

Concretando puntualmente la Sala si a pesar de no existir certeza de la procedencia del disparo, se le debe atribuir esa responsabilidad a la Policía Nacional, por el solo hecho de repeler el ataque en plena vía pública.

#### **4. Marco Jurídico.**

La responsabilidad patrimonial del Estado es la obligación que nace para reparar o indemnizar los perjuicios sufridos por los asociados por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de los deberes que tienen rango constitucional y legal.

El Estado tiene el deber de garantizar a los individuos miembros de la sociedad, la vida, el sustento y las posibilidades de trabajo. Pero es además una exigencia del bien común la que los poderes públicos contribuyan positivamente a la creación de un ambiente sano, en el que sea posible al conglomerado social el ejercicio efectivo de todos sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

Dicho lo anterior, también es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el libelo de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada dentro del régimen de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 90 que dice:

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

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”.<sup>1</sup>*

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se observa entonces, la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone. Ahora bien, el daño antijurídico debe configurarse mediante alguna de las teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- La clásica falla del servicio en su modalidad probada o presunta y que también puede ser por acción u omisión.
- La teoría del daño especial.
- La teoría del riesgo excepcional
- La responsabilidad por vías de hecho

<sup>1</sup> Consejo de Estado Sentencia de 31 de octubre de 1991 Magistrado Ponente Dr Julio César Urbe Acosta, expediente 6515

- 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.

Para el caso bajo examen, la demanda se funda tanto en el régimen de responsabilidad de la administración conocido como de "riesgo excepcional" al igual que en el régimen de la "falla probada en la prestación del servicio", por lo cual resulta conveniente precisar en qué consiste uno y otro régimen de responsabilidad.-

#### **4.1. Del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional.**

La teoría del riesgo excepcional surge como consecuencia de la asunción por parte del Estado del ejercicio de actividades peligrosas que se asumen en aras del progreso económico y en determinados casos deviene en razón de las actividades desplegadas para proteger a la comunidad.

Dichas actividades tienen una probabilidad alta de causar un daño definido previamente pero en razón del factor económico de provecho que no desconoce quien realiza y se beneficia de la acción, se prevé entonces la posibilidad de causar un daño antijurídico al vulnerarse el principio de igualdad frente a las cargas públicas con respecto a quien padece el daño.

Actualmente la teoría del riesgo excepcional se aplica generalmente en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas, como por ejemplo, la conducción de energía eléctrica, el uso de armas de fuego, de vehículos automotores, etc, y se genera como consecuencia de un régimen objetivo de responsabilidad.

El Consejo de estado frente a la tesis de riesgo excepcional ha dicho:

*"No se trata aquí, entonces de la existencia de una acción u omisión, reprochable de la administración, sino de la producción de un daño, que, si bien es causado*

*por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del estado”.<sup>2</sup>*

Bajo el régimen de la teoría del riesgo excepcional, le corresponde al demandante demostrar únicamente el daño y la relación o nexo de causalidad entre ese daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho de la administración.

Y la administración como eximente de responsabilidad solo se libera en la medida en que logre demostrar la existencia de una causa extraña o fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima y el hecho de un tercero también determinante y exclusivo. No se exime aduciendo el caso fortuito o el cuidado, diligencia o prudencia en el ejercicio de tales actividades.-

#### **4.2. Del Régimen de la falla del servicio probada.**

Este régimen de responsabilidad presenta tres modalidades o supuestos a saber:

- Indebido funcionamiento del servicio.
- No funcionamiento del servicio
- Funcionamiento del servicio, pero tardío.

Adicionalmente hay que mencionar que para la configuración de la “falla del servicio” el Consejo de estado vía jurisprudencial<sup>3</sup> 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;*

<sup>2</sup> Consejo de estado, sentencia agosto 10 de 2000 Expediente 11 585 M P Dr Alier Eduardo Hernandez

<sup>3</sup> Consejo de estado, sentencia de 28 de octubre de 1976, expediente 1482, Magistrado Ponente Dr Jorge Valencia Arango

*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, 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.

#### **4.3 Del Daño Especial.**

El daño especial debe ser entendido como un daño anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos, el cual encuentra su fundamento en el principio de la igualdad ante las cargas públicas, en virtud del cual corresponde al Estado la indemnización de los perjuicios inferidos a los administrados cuando los mismos sean de un actuar legítimo estatal.

En todo momento el daño causado debe ser anormal, de naturaleza muy especial, respecto de los que ordinariamente deben los asociados, en donde el afectado no tiene por qué sufrir el daño causado, no le corresponde soportar un perjuicio que no estaba obligado a soportar.

El Honorable Consejo de Estado en un caso similar al debatido por esta Sala, en el cual una mujer resultó muerta en un intercambio de disparos entre los miembros de un grupo guerrillero y miembros del Ejército Nacional, la Sección Tercera en Pleno, llegó a la conclusión que en estos casos la teoría que se debe aplicar es la del Daño Especial, pues concluyó que es el Estado quien debe responder patrimonialmente por los daños causados a particulares en desarrollo de acciones legítimas de defensa o ataque a cargo de las fuerzas armadas. A continuación la Sala se permite transcribir un aparte de la providencia en comento:

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que cabe declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en aquellos eventos en los que la actuación legal y legítima de la administración provoca un daño a un derecho jurídicamente tutelado y rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas. Así, con base en la teoría del daño especial, ha considerado que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños causados a particulares en desarrollo de acciones legítimas de defensa o ataque a cargo de las fuerzas armadas. En estos casos, el fundamento del juicio de responsabilidad no es la falla del servicio o en el incumplimiento de los deberes estatales, sino la existencia de un daño antijurídico que debe ser indemnizado debido a que excede el sacrificio que cualquier ciudadano debe soportar para permitir el normal funcionamiento del Estado y de las instituciones públicas.*

(...)

**Sin embargo los hechos y pruebas obrantes dentro del expediente permiten concluir, en aplicación del principio iura novit curia, que no es la falla del servicio el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, sino el de daño especial. Y, en estas circunstancias, es evidente que la prueba acerca de quién fue el autor material del disparo causante de la muerte carece de relevancia para efectos de declarar la responsabilidad administrativa del Estado, pues basta con demostrar -**

**como en efecto lo está dentro del proceso que ahora ocupa la atención de la Sala- que hubo un daño y que éste se produjo en desarrollo de un operativo militar, en el que participaron agentes estatales.”<sup>4</sup> (Subrayado y negrilla de la Sala)**

#### **4.4. Del daño antijurídico y el régimen de responsabilidad aplicable al sub iudice.**

Hechas las anteriores precisiones, observa la Sala que en la sentencia apelada, el juez a quo, decidió el caso únicamente bajo el régimen de responsabilidad del Estado del riesgo excepcional.

Sin embargo atendiendo la posición jurisprudencial adoptada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en la sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012) en el proceso con Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206), del cual ya se hizo referencia, esta Sala es del criterio que lo que se debe aplicar en el caso concreto es la teoría del daño especial, pues esta tiene perfecta aplicación en el sub iudice, debido a que para la Sala está suficientemente claro que el occiso, fue ajeno a los hechos que generaron la actuación armada de los miembros de la Policía Nacional, en razón a que su conducta no provocó los disparos de los policiales, quienes reaccionaron al pretender imponer el orden y reaccionar contra quienes los agredían, no había razón entonces, para que Ferslin Ubame Rodríguez tuviera que asumir la carga pública impuesta con el comportamiento armado de los policiales, que en su caso concreto superó la capacidad normal de sacrificio que como ciudadano le correspondía.

Así las cosas esta Sala estima que el régimen de responsabilidad escogido por el a quo para decidir el caso bajo examen no fue acertado, puesto que en estos casos específicos en los que muere un civil al quedar en el fuego cruzado entre delincuentes y miembros de la fuerza pública, sin que el civil hubiese tenido participación en los

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION B - Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH - Bogotá D. C., veintidós (22) de marzo de dos mil doce (2012) - Radicación número: 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206) - Actor: INES DOMICO DOMICO - Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL - Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

hechos que causaron la muerte, lo que se debe aplicar es la teoría del daño especial, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de un enfrentamiento con armas de fuego, en el que en últimas resulta afectado un civil ajeno al enfrentamiento.

Definido como se encuentra que en el caso bajo estudio se debe aplicar la teoría del daño especial, pasemos entonces a realizar el análisis de responsabilidad dicho régimen, determinando si en el caso bajo estudio da lugar a la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada.

## **5. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD BAJO LA TEORIA DEL DAÑO ESPECIAL.**

### **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.<sup>5</sup>

Sobre la existencia del evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, las pruebas aportadas al proceso dan fe de que efectivamente esta persona falleció con ocasión del disparo de arma de fuego recibido el día 01 de marzo de 2009, en el momento en que quedó en el fuego cruzado entre miembros de la Policía Nacional y unos presuntos delincuentes, hecho que se encuentra plenamente probado dentro del expediente con las múltiples investigaciones e informes aportados al proceso y que fueron adelantados en su momento por la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional.

<sup>5</sup>Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alier E. Hernández Enríquez

El hecho la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, y las circunstancias en que ocurrieron (Fuego cruzado) no es causal de discusión dentro de este proceso, por consiguiente se puede concluir que se encuentra demostrado el hecho dañoso, esto es la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez.

## **6.2. Imputación del Daño.**

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 personas con ocasión de la utilización de armas de fuego por parte de miembros de la fuerza pública, son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión.

Pues bien, resulta claro, que los demandantes afirman que el daño que se le produjo con ocasión del disparo de arma de fuego que recibió el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, y que le causó la muerte es imputable a la Policía Nacional, en razón a que fueron unos miembros de dicha institución quienes a pesar de encontrarse en la vía pública abrieron fuego supuestamente para repeler el ataque de los delincuentes, quienes atacaron con disparos a los Policías al verse asediados por estos, y que al final el fuego cruzado terminó por herir al señor Ferslin Ubarne Rodríguez, que nada tenía que ver con dicho asunto, y que al final falleció por el disparo.

Dentro del plenario se observa que no se pudo hacer el análisis al proyectil que ingresó en el cuerpo del demandante puesto que la misma encontró orificio de salida.

El Juez de instancia al igual que el Agente del Ministerio en Público, concluyeron que

indistintamente de quien fue el que disparó el proyectil que causó la muerte al señor Ferslin Ubarne Rodríguez, el hecho de repeler el ataque con disparos por parte de la Policía generó un riesgo que no debía ser soportado por la persona que quedó en medio de los disparos, hecho que no fue desvirtuado por la demandada, quien en ningún momento ha negado que los agentes de Policía efectuaron disparos al contrarrestar el ataque de los delincuentes.

En el material probatorio aportado al proceso se encuentra copia de la actuación penal adelantada en contra de Aroldo Ramos Posada, quien fue el sujeto que disparó contra los miembros de la Policía, y el cual fue capturado, encontrándosele un arma de fuego tipo revolver calibre 38, a quien se le imputó responsabilidad penal por los delitos de; fabricación, tráfico y porte de arma de fuego o municiones, hurto agravado calificado y lesiones personales, pero no se le pudo imputar responsabilidad penal por homicidio, pues no se pudo corroborare que la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, hubiese sido por un disparo de su arma de fuego. (Prueba visible a folio 70 a 94 del cuaderno de pruebas #2)

El señor Aroldo Ramos Posada, quien fue uno de los delincuentes con los que se enfrentó la Policía, fue finalmente condenado por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cartagena, por los delitos de hurto calificado y fabricación, tráfico, o porte de arma de fuego o municiones agravado a título de autos, no pudiendo ser condenado por el delito de homicidio, pues no se pudo comprobar que la muerte ocasionada al señor Ferslin Ubarne Rodríguez, hubiese sido a causa de su arma de fuego. (Folio 444 a 447 del expediente 005-2011-00022)

De igual forma se encuentra demostrado en el expediente, que del proceso disciplinario adelantado por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Policía, contra los policías que participaron en el operativo donde resultó muerto el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, fue archivado al no existir mérito para la apertura de la investigación, pues no se pudo comprobar que la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, hubiese sido ocasionada con el arma de dotación de alguno de los

policiales implicados en los hechos. (Folio 82 a 98 del expediente 005-2011-00022)

De las pruebas arriba relacionadas se puede concluir que ni en la instancia administrativa a los policiales, ni penalmente al delincuente capturado, se le pudo endilgar responsabilidad alguna a quienes intervinieron en el cruce de disparos que culminó con la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, pues de los resultados arrojados en las investigaciones correspondientes no se pudo tener certeza de quien fue el que efectivamente causó la muerte de esta persona, pues por una parte tanto los policiales como los agentes de la Policía Nacional tenían el mismo tipo de arma (revolver calibre 38 mm), y en el cuerpo de la víctima no se encontró la bala que le causó la muerte, pues la misma salió el cuerpo del fallecido.

Para esta Sala si bien la actuación de los miembros de la Policía Nacional, estuvo justificada por la necesidad de defenderse de la agresión de los delincuentes en su huida, la responsabilidad del Estado frente a las víctimas ajenas a esa confrontación no varía, porque en la aplicación de la teoría del daño especial no se valora el carácter normal o anormal del servicio, sino el daño sufrido como consecuencia de la carga que soportó el administrado y que no estaba obligado a soportar, carga que se le impuso con el actuar legítimo de una entidad Estatal, que en este caso lo que hizo fue repeler un ataque armado, pero que desafortunadamente culminó con la muerte de un civil, el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, y por ello no importa quien haya sido el autor material de las lesiones causadas al mismo durante la confrontación, porque lo que debe considerarse es que el resultado dañino fue consecuencia de una operación policial, que es en definitiva la que impuso la carga desproporcionada para el occiso.

Por consiguiente, lo que correspondía a la entidad demandada era demostrar algún eximente de responsabilidad para haberse liberado de la misma, y al no haber sucedido así impide exonerar a la administración de los perjuicios sufridos por los demandantes.

## **7. De los perjuicios reconocidos.**

La Policía Nacional en su recurso de apelación manifiesta estar en desacuerdo con una parte de los perjuicios reconocidos en el fallo de primera instancia, inconformismo que se resuelve a continuación:

### **7.1 Sobre la condena impuesta a favor de Yeimi Maranto Martínez y Yuris Tatiana Ramos Roa.**

Sobre el particular la entidad demandada manifiesta que no se justifican los 100 salarios mínimos legales mensuales reconocidos a cada una de estas personas, pues por una parte no se pudo demostrar en el expediente que la señora Yeimi Maranto Martínez, fuera la compañera permanente, o compañera sentimental del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, así como tampoco se demostró que el fallecido conviviera con la señora Yuris Tatiana Ramos Roa, por consiguiente no se debieron reconocer estos perjuicios.

Al respecto de la relación que en vida mantuvo el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, con la señora Yuris Tatiana Ramos Roa, en el expediente con radicación No.13-001-33-31-005-2011-00022-00, se encuentran las declaraciones de los señores José Joaquín Grisote Mendoza (Folio 148-148), Orlando Conrado Hernández Olivera (Folio 150-151), Jackeline Valdelamar Navarro (Folio 155-156), en las cuales se manifiesta que el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, convivía con Yuris Tatiana Ramos Roa, además de dichas pruebas, se encuentra demostrado en el proceso que el señor Ferslin Ubarne Rodríguez tuvo un hijo con la señora Yuris Tatiana Ramos Roa, lo anterior se corrobora con el registro civil de nacimiento del menor Isaac Ubarne Ramos (Folio 36 del expediente con radicado 006-2011-00027-00), hecho que si bien no prueba la convivencia, si es un indicio de la relación sentimental que existió entre estas personas, y la cual le da certeza a la Sala de la veracidad de los testimonios recibidos en el proceso, en los cuales se indicó la convivencia entre el finado Ferslin Ubarne Rodríguez y Yuris Tatiana Ramos Roa, por consiguiente esta última si se

encontraba legitimada para recibir los perjuicios reconocidos en el fallo de primera instancia.

Por otra parte como ya se mencionó, la entidad demandada indicó en su recurso que no se demostró en el proceso la convivencia o relación sentimental de la señora Yeimi Maranto Martínez, con el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, por consiguiente no hay lugar a reconocer perjuicio alguno a esta persona.

Para poder analizar la existencia del vínculo afectivo que pudo existir entre el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, y Yeimi Maranto Martínez, la Sala se permitirá hacer referencia a las pruebas testimoniales recaudadas en el proceso.

En la declaración recibida al señor Alonso Carlos Marín Ruiz, folio 135-136 del expediente 011-2011-00028-00, se dijo entre otras cosas lo siguiente:

*“Yo al difunto Ferslin Ubarne lo conocí hace 14 años, él vivía en el sector paraíso cerca de donde yo vivía, conozco también a sus tres hermanos, José Ubarne, Jairo Ubarne, Frankly Ubarne y Henry Ubarne, a su mama la señora Doris y a su papa el señor Ubarne, su abuela Estela, él se dedicaba a ser futbolista, jugó en la primera B con el equipo Expreso Rojo, y también se desempeñaba como mensajero en una empresa aquí en el centro, en cuanto a su relación con Yeimi Maranto, se conocieron en noviembre de 2006 y entablaron una relación de la cual tuvieron un hijo Jorge Andrés Ubarne, el cual nació el 28 de abril de 2008. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante. PREGUNTADO. Ya que el testigo manifiesta en respuesta anterior haber conocido al finado Ferslin Ubarne Rodríguez y a todas las personas que conformaban su núcleo familiar, sírvase informarnos como eran las relaciones afectivas entre el finado y las personas que acabó de mencionar. CONTESTO: La relación que mantenían ellos era muy buena, él siempre estaba pendiente de Yeimy siempre iba a su*

*casa y le correspondía con los gastos del niño y de ella, Yeimi se vio afectada con la muerte del finado Mora/mente y económicamente, ya que el difunto era quien le daba para los gastos de ella y del niño. PREGUNTADO: De manera específica como percibiste ese perjuicio moral en Yeimi y en su hijo. CONTESTO: Moralmente el niño como no alcanzó a cumplir el año, ahora que se encuentra grande cada momento pregunta por su papa, además de ser testigo de la relación de ellos, soy el padrino del niño, el niño le manifiesta a otras personas también del núcleo de la familia como sus tíos que quien es su papa o a veces confunde a los tíos como si estos fueran su papa, al tío al abuelo. Con Yeimy tuvo una relación muy buena, era el papa de su hijo viéndose afectada. PREGUNTADO: Sírvase informarnos si el finado al momento de su muerte convivía con Yeimy Maranto y su Hijo Carlos Andrés bajo el mismo techo. CONTESTO: Si ellos convivían, sabemos que él vivía en su casa y siempre estaba pendiente de ellos, es decir él se quedaba donde Yeimi Maranto; un día antes de darse el acontecimiento de la muerte, el 29 de febrero de 2008 él estaba en su casa con ellos. PREGUNTADO: Sírvase indicar al despacho si Ferslin Ubarne Rodríguez al momento de su muerte laboraba en alguna empresa y en caso afirmativo a cuánto ascendía su salario. CONTESTO: El devengaba más del salario mínimo, trabajaba aquí en el centro como mensajero, además de eso como jugaba fútbol varios equipos de fútbol de aquí de la ciudad le pagaban por jugar en torneos locales los fines de semana.”*

En la declaración recibida a la señora Kellys Irina Casarez Morales, folio 137-138 del expediente 011-2011-00028-00, se dijo entre otras cosas lo siguiente:

*“Conozco a Yeimi hacen aproximadamente 10 años y por medio de ella conocí a Ferslin, sé que tuvieron un bebe y la verdad, es que la muerte de Ferslin la afectó mucho, más porque el niño pregunta por su papa, él no lo conoció, y ella también la afectó la muerte porque el difunto la ayudaba. En este estado de la*

*diligencia se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante. PREGUNTADO: Sírvase informar al despacho que otras personas del núcleo familiar de Ferstin Ubame Rodríguez conoce, describiéndolas por sus nombres. CONTESTO: Yo lo conocí a él por medio de Yeimi, pero con los familiares nunca he tratado, es decir los conozco de vista pero hasta ahí. PREGUNTADO: Sírvase informarnos como eran las relaciones afectivas entre el finado y Yeimi Maranto, así mismo, con su hijo Jorge Andrés Ubame Maranto. CONTESTO: Yo sé que él tenía su relación aparte, pero también estuvo pendiente a ella, cuando nació el niño aún más le colaboraba, aunque no vivían era una pareja porque andaban juntos y yo lo veía con ella, compartían también. El si estaba pendiente del niño y de ella. PREGUNTADO: De manera específica, diga si percibió el perjuicio moral en la compañera es decir en Yeimi Maranto. CONTESTO: Mas que todo moral, pero si vi que la afectó porque había mucho afecto y cariño, le dolió mucho su muerte, la vi llorar por eso y más que todo he visto cuando el niño le pregunta por el cómo se pone ella. PREGUNTADO: Sírvase indicar al despacho si Ferstin Ubame Rodríguez al momento de su muerte laboraba en alguna empresa y en caso afirmativo si le consta a cuánto ascendía su salario. CONTESTO: El trabajaba como mensajero acá en el centro y también jugaba Fútbol y hasta donde tengo entendido se ganaba un mínimo.”*

En la declaración recibida a la señora Nelcy Pajaro Amell, folio 139-140 del expediente 011-2011-00028-00, se dijo entre otras cosas lo siguiente:

*“Yo conozco a Yeimi Amaranto hace muchos años, ella iba mucho a la casa porque tengo una hija con la cual andaban juntas, al tiempo tuvo una relación con Ferstin y de esa relación tuvo un niño que se llama Jorge Andrés. El cumplía con ella, le correspondía con los gastos tanto del niño como los de ella, no vivía con ella porque tenía otra relación, pero si correspondía en todo con ella y con él bebe. Se querían porque los veía muy amorosos siempre y juntos,*

*iba a su casa, pasaba mucho tiempo con ella, al bebe lo llevaba a la casa de los abuelos cada rato y así hasta el día que tuvo su accidente. En este estado de la diligencia se le concede el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandante. PREGUNTADO. Sírvase informar al despacho que otras personas que conforman el núcleo familiar de Ferslin Ubarne Rodríguez conoce, describiéndolas por sus nombres y parentesco. CONTESTO: Conozco al papa del muchacho el señor José, que he hablado mucho con él y dos hermanas, porque ellos iban a mi casa con él. PREGUNTADO: Sírvase informarnos como eran las relaciones afectivas entre el finado con las personas que acabó de mencionar y así mismo con Yeimi Maranto, y su hijo Jorge Andrés Líbame Maranto. CONTESTO: Con todos sus familiares mantenía una relación buena nunca les vi peleas ni discusiones. Con Yeimi los veía que se querían mucho, él la abrazaba, la besaba, salían, pasaban días enteros juntos, a veces amanecía en la casa de ella y con él bebe lo cargaba mucho lo abrazaba, lo besaba, lo llevaba a su casa, lo sacaba a pasear, se los llevaba a sus amigos, decía que él era su hijo, yo lo veía muy amoroso con él bebe. PREGUNTADO: Diga la declarante si el fatal acontecimiento que acabó con la vida de Fersmil causo perjuicios morales y en caso afirmativo nos dirá como los percibió en cada uno de los miembros de su núcleo familiar, es decir padres, hermanos compañera e hijos. CONTESTO: Percibí un daño Moralmente, porque afectó a Yeimi porque ella pasaba llorando y todavía es la hora y lo llora, estaba deprimida, no comía y abrazaba a su hijo y lloraba abrazado a él, yo la aconsejaba y le decía que tenía que seguir adelante, ella manifestaba que no podía ser que le pasara eso al padre de su hijo, entonces yo la regañaba porque ella no podía seguir e ese estado porque se podía morir y tenía que salir adelante por su hijo, se puso flaca y todavía es la hora que lo recuerda mucho y llora. El hijo también ha sufrido porque él llama a su papa y quiere que todos hombres que ve sean su papa, es decir el ve al abuelo a mis hijos y a los hermanos y amigos de Yeimi como su papa, Yeimi le dice que su papa está en el cielo, los hermanos también han sufrido se han visto afectado porque*

*pasaban juntos jugaban juntos, el papa llora porque dice que la pérdida de un hijo es grande. La mama pasa como ida, triste, ella dice que no acepta eso de su hijo. PREGUNTADO: De manera específica en la compañera e hijo sírvase manifestar si percibió algún perjuicio de orden material. RESPONDIÓ: Sí se ha visto afectada materialmente porque el correspondía con todo tanto al hijo como a ella, e incluso a veces no le daba tiempo de llegar a la casa de ella y dejaba en mi casa la plata o el mercado porque era más cerca mi casa, entonces mi hija la llamaba y bajaba a darle las cosas, para mí eso la afecto mucho, porque ahora no tiene como mantenerse, los abuelos de vez en cuando es que le dan algo, entonces por eso ella se ve afectada. Inclusive yo muchas veces le he colaborado a ella porque le tengo mucha estimación es para mí como una hija, hasta me dice mama. PREGUNTADO: Sírvase indicar al despacho si Ferslin Ubarne Rodríguez al momento de su muerte laboraba en alguna empresa y en caso afirmativo si le consta a cuánto ascendía su salario. CONTESTO: Lo que yo sé es que él trabajaba aquí en el centro como mensajero y el sueldo se iba a más del mínimo.”*

De las pruebas testimoniales recopiladas en el proceso se puede evidenciar que entre el fallecido y la señora Yeimi Maranto Martínez, existía una relación sentimental, hasta el punto que tenían un hijo, el menor Jorge Andrés Ubarne Maranto, tal y como se corrobora con el registro civil de nacimiento aportado al expediente (Folio 36 del expediente con radicado 011-2011-00028-00), hecho que si bien no prueba la convivencia, si es un indicio de la relación sentimental que existió entre estas personas, y la cual le da certeza a la Sala de la veracidad de los testimonios recibidos en el proceso, en los cuales se indicó la relación sentimental que existió entre el finado Ferslin Ubarne Rodríguez y Yeimi Maranto Martínez, por consiguiente esta última si se encontraba legitimada para recibir los perjuicios reconocidos en el fallo de primera instancia, en razón a que si bien no era la compañera permanente, sí mantenía una relación afectiva con el finado, pues según se indica tenían encuentros ocasionales en los cuales incluso el señor Ferslin Ubarne Rodríguez, dormía en la

casa de Yeimi Maranto Martínez, por consiguiente a juicio de esta Sala la señora Yeimi Maranto Martínez, sí estaba legitimada para ser indemnizada por la muerte del señor Ferslin Ubarne Rodríguez, por consiguiente los perjuicios reconocidos en el fallo de primera instancia serán confirmados.

## **7.2 Sobre el reconocimiento de perjuicios de alteración a las condiciones de existencia reconocida a los menores Isaac Ubarne Ramos y Jorge Ubarne Maranto, hijos del fallecido.**

Sobre el reconocimiento de los perjuicios reconocidos por alteración a las condiciones de existencia por la vulneración de bienes jurídicos constitucionales, para los menores, se refuta la causación de los mismos, primero porque no se especifica por parte del fallador a cuales bienes jurídicos constitucionales hace referencia, y segundo porque no se logró demostrar que la ausencia de la persona fallecida afectara sustancialmente las condiciones de vida de estos actores.

### **7.2.1 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"*<sup>6</sup>

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 fisiológico<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Julio 19 de 2000. Expediente 11842. MP Alier Hernández Henríquez

<sup>7</sup> Ibidem

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 misma implica - produce una alteración importante de las posibilidades vitales de las personas...”*<sup>8</sup>

En el caso que ocupa a la Sala, también se solicita para los hijos menores del fallecido indemnización por el daño a la vida de relación, pues el actor afirma que estos se ven afectados con la muerte de su padre, negándoles la posibilidad de relacionarse y crecer al lado de su padre.

Aprovecha la Sala la oportunidad para precisar que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, en reemplazo del daño a la vida de relación.

Así, el H. Consejo de Estado, sostuvo<sup>9</sup>:

<sup>8</sup>Sentencia del 19 de julio de 2000, expediente 11 842, actor José Manuel Gutiérrez Sepúlveda y otros

<sup>9</sup>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”.<sup>10</sup>*

*“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.”*

---

<sup>10</sup>Consejo 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”<sup>11</sup>.*

*“Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d’existence<sup>12</sup> pueden entenderse como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”<sup>13</sup> o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”<sup>14</sup>.*

<sup>11</sup>Gil Botero, Enrique *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed Comlibros, Tercera Edición, 2006, p 98

<sup>12</sup>Navia Arroyo Felipe *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p 78

<sup>13</sup>Chapus 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

<sup>14</sup>Paillet Michel *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o 278

*“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.”<sup>15</sup> (Destaca el Tribunal).*

En el caso bajo estudio con relación al PERJUICIO INMATERIAL denominado Alteración grave de las condiciones de existencia sufrida por los menores de edad por la MUERTE DEL PADRE, es un hecho que según el Honorable Consejo de Estado vulnera los Derechos fundamentales del niño y de la familia, los cuales deben ser indemnizados, al respecto es preciso hacer referencia al fallo del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010) expedido por el Honorable CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO – dentro del proceso con Radicación número: 20001-23-31-000-2001-00041-01(32651) - Actor: NORA ELINA SIERRA OÑATE Y OTROS - Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-, en el cual al respecto de estos perjuicio dijo entre otras cosas lo siguiente:

*“Finalmente, respecto al perjuicio de ‘daño a la vida de relación’ concedido al hijo del occiso Victor Julio Barceló Zambrano, la Sala debe aclarar que si bien coincide con los argumentos del Tribunal para otorgar indemnización, no se*

<sup>15</sup>Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003-385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

*hace bajo este criterio, en atención a que no solo se afectó la vida y existencia del menor con la ausencia indefinida de su padre, sino que también se violaron bienes jurídicos de raigambre constitucional que están íntimamente relacionados con el perjuicio a indemnizar. En el presente caso, se tiene que el daño causado al menor por la pérdida de su padre, indudablemente vulnera los derechos fundamentales del niño y de la familia, principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil. Es indudable que la institución familiar tiene un alto grado de importancia en el desarrollo personal de los niños, tan es así que, el artículo 44 de la Constitución Política prohíbe expresamente que sean separados de sus familias y consagra derechos y prerrogativas especiales en orden a garantizar su protección y salvaguarda. Así las cosas, es incuestionable que la pérdida de un padre afecta gravemente el núcleo familiar de un niño pues genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento. Esta situación vulnera bienes jurídicos de raigambre constitucional, se reitera, que al estar íntimamente relacionados con el bienestar de los infantes, en el caso específico produjo un daño que debe ser indemnizado. En consecuencia, como está debidamente demostrado que el entorno familiar del menor y su desarrollo emocional se alteraron por la muerte del padre, y esta afectación se mantendrá durante toda su vida debido a la edad al momento de la ocurrencia del hecho -1 año-, no hay duda que esta situación le cercenó la posibilidad de disfrutar del apoyo, afecto, compañía y cariño paternal por el resto de sus días, de allí que, se confirmarán los perjuicios otorgados por el Tribunal de primera instancia pero por las razones que se vienen de exponer.”*

Atendiendo la anterior posición jurisprudencial, y teniendo en cuenta que los hijos menores del finado, al momento de su muerte tenían 3 años el mayor (Ver folio 36 del expediente 2011-00027) y 11 meses el menor (Ver folio 36 del cuaderno 2011-00028),

quienes se privaron de la posibilidad de disfrutar de una relación con su padre y la posibilidad de disfrutar del apoyo, afecto, compañía y cariño paternal por el resto de sus días, hecho este que implica la configuración del perjuicio reclamado y reconocido por el juez de primera instancia, por consiguiente será confirmado por esta Sala de decisión.

### **7.3 Oposición sobre el lucro cesante reconocido.**

Indica la entidad apelante que el lucro cesante reconocido en el fallo apelado no estuvo acorde a la realidad, pues no se encuentra demostrado que el señor Ferslin Ubame Rodríguez, laborara como mensajero y que devengara un sueldo de (\$750.000), pues con la demanda no se aportó contrato laboral alguno, donde se certifique tal hecho.

Al revisar el proceso encuentra la Sala que en el folio 61 del expediente 011-2008-00028-00, se encuentra certificación expedida por el Gerente regional de la empresa ACCES GLOBAL LOGISTICS LTDA, en el cual se certifica que el señor Ferslin Ubame Rodríguez, laboraba en la empresa como mensajero, con un sueldo mensual de setecientos cincuenta mil pesos (\$750.000), prueba que fue legalmente aportada al proceso y correctamente valorada a juicio de esta Sala por el Juez de primera instancia, por consiguiente no es posible darle la razón al apelante cuando afirma que en el proceso no se pudo demostrar los ingresos que recibía el finado al momento de su muerte.

Por todo lo anterior esta Sala que el fallo de primera instancia por el cual se concedieron las pretensiones de la demanda, debe ser confirmado en su totalidad.

## **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

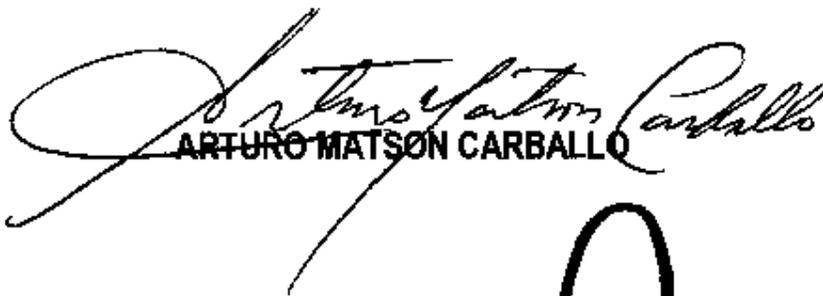
**PRIMERO:** Confirmar en todas sus partes la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LIGIA RAMÍREZCASTAÑO

  
JORGE ANDINO GALLO

DDERCONGESTION



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0113  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: SOCIEDAD COLTRANS S-A-S</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: U-A-E DIAN</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-010-2011-00206-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL



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

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 341/2013

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

**TEMA:** Sanción aduanera por error en la introducción de información en el sistema informático

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: No.13-001-33-31-010-2011-00206-01

II. PARTES

**Demandante:** SOCIEDAD COLTRANS SAS

**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 veinticinco (25) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

## **PRETENSIONES**

PRIMERA: Se declare la nulidad de las Resoluciones N° 002250 del 24 de diciembre 2010 y N° 000513 del 4 de abril de 2011, proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - respectivamente, por cuanto son resoluciones que se profirieron violando normas legales, situación que implica que los actos administrativos demandados sean ilegales y por tanto no tengan validez.

SEGUNDA: Como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca en su derecho a la sociedad COLTRANS S.A.S., ordenando el no pago de dicha sanción, por ser contraria a derecho.

TERCERA: Se condene en costas y gastos del proceso a la Dirección de Aduanas Nacionales de Cartagena, División de Gestión de, Liquidación Aduanera. - DIAN -.

## **HECHOS**

La demandante basa sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes:

COLTRANS S.A.S., en su calidad de agente de carga Internacional, presentó ante el sistema informático aduanero la información correspondiente al documento consolidador correspondiente al B/L N° MRDBCN09032080.

Tal como se observa en el B/L N° MRDBCN09032080 que anexamos a este escrito, la compañía transportadora era BEMEL S.A con NIT 800.248.701-2 razón por la cual esta fue la información que suministramos oportunamente a través del sistema informático de la DIAN, sin embargo, de forma arbitraria BEMEL S.A, al momento de incorporar la información del transportador al sistema aduanero, transmitió que el transportador era COMPAÑÍA COLOMBIANA DE GRUPAJES S.A, siendo lo correcto BEMEL S.A.

El día 27 de Mayo de 2010, se radicó ante la DIAN de Cartagena el oficio con radicado N° 022265 en el cual, de Buena Fe se solicitó a la DIAN la corrección del anterior error. Ya que el actor transmitió a la DIAN, que el transportador era BEMEL S.A. (Pues era lo que había dicho BEMEL S.A desde un principio) pero como de manera arbitraria este se cambió por COMPAÑÍA COLOMBIANA DE GRUPAJES S.A, se genera un error en la identificación del transportador

El día 25 de octubre de 2010, fue expedido por la DIAN el requerimiento especial aduanero N° 000312 por el cual se imponía sanción al agente de carga COLTRANS por la infracción contemplada en el numeral 3.1 del artículo 498 del decreto 2685 de 1999, el cual fue contestado el día 08 de noviembre de 2010.

El día. 24 de Diciembre de 2010, la División de Liquidación de la DIAN de Cartagena, profirió la Resolución N° 002250 por medio de la cual impone a la demandante, una sanción de multa por \$ 3.090.000, por el simple hecho de haber transmitido el nombre del transportador que figuraba en el B/L enviado por el mismo.

El día 14 de Enero de 2011 la sociedad COLTRANS S.A, presentó recurso de reconsideración contra la anterior resolución, solicitando el archivo del proceso por considerar que en el presente caso no había gradualidad entre la sanción y la falta pues no se ocasionó daño al Estado, se viola el principio constitucional de Buena fe, y el error fue generado además por el hecho exclusivo de un tercero.

El día 25 de Enero de 2011, se dio alcance al anterior recurso solicitando el archivo del proceso por violación del debido proceso por falta de competencia de la DIAN de Cartagena para imponer la sanción, siendo competente para este proceso sancionatorio la DIAN de Bogotá por encontrarse en esta ciudad el domicilio principal de COLTRANS S.A, argumentos y documento sobre el cual no hubo pronunciamiento alguno en la resolución que puso fin a la vía gubernativa.

A pesar de los anteriores argumentos, el día 04 de Abril de 2011, la DIAN de Cartagena expidió la resolución N° 000513 por medio de la cual se confirma la

sanción a cargo de la sociedad COLTRANS S.A, resolución en la cual no se debaten todos los argumentos de defensa planteados en el recurso de reconsideración.

## **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Se invocaron los artículos 29, Derecho al Debido Proceso y 83 Principio de Buena Fe de la Constitución Política Nacional, Violación de la circular 085 de 2.003.

El debido proceso en las actuaciones administrativas de las entidades del Estado para con los Administrados, es un derecho constitucional consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y que propende por el derecho de los administrados a recibir un tratamiento debido durante las actuaciones administrativas. En el presente caso es evidente que hubo violación al debido proceso.

En la circular 085 de 2003 expedida por el Director de Aduanas, dirigida a los Directores Regionales, Subdirector de Fiscalización Aduanera, Administradores de Impuestos y Aduanas Nacionales, Administradores de Aduanas Nacionales, Administradores Especiales de Aduanas, Administradores delegados, Jefes Divisiones de Fiscalización aduanera, Jefes de División de Liquidación, Jefes de División Jurídica, se establecieron las directrices a tener en cuenta para la aplicación de sanciones.

La DIAN no tuvo en cuenta al momento de proferir la Resolución N° 002250 de 24 de diciembre de 2010, en primer lugar, que Coltrans S.A. actuando de buena fe y en cumplimiento de la ley, una vez evidencio el error en la información registrada en el sistema informático "Muisca" solicito por escrito a la DIAN corregirlo según lo preceptuado en el inciso 5° del artículo 98 del decreto 2685, y en segundo lugar, que con el error cometido no se ocasiono daño al Estado y tampoco Coltrans S.A. obtuvo beneficio alguno.

No hubo daño al estado y por lo tanto no se debe imponer la sanción por cuanto la DIAN recibió correctamente la información respecto al transportador de parte del

mismo transportador y de los señores BENAVIDES MELÓ- BEMEL S.A- tal como consta en el documento de transporte obrante en el expediente administrativo y en el artículo 97-1 del decreto 2685 de 1.999.

En el presente caso no hay proporcionalidad entre el error cometido y la sanción impuesta que es de \$3.090.000 por el simple hecho de haberse equivocado el demandante en el nombre del transportador, que tal como se ha señalado antes no ocasiona ningún daño al Estado por cuanto la mercancía amparada en el documento de transporte sigue siendo lo misma, se hace referencia al mismo número de documento de transporte y la información ha sido suministrada correctamente por el transportador, razón por la cual de ninguna manera se entorpece la acción de la autoridad aduanera.

## **B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Folio 48 a 58)**

La DIAN presentó contestación a la demanda y a su adición oponiéndose a las pretensiones de la misma, indicando concretamente que en la búsqueda de la solución del caso analizado, se puede decir que el legislador le otorga al Agente de Carga Internacional una oportunidad de corregir o modificar la información reportada o entregada a la autoridad aduanera a través de los servicios electrónicos, pero no es menos cierto que sólo ello procede cuando se realiza antes de presentarse el aviso de llegada del medio de transporte al territorio aduanero nacional, o excepcionalmente se podrán presentar adiciones o documentos de transporte, de conformidad con los lineamientos establecidos por la autoridad aduanera.

Así mismo, es la autoridad aduanera quien puede establecer cuando la información respecto del manifiesto de carga y los documentos de transportes, ha sido entregada, situación que se confirma a través del servicio informático electrónico, y que en el presente caso fue reportada de manera extemporánea, el documento de transporte consolidador de carga, sólo se corrigió en el sistema el 24 de mayo de 2010, a las 10: 33: 05 horas, es decir, después de la fecha prevista para el aviso de llegada del medio de transporte, esto es el 22 de mayo de 2010 a las 08: 10:00 p.m.

Al oponerse a los cargos indicó que el principio de la buena fe, de orden constitucional, supone que el particular actúe de conformidad a lo establecido en la ley, en este caso se está sancionando al Agenté de Carga Internacional, COLTRANS S.A., consecuentemente con su actuación en la operación de importación, por los fundamentos de hecho y derecho, dilucidados. En el presente caso, no basta que el Agente de Carga Internacional Coltrans S.A., haya actuado de buena fe, o no se le haya causado daño al estado.

En este caso, es menester resaltar que la obligación de actuar con un relevante espíritu de justicia y velar por la efectividad de los derechos, garantías y deberes de los coasociados por parte de la Administración, se traduce en la estricta observancia de los procedimientos establecidos en la ley; es decir una vez analizados los hechos y verificado el acaecimiento de la infracción aduanera, lo procedente es aplicar la norma, sin que ello pueda considerarse violación a principio constitucional o legal alguno.

De otro lado, analizando el argumento del error exclusivo de un tercero para exonerar al Agente de Carga Internacional Coltrans S.A., de su responsabilidad frente a los errores presentados en el diligenciamiento de la información en el sistema informático de la DIAN MUISCA, tenemos que dadas las actividades que este ejerce dentro de las operaciones de comercio exterior, es lógico que la inobservancia de las normas de carácter aduanero que las regulan, se traduzca en imposición de sanciones previstas por el legislador, como ocurre en el caso de marras, por tanto este cargo no está llamado a prosperar.

De lo anterior se infiere que no son de recibos los argumentos que presenta el recurrente, COLTRANS S.A, en su condición de Agentes de Carga Internacional, como tampoco se puede excluir a la sociedad encartada de las sanciones que el legislador previo en los casos analizados, pues está bajo su responsabilidad cualquier acción u omisión que contraríe los presupuestos legales establecidos, en el desarrollo de las actividades del comercio internacional.

### **C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 173-198)**

La juez de primera instancia consideró que los actos acusados se encuentran ajustados a derecho, pues consideró que de acuerdo con el acervo probatorio, se tiene que la sociedad demandante fue consciente de la existencia del error en que incurrió en el sistema electrónico MUISCA, al no incluir como transportador de la carga, a Colgrupajes, sino a Meló S.A., por lo que no dudó en manifestarlo así, a la Dirección de Impuestos y de Aduanas Nacionales; sin embargo también es claro que no tuvo la debida diligencia para llevar a cabo la efectiva corrección de dicho yerro, porque si bien fue presentada solicitud en tal sentido, también lo es que la misma fue hecha de manera extemporánea, pues tal como se verifica a folio 75 del expediente donde se puede apreciar en el campo donde se señala la fecha de aviso de llegada del medio de transporte fue el 22 de Mayo de 2010 a las 08:10 p.m y la declaración de corrección fue presentada el día 25 de Mayo de 2010 a las 09:15 a.m.

Concluye que la sanción, a diferencia de lo que alega el demandante, no es infundada, pues los actos administrativos acusados también esgrimen de manera detallada tanto los fundamentos de derecho como los facticos en que se apoyaron para tomar la decisión que hoy acusa de ilegal la parte actora.

Por otra parte indica que no puede alegarse en este caso, el error exclusivo de un tercero como causal eximente de responsabilidad, bajo el argumento de que el transportador principal no informó a tiempo sobre el cambio de transportador, pues la falta de comunicación entre sus mismos contratistas, no puede servir de justificación frente al incumplimiento de las normas legales. En efecto, ante la responsabilidad que conlleva el transporte marítimo de mercancías, el Agente de Carga Internacional, como representante de dicha operación, debe cerciorarse de la información que recibe, sin que sea factible endilgarle a la Administración Aduanera, que soporte las consecuencias de la incomunicación entre sus miembros. En otras palabras, hubo una omisión por parte del Agente de Carga Internacional Coltrans S.A. en verificar lo consignado en el medio Electrónico una vez iniciado el transporte de la mercancía.

## **D. LA APELACION (Folio 200 a 202)**

La parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando la violación al principio de buena fe, de legalidad, y ausencia de responsabilidad por culpa exclusiva de un tercero, porque si bien es cierto que la sanción aplicada se encuentra establecida en el artículo 498 del decreto 2685 de 1999 para quienes "incurran en inexactitudes y errores en la información presentada a través de los servicios informáticos aduaneros", no es menos cierto que la administración y el juzgador de primera instancia han debido tener en cuenta que NO son todos los errores los que deben ser sancionados pues respecto de este tema hay sentencias y resoluciones de la misma DIAN que lo aclararan como procederemos a citar, y que además COLTRANS S.A.S no cometió ningún error ni inexactitud pues se limitó a transmitir la información que se encontraba establecida en el documento consolidador de carga como se encuentra probado en el proceso.

En el caso que nos ocupa, una vez la agencia de carga se dio cuenta que había una diferencia entre la información contenida en el documento consolidador de carga y la que contenía el documento de transporte hijo, y con el propósito de evitar sanciones como las que efectivamente fueron impuestas, procedió a solicitar a la DIAN el cambio de la información; pero la realidad es que el Agente de Carga no transmitió una información errada ni inexacta, sino que transmitió la información que se encontraba en el documento consolidador de carga que era la real en ese momento tal como lo reconoce el mismo Juez de primera instancia.

Ratificando los argumentos expuestos en la demanda, en el presente caso las inconsistencias presentadas en la información no fueron responsabilidad de COLTRANS S.A.S sino de BEMEL S.AS por cuanto COLTRANS transmitió la información real que era la correspondiente al documento consolidador de Carga, razón por la cual al no incurrir en errores ni inexactitudes en la información suministrada no es procedente la aplicación de la sanción establecida en el artículo 498 numeral 3.1 del decreto 2685 de 1999.

Las inconsistencias presentadas en la información suministrada no se debieron a un simple error de comunicación entre la agencia de carga y sus contratistas como lo mal interpretó el juez, sino que se debió a que abiertamente el transportador BEMEL S.A cambio el documento de transporte que ya había sido expedido y citó como transportador a la compañía COLGRUPAJES lo cual no es responsabilidad del agente de carga ni puede ser sancionado injustamente por el hecho exclusivo de un tercero máxime cuando se trata de un error que no generó daño al estado y además no entorpeció las labores de la administración por cuanto el transportador al suministrar su información lo hizo en forma correcta.

## **E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

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

## **V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

- Por auto 28 de agosto de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 10 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 a lo cual se procede previas las siguientes.

## **VI.- CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

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

## **2. Caducidad**

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que la resolución que agotó la vía gubernativa (Resolución No. 00513 del 04 de abril de 2011), quedó ejecutoriada el 7 de abril de 2011, suspendiéndose el término de caducidad de la acción contenciosa el 27 de junio de 2011, por solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, reanudándose el término de caducidad el 07 de septiembre de 2011, presentándose la demanda el 16 de septiembre de 2011, es decir, antes del vencimiento de los cuatro meses que exige la Ley para la presentación de este tipo de acciones.

## **3. Síntesis del Caso.**

En el presente asunto se tiene que la DIAN impuso sanción a la sociedad demandante por el hecho de haber registrado erróneamente en el sistema informático de la DIAN, al transportador principal del BL No. MRDBC09032080 al transportador Benavides Melo con NIT.800.248.701, cuando el correcto era Compañía Colombiana de Grupajes S.A.S con NIT. 830.088.574, sanción tipificada en el artículo 498 numeral 3.1 del Decreto 2685 de 1999.

Por su parte el demandante alega que la sanción impuesta es injusta, pues a su juicio con el error no se le causó ningún perjuicio al Estado, pues fue un simple error humano, el cual fue corregido, y que además el error no fue por descuido de Coltrans S.A., pues esta sociedad solo se limitó a transcribir la información que se encontraba en el documento consolidador, siendo entonces el error un hecho de un tercero, pues fue BEMEL S.A.S., la entregó la información al Coltrans S.A.

Por su parte la DIAN tanto en la vía administrativa como en la judicial argumentó que la norma es clara al sancionar la conducta cometida por Coltrans S.A., y que no basta que la sancionada manifieste que actuó de buena fe para exonerarlo de responsabilidad aduanera.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, al concluir que efectivamente el error cometido por la demandante se encuentra tipificado con una sanción, sanción que a su juicio estuvo ajustada a derecho, pues efectivamente el error se cometió y no fue corregido en la oportunidad legal para ello. Por su parte el demandante, en el recurso de apelación insiste en los argumentos de nulidad presentados en la demandada.

#### **4. Los actos acusados.**

4.1 Resolución N° 002250 del 24 de diciembre 2010 por medio de la cual se impuso una sanción a la Sociedad COLTRANS S.A, proferida por la Jefe de División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena. (Folio 112-118)

4.2 Resolución No. 000513 del 4 de abril de 2011, proferida por la División Jurídica de la Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración y se confirmó la Resoluciones Resolución N° 002250 del 24 de diciembre 2010. (Folio 142-153)

#### **5. Problema jurídico a resolver.**

El problema jurídico a resolver en el caso que ahora nos ocupa, se circunscribe a determinar si la DIAN, mediante los actos administrativos acusados, infringió las normas superiores invocadas como vulneradas, al imponer sanción a la Sociedad Coltrans S.A., por incurrir en error en el documento de transporte, más exactamente en la identificación del transportador, al colocar al transportador COMPAÑÍA COLOMBIANA DE GRUPALES S.A., en lugar de registrar el nombre de BENAVIDES MELO S.A. Ingresando la inexactitud en el sistema informático electrónico.

#### **6. MARCO NORMATIVO**

Es preciso como primera medida hacer referencia a la norma por la cual fue sancionada la sociedad demandante, la cual está contenida en el Estatuto Aduanero Colombiano, dentro del capítulo de las infracciones aduaneras de los agentes de carga internacional, más exactamente en el numeral 3.1 del artículo 498, el cual establece expresamente lo siguiente:

*“ARTÍCULO 498. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS AGENTES DE CARGA INTERNACIONAL Y SANCIONES APLICABLES.<Artículo modificado por el artículo 30 del Decreto 2101 de 2008. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los agentes de carga internacional y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:*

*(...)*

*3. Leves:*

*3.1. Incurrir en inexactitudes o errores en la información presentada a través de los servicios informáticos electrónicos.*

*La sanción aplicable será de multa equivalente a seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”*

De igual forma sobre las obligaciones impuestas al agente de carga internacional con relación al registro de la información en los medios informáticos, los artículos 96 y 105 del decreto 2685 de 1999, establecen lo siguiente:

*“ARTICULO 96. TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS DE VIAJE A LA AUTORIDAD ADUANERA.<Artículo modificado por el artículo 10 del Decreto 2101 de 2008. (...)*

*En el caso del modo de transporte marítimo, el transportador, deberá entregar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios*

*informáticos electrónicos, la información del manifiesto de carga y de los documentos de transporte por él expedidos, con una anticipación mínima de doce (12) horas a la llegada del medio de transporte.*

*Cuando se trate de carga consolidada en el modo marítimo el agente de carga internacional, deberá entregar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios informáticos electrónicos, la información de los documentos consolidadores y de los documentos de transporte hijos con una anticipación mínima de doce (12) horas a la llegada del medio de transporte al territorio nacional. Cuando se trate de trayectos cortos señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la entrega de la información a que se refiere el presente artículo por parte del transportador o agente de carga deberá realizarse con una anticipación mínima de seis (6) horas a la llegada del medio de transporte, en el caso del modo de transporte marítimo y, una (1) hora, antes de la llegada del medio de transporte en el caso del modo de transporte aéreo.*

*Cuando se trate de trayectos cortos señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dicha entrega deberá realizarse con una anticipación mínima de seis (6) horas a la llegada del medio de transporte, en el caso del modo de transporte marítimo y, una (1) hora, antes de la llegada del medio de transporte en el caso del modo de transporte aéreo.*

*Los transportadores terrestres, deberán entregar la información de los documentos de viaje, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los servicios informáticos electrónicos, antes o al momento de su llegada.*

*La información de los documentos de viaje entregada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá ser corregida, modificada por el transportador o el agente de carga internacional, según el caso, antes de presentarse el aviso de llegada del medio de transporte al territorio aduanero*

*nacional. Igualmente y dentro del mismo término, en casos excepcionales, se podrán presentar adiciones de documentos de transporte, de acuerdo al reglamento que para tal efecto establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*

*Se entenderá que la información del manifiesto de carga y los documentos de transporte ha sido entregada, cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través del servicio informático electrónico acuse el recibo de la misma.*

*Cuando se trate de vuelos combinados de pasajeros y carga, la información de los documentos de viaje correspondiente a la carga transportada, deberá entregarse por el transportador, dentro de los términos establecidos en el presente artículo.”*

*(...)*

**“ARTICULO 105. OBLIGACIONES DEL AGENTE DE CARGA INTERNACIONAL.**

*<Artículo modificado por el artículo 18 del Decreto 2101 de 2008.: Son obligaciones del Agente de Carga Internacional en el modo marítimo, las siguientes:*

- a) Entregar a través de los servicios informáticos electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la información contenida en los documentos consolidadores y en los documentos de transporte hijos, relacionados con carga que llegará al territorio nacional, en la forma y oportunidad prevista en el artículo 96 del presente decreto;*
- b) Presentar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de los servicios informáticos electrónicos, dentro del término previsto en el artículo 98 del presente decreto, el informe de descargue e inconsistencias;*

- c) Justificar las inconsistencias advertidas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 99 del presente decreto;*
- d) Expedir la planilla de envío que relacione las mercancías que serán introducidas a un depósito o a una zona franca;*
- e) Entregar, dentro de la oportunidad establecida, las mercancías amparadas en los documentos consolidadores y en los documentos de transporte hijos, al depósito habilitado, al usuario de la zona franca, al declarante o al importador, según sea el caso;*
- f) Responder porque la información que entreguen a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sobre documentos consolidadores y documentos de transporte hijos, corresponda al contenido de los documentos físicos.”*

## **7. Pruebas obrantes en el proceso.**

Por oficio No. 48-245-453-2507 de 28 de mayo de 2010 (fl. 70), el Jefe de Servicio al Comercio exterior de la DIAN, y el Jefe GIT de Control Carga y Tránsito, ponen en conocimiento a la División de Fiscalización Aduanera, el incumplimiento de una obligación aduanera por parte de al ACI Coltrans S.A. al ingresar con inexactitud la información en el sistema informático electrónico, debido a que se digitó en el Sistema MUISCA el Transportador Principal del BL BRDBCN09032080, como Benavides Meló siendo lo correcto CÍA Colombiana de Grupajes SAS.

A folio 71 reposa escrito que suscribe la señora Yesika Guerra Mancera del Departamento de Importaciones de COLTRANS S.A. de fecha 27 de Mayo de 2010, dirigido a la Dian en la cual se pone en conocimiento de un error en los documentos de soporte ingresados al sistema informático de la entidad.

A folios 74 y 73 obra copia de los documentos de Transporte consolidadores de carga, con Nos. de Formularios 41635911 y 46030292, de fechas 14 de mayo de 2010 y 27 de mayo de 2010 respectivamente, donde se verifica a la Sociedad Coltrans S.A. como responsable, en su Calidad de Agente de Carga Internacional, en el proceso de transporte marítimo de la carga suelta con BL No. BRDBCN09032080. En el primer

documento se registra como transportador a Benavides Meló S.A. y en el segundo, a la Cía Colombiana de Grupajes S.A.S.

A folio 75 del expediente obra copia de la impresión de la Dian donde se señala que el Aviso de Llegada de la mercancía fue el 22 de Mayo de 2010 a las 08:10 p.m.

Por auto 00963 se da apertura al proceso sancionatorio (fl. 78) del cual se informa a la hoy demandante por oficio 1616 visible a folio 80 del expediente.

A folio 81-82 obra escrito que suscribe la señora Claudia Patricia Arteaga por parte de COLTRANS S.A. con fecha 22 de Septiembre de 2010, dirigido a la Dian: en el que manifiesta su desacuerdo con el proceso sancionatorio que cursa contra la sociedad y esgrimiendo que se vulnera el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, pues se subsanó oportunamente los errores en que se incurrió.

Posteriormente se emite el REA No. 000312 de fecha 25 de octubre de 2010, el cual es contestado el 09 de noviembre de 2010 (fl. 99-102). Por auto 2304 se tiene como pruebas las obrantes dentro del proceso, y se da traslado del mismo a la División de Gestión de Liquidación Aduanera para lo de su competencia (fl. 104-105).

El 29 de noviembre de 2010, Coltrans remite Memorando 00306 de junio de 2006 como prueba de los argumentos planteados (fl. 107-109) Finalmente, se emite la Resolución No. 2250 de 24 de diciembre de 2010 (fl. 112-118) por el cual se impone una sanción a la hoy demandante, por incurrir en una infracción aduanera, y se hace efectiva una póliza de cumplimiento emitida por Seguros del Estado S.A., la cual es recurrida en reconsideración (fl. 124-138), y confirmada en todas sus partes por Resolución No. 513 del 04 de abril de 2011 (fl. 142-153). Actos Administrativos, estos últimos, cuya legalidad se analiza en el sub lite.

## **8. Conclusiones**

A juicio de esta Sala la norma es clara al tipificar la sanción que se le debe imponer al agente de carga internacional, con relación al incumplimiento de alguna de las obligaciones relacionadas con el registro de información en los medios informáticos de la DIAN, más exactamente cuándo se presenten errores en la consignación de la información que se registra en dicho sistema, sanción que como ya se vio se encuentra contenida en el artículo 498 numeral 3.1 del Decreto 2685 de 1999.

En el asunto tratado no hay duda al respecto del error cometido por la demandante al momento de consignar el nombre del transportador del BL No. MRDBCN09032080, pues es un hecho que además de estar demostrado en el expediente administrativo, ha sido aceptado por parte de la demandante, quien manifiesta que el error no fue cometido de mala fe, que con este no se le causó ningún perjuicio al Estado, y entre otras cosas manifestó que fue ocasionado por el hecho exclusivo de un tercero, pero a pesar de todo lo cierto es que el error se cometió y por tal razón le fue impuesta la sanción correspondiente.

Esta Sala es del criterio consistente en afirmar que al configurarse los supuestos de hecho que configuran la sanción contemplada en el artículo 498 numeral 3.1 del Decreto 2685 de 1999, es deber de la administración de aduanas colocar las sanciones correspondientes, pues estas son normas que buscan proteger el orden económico interno del país, por consiguiente el hecho de haber consignado el agente de carga un transportador totalmente distinto al que correspondía a la operación, es una actuación jurídicamente reprochable.

Ahora bien el estatuto aduanero en su artículo 96, contempla la posibilidad que cuando se presenten errores como el que se presentó en el caso bajo estudio, por parte del agente de carga, este tiene la oportunidad de proceder a la corrección del mismo, siempre y cuando dicha corrección se realice antes de la presentación del aviso de llegada, y en el caso bajo estudio si bien el aviso de llegada fue del 22 de mayo de 2010 (folio 75), la solicitud de corrección solo fue presentada hasta el 27 de mayo de 2010 (Folio71), es decir cinco días después de la presentación del aviso de llegada, por consiguiente la solicitud de corrección fue presentada en forma extemporánea.

Así las cosas esta Sala comparte la posición adoptada por la juez de primera instancia de estimar ajustados a derecho los actos administrativos demandados, pues la sanción fue bien impuesta por parte de la DIAN, no pudiendo la entidad demandante escudar su

responsabilidad en el hecho de un tercero, pues aunque ello fuese cierto, en aplicación del artículo 3° del Decreto 2685 de 1999; así como son responsables el importador, el propietario y el poseedor o tenedor de la mercancía, así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, **el agente de carga internacional**, el depositario, intermediario y el declarante, por consiguiente al ser sancionado el agente de carga internacional, este no puede escudar su responsabilidad por el posible equivoco de un emisor al momento de la entrega de un dato tan importante como lo es la identificación del transportador, por consiguiente el argumento de la culpa exclusiva de un tercero no puede ser tomado como válido por parte de esta Sala para declarar la nulidad de los actos acusados.

Tampoco es de recibo por parte de esta Sala el argumento presentado por la demandante, consistente en afirmar que su actuar fue de buena fe, pues no basta la buena fe en el desarrollo de las operaciones aduaneras, en razón a que los responsables del desarrollo de este tipo de operaciones como lo es el agente de carga internacional, deben actuar con un alto grado de diligencia para efectos de evitar la comisión de una infracción aduanera, diligencia que no se presentó en el caso tratado y que por ello fue impuesta la sanción, sin poder excusar su responsabilidad el demandante en que su actuar fue de buena fe, pues además es un deber de todos los integrantes del conglomerado social actuar de buena fe, por ello este argumento de nulidad tampoco puede ser tenido por la Sala como procedente para declarar la nulidad de los actos acusados.

Por otra parte indica el demandante que con el error cometido no se causó ningún perjuicio al Estado, y que por ello no había lugar a la imposición de la sanción, motivo por el cual se deben anular los actos acusados. Para la Sala la norma es clara al tipificar con sanción el hecho de incurrir en errores o inexactitudes en la información presentada a través de los servicios informáticos electrónicos de la DIAN, sin que la norma en ningún momento condicione la imposición de la sanción al descubrimiento de perjuicios causados al Estado, por consiguiente al no existir cualificación especial de la conducta que condicione la imposición de la sanción, el solo hecho de incurrir en el error, sin proceder a su corrección bajo las condiciones de ley, da lugar automáticamente a la imposición de la sanción, tal y como efectivamente ocurrió en el caso bajo estudio, por consiguiente este argumento de nulidad tampoco está llamado a prosperar.

Así las cosas esta Sala procederá a la confirmación de las pretensiones de la demanda, pues la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho, por cuanto en el caso bajo estudio no se pudo desvirtuar la legalidad de los actos administrativos acusados.

## 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 veinticinco (25) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

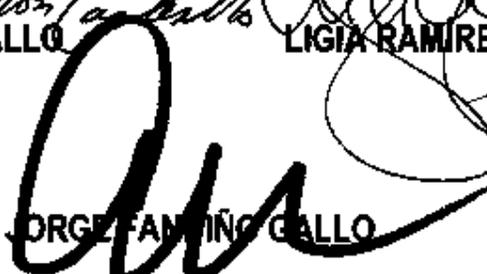
### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

#### LOS MAGISTRADOS

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

  
JORGE FANDEÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0114  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: MAGOLA RUIZ MARRIAGA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: E-S-E JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-23-31-006-2006-01545-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL**



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

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 34512013

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

TEMA: Supresión de Cargos – Reten Social.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: No.13-001-23-31-006-2006-01545-00

II. PARTES

Demandante: MAGOLA RUIZ MARRIAGA

Demandado: ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce en primera instancia la Sala especial de descongestión 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, de la demanda interpuesta por **MAGOLA RUIZ MARRIAGA**, contra la **ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN**.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare NULO el Acto Administrativo contenido en el Oficio No: SADRHLIQ - No. 00162 de fecha 29 de Julio de 2006, expedida por el Representante Legal de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, mediante el cual se le notifica a la demandante, que mediante el Decreto No. 2505 de fecha 29 de Julio de 2006, se ordenó suprimir la Empresa Social del Estado JOSÉ PRUDENCIO PADILLA y se ordenó su liquidación. Así mismo se le notificó que: " de tal manera que la empresa en liquidación le informará el sitio donde desarrollará las actividades que considere pertinentes.

SEGUNDO: Que, a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene a la NACIÓN - EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, JOSÉ PRUEDENCIO PADILLA - EN LIQUIDACIÓN, a incorporar a la señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, mayor de edad, domiciliada y residente en esta ciudad, identificada con la C. C. No. 45.430.798 de Cartagena, en el mismo cargo que venía desempeñando, en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de la Escisión de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, del SEGURO SOCIAL o en otro de igual o superior categoría.

TERCERO: Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la NACIÓN - EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, JOSÉ PRUEDENCIO PADILLA - EN LIQUIDACIÓN, al pago de los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que mi mandante dejó de percibir, desde la fecha de la escisión de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, del SEGURO SOCIAL y, hasta que se produzca la reincorporación de la Señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, mayor de edad, domiciliada y residente en esta ciudad, identificada con la C. C. No. 45.430.798 de Cartagena, al cargo que le corresponde o a otro igual o de superior categoría, teniendo en cuenta que para efectos de prestaciones sociales, en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de mi poderdante, desde cuando se produjo la escisión de la ESE JOSÉ

PRUDENCIO PADILLA, del SEGURO SOCIAL, hasta el momento en que se reincorpore efectivamente.

CUARTO: Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se condene a la NACIÓN - EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, JOSÉ PRUEDENCIO PADILLA - EN LIQUIDACIÓN, a pagar a la señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, mayor de edad, domiciliada y residente en esta ciudad, identificada con la C. C. No. 45.430.798 de Cartagena, al pago de todas las conquistas laborales a que tiene derecho, consagradas en la Convención Colectiva, especialmente en los artículos 5, Títulos III, IV, V y VIII, suscrita el día 31 de Octubre de 2001, actualmente vigente y con apoyo en lo dispuesto por la Sentencia C-314/04, de fecha 1º de Abril de 2004, la cual, se ha pronunciado sobre el tema de los derechos adquiridos y de la vigencia de los otorgados por la Convención Colectiva.

QUINTO. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de establecido en el artículo 176 del CCA.

SEXTO. Si no se efectúa el pago en forma oportuna y, por la totalidad de las acreencias, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del C.C.A.

SEPTIMO. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

## **2. HECHOS**

PRIMERO: La señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, mayor de edad, domiciliada y residente en esta ciudad, identificada con la C. C. No. 45.430.798 de Cartagena, demandante dentro del proceso de la referencia, ingresó a prestar sus servicios al

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL, empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL representada, actualmente, por el Doctor GILBERTO QUINCHE TORO, o quien haga sus veces por delegación legal, desde el día 2 de Noviembre de 1993, como Trabajador Oficial, a la CLINICA HENRIQUE DE LA VEGA, del Seguro Social, en el Cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES (ENFERMERA), Clase II, Grado 13, 8 horas, VINCULADA A LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE SEGURIDAD SOCIAL.

SEGUNDO: La señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, permanece en dicho cargo, como Trabajador oficial, amparada por la Convención Colectiva suscrita entre el Gobierno Nacional y SINTRASEGURIDADSOCIAL, la cual se encuentra vigente, calidad que ostentó hasta la expedición del Decreto No. 1750 de 26 de Junio de 2003, fecha en la cual se escinde del Seguro Social, la CLÍNICA HENRIQUE DE LA VEGA, para convertirse en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, hoy en LIQUIDACIÓN.

TERCERO: Posteriormente y, con motivo de la expedición del Decreto No. 1750 de 26 de Junio de 2003, arriba mencionado, es vinculada a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, hoy en LIQUIDACIÓN, se le cambia su calidad de TRABAJADOR OFICIAL, para convertirla en EMPLEADA PÚBLICA, razón por la cual, para esta demanda, la competencia la tiene el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar.

CUARTO: La señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, en virtud del Decreto No. 1750 de 26 de Junio de 2003, FUE INCORPORADA AUTOMÁTICAMENTE Y, SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD, a la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, UNIDAD HOSPITALARIA HENRIQUE DE LA VEGA, SECCIONAL BOLÍVAR, configurándose así, la sustitución patronal.

QUINTO: El día 3 de Agosto de 2006, se le notifica a mi mandante, mediante el Oficio SADRHLIQ - No.00162 de fecha 29 de Julio de 2006, que, conforme al Decreto No. 2505 de fecha 29 de Julio de 2006, se suprime la Empresa Social del Estado JOSÉ PRUDENCIO PADILLA y, se ordenó su liquidación. Ese mismo día, también se le notificó que:" de tal manera que la empresa en liquidación le informará el sitio donde desarrollará las actividades que considere pertinentes." Con lo cual se demuestra que a mi mandante se le ha dejado sin ubicación en la planta de la personal de la demandada.

SEXTO: La señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA se encuentra amparada por los beneficios del PPS, entre los cuales se encuentra el conocido con el nombre de RETEN SOCIAL, que es la "protección laboral reforzada" mediante la cual no podrán ser retirados del servicio en aplicación del Programa de Renovación de la Administración Pública. Sin embargo, a la señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA se le ha desmejorado de su cargo para colocarla a desempeñar funciones de actualización de historias clínica y, no en el cargo de AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES (ENFERMERA), Clase II, Grado 13, 8 horas, como venía vinculada.

SEPTIMO: La demandada LA NACIÓN, representada para este efecto por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA - EN LIQUIDACIÓN, no le permitió, a la señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, hacer uso de los recursos de la vía gubernativa, toda vez que no concedió recurso alguno, al momento de notificar acto administrativo demandado. La hoja de vida laboral de la señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, demuestra el cabal y fiel cumplimiento de sus deberes, a lo largo de su trayectoria laboral son de excelencia y eficiencia, como se puede constar en su HOJA DE VIDA, por lo tanto, no existe ninguna justificación para que LA NACIÓN, representada para este efecto por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA -EN LIQUIDACIÓN adopte este tipo de medidas, que perjudican ostensiblemente a una funcionaría que lo único que ha hecho es cumplir en debida forma sus obligaciones y funciones laborales.

OCTAVO: La señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA tiene asignada una remuneración de UN MILLÓN SESENTA Y TRES MIL CIENTO NOVENTA (\$1.063.190,00) PESOS Mete, más el incremento de servicios. La Demandada, LA NACIÓN, representada para este efecto por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA - EN LIQUIDACIÓN, con motivo de la expedición del Decreto No. 1750 de 2003, ha venido desconociendo, en forma sistemática, todos los derechos de la demandante, especialmente, los contenidos en la Convención Colectiva suscrita entre el Gobierno Nacional y SINTRASEGURIDADSOCIAL, en Octubre de 2001, la cual se encuentra vigente, tal como lo puedo demostrar con el Oficio No. DSRH - 389 de fecha 30 de Mayo de 2006, suscrito por el Doctor ANTONIO LUIS BARRIOS BARRIOS, en su condición de Gerente Encargado del Seguro Social, Seccional Bolívar.

### **3. Normas violadas y concepto de la violación.**

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitucionales: artículos 2, 6, 23, 25, 29 y 125.
- Legales y normativos: Decretos Nos: 2351 de 1965, 2148 de 1992, 1750 de 2003.
- Convención Colectiva SINTRASEGURIDADSOCIAL, de fecha 31 de Octubre de 2001.
- Sentencias: C-314 de 2004, C-349 de 2004 y C-867 de 2004.

#### **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

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. Los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado que todos los actos expedidos por el Estado, se encuentren

ajustados al derecho. Por ello, tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan, deberán estar ceñidas con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario, se generan irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el caso sub-lite, en donde la autoridad nominadora no sujetó sus atribuciones a los cánones supralegales.

Gozando la accionante de inamovilidad relativa, por la calidad de empleado inscrito en carrera administrativa -como se probará-, la competencia de la administración era reglada inequívocamente; y a pesar de que se tiene la facultad para suprimir, la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, no es menos cierto que se tiene la obligación de reubicar a su servidor público, sujetándose a las normas que regulan estas situaciones. Valga decir, el ente administrativo tenía que someterse a los procedimientos determinados en la ley; y como culminación de ellos, expedir el acto debidamente motivado, previo el agotamiento de haber sido escuchado en descargos y obtenerse el concepto de la comisión de personal; proceder que no acató el órgano estatal, vulnerando, por consiguiente, la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

Al expedirse el acto cuestionado se desconoció el justo equilibrio previsto entre los derechos del funcionario y los intereses de la administración, pues se ha desmejorado a un empleado inscrito en carrera administrativa, dejando de lado de esta prerrogativa legal, y el órgano administrativo en su política equivocada de manejo de personal desatendió arbitrariamente las virtudes, talentos e idoneidad del demandante, sin acatar los procedimientos legales establecidos. A más que se le ha desconocido su derecho a la prerrogativa del beneficio denominado RETEN SOCIAL. Hubo, pues, pretermisión del procedimiento, que era obligatorio, en su cumplimiento, por la autoridad administrativa.

En definitiva, el acto expedido no fue producido con el lleno de los requisitos legales y, tampoco le permitió a mi Mandante interponer los recursos para el adecuado

agotamiento de la vía gubernativa, por lo que debe recurrir a esta vía, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 135 del C.C.A, inciso final. Todo lo cual hace que el acto acusado se encuentre viciado de nulidad.

Así mismo, procede aseverar que, cuando la ley establece las razones que autorizan la expedición del acto administrativo, está limitando en doble aspecto al ente administrativo: en primer lugar, le fija los únicos motivos que justifican la emisión de voluntad y, en segundo lugar, le impone la obligación de motivar su acto. Además, en jurisprudencia del Consejo de Estado, con reiterada solvencia conceptual se ha sostenido que la facultad discrecional no es absoluta, sino que va encaminada al logro de buen servicio público. Las limitaciones, en el caso sub-judice, se imponen, como está demostrado con la violación de la Constitución y la ley.

## **B.LA CONTESTACION**

### **B.1 Ministerio de la Protección Social (Folio 45 a 67)**

Es claro entonces, que el decreto que escindió el ISS comportó un cambio de la naturaleza jurídica del vínculo que unía a sus servidores con la institución que al pasar a pertenecer a las Empresas Sociales del Estado, se convirtieron por mandato legal, en empleados públicos, dejando de ser trabajadores oficiales. Este cambio de naturaleza jurídica del vínculo del servidor con el operó a partir del 26 de junio de 2003.

El cambio anteriormente referenciado comporta dos situaciones a saber: i) deja de ser trabajador oficial y por ende no se aplica más a este servidor las normas propias de esta clase de funcionarios y ii) pasa a ser empleado público, a quien lo señala expresamente el decreto ley, y se le comienzan a aplicar las normas generales que aplican a esta clase de servidores.

Con relación a la aplicación de la convención del ISS, el Ministerio manifestó que actualmente sigue vigente la Convención Colectiva en el ISS, y aplica únicamente a sus, trabajadores oficiales y no puede aplicarse a empleados públicos de una Empresa Social del Estado distinta de este, resalta que en el ISS existen empleados públicos a los que no se les aplica la Convención Colectiva, toda vez que su régimen laboral es el propio de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, lo cual comporta la no presentación de pliegos de peticiones ni la posibilidad de negociar convenciones colectivas de trabajo.

Indicó el Ministerio de la Protección Social indicó que la sustitución patronal no aplica entre entidades del Estado, Esta es una figura exclusiva del derecho privado. Por lo anterior tampoco podría extenderse la convención del ISS en las ESE's sobre la base de estar aplicando esta figura.

Con relación a la solicitud de aplicación de la convención colectiva pedido en la demanda, indicó el Ministerio que bien es sabido que las convenciones colectivas de trabajo, tan solo se aplican frente a trabajadores oficiales, no así a los empleados públicos. Así las cosas, y sí en el transcurso del proceso, se demuestra que el accionante luego de la escisión, ostentó la calidad de empleado público, no puede reclamar jurídicamente el pago de salarios y prestaciones derivadas de convención colectiva suscrita con anterioridad con el I.S.S. y el sindicato, pues, con la escisión del Instituto de los Seguros Sociales, se presentó un cambio de naturaleza de la relación laboral, pasando de trabajador oficial a empleado público.

La supresión y liquidación de la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, fue ordenada por el Decreto No, 2505 de julio 29 de 2006, prorrogada por los Decretos Nos, 2867 y 4894 de 2007 y 900 de 2008; el proceso de liquidación culminó el 30 de Mayo de 2008, fecha en la cual se suscribió el acta de liquidación y su publicación se dio el 27 de junio de 2008. Para ello, el Liquidador, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que asumió sus funciones, elaboró el programa de supresión de cargos vacantes y los que no eran necesarios para adelantar el proceso.

En todo caso, el decreto precitado estableció que al vencimiento del término del proceso de liquidación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación, quedarán automáticamente suprimidos todos los cargos existentes, de acuerdo con el respectivo régimen legal. El Artículo 3° del Decreto No, 2505 de julio 29 de 2006, estableció expresamente la PROHIBICIÓN PARA INICIAR NUEVAS ACTIVIDADES, señalando: " Como efecto de la liquidación aquí ordenada, la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, por lo tanto, conservará su capacidad jurídica únicamente para realizar actos, operaciones y contratos necesarios en orden a efectuar su liquidación," Lo que implica que a partir del 30 de julio de 2006 que entró en proceso de liquidación con ocasión de la expedición del Decreto 2505 de 2006, le estaba prohibido la iniciación de nuevas actividades.

Dentro de este contexto, cabe resaltar que el Ministerio de la Protección Social no es ni ha sido el competente para evaluar reclamaciones como las que a través de esta demanda formula la accionante, ni para entrar a reconocer o pagar derechos convencionales de los que aduce ser titular, toda vez que, no solo no se tuvo el carácter de empleador de la demandante, sino que ni el ISS ni la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA en Liquidación fueron una prolongación administrativa del mismo, La demandante podía haber concurrido al proceso liquidatorio a ejercer el derecho de contradicción en relación con las reclamaciones que considera constituyen un derecho, al amparo de la normatividad que guiaba dicho proceso. Adicionalmente, debe anotarse que la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN suscribió con FIDUPREVISORA S.A. contrato de Fiducia mercantil, para el manejo de los asuntos pendientes, denominado: P.A.P.- ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA - PAR, Su principal objeto fue constituirse en fuente de pago de los procesos judicial iniciados contra la ESE, y en los que se emitiera sentencia condenatoria, notificados antes de la extinción jurídica y legal de la entidad, como consecuencia de la liquidación del proceso liquidatorio.

Igualmente, es preciso resaltar que el Decreto 2505 de 2006 en ningún momento transfiere las obligaciones, activos o pasivos de la ESE liquidada al Ministerio de la Protección Social, por lo que este Ministerio no es el llamado a responder en el presente proceso, precisamente porque no es ni ha sido sucesor procesal de la extinta entidad, amén que, culminado el proceso liquidatorio el Ministerio de Protección Social no fue destinatario de remanente alguno.

El Ministerio de la Protección Social es un organismo Oficial de Carácter Nacional, que por disposición constitucional y legal no puede asumir las funciones que por expreso mandato legal y constitucional se han asignado a otros organismos, actuar de otra forma sería una extralimitación en el ejercicio de las propias competencias.

Por las anteriores razones, se solicita a la Honorable Juez, denegar las súplicas de la demanda frente al Ministerio de la Protección Social, declarar probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y exonerar a esta entidad de cualquier responsabilidad en el que se analiza.

## **E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no rindió concepto.

## **V. TRÁMITE PROCESAL**

- Por auto del 08 de marzo de 2007, se admitió la demanda.
- El proceso fue fijado en lista el 09 de marzo de 2010.
- El Ministerio de la Protección Social presentó en tiempo el escrito de contestación de la demanda, el 8 de mayo de 2012, (Folio 45 a 67).
- Se abrió a pruebas el proceso el día 11 de julio de 2011.
- Se corre traslado para alegar mediante auto del 22 de noviembre de 2013.
- Finalmente el expediente entra al despacho para fallo.

## VI.- CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2° 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 de carácter laboral, en que se controvertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (100) salarios mínimos legales mensuales.

Estudiada la demanda, se tiene que la demandante establece su pretensión en una suma de ciento un millones ochocientos cuarenta y ocho mil seiscientos veintiocho pesos (**\$101.848.628**), **suma que resulta del equivalente al total de las prestaciones sociales reclamadas.** Así las cosas, observa esta Sala de Decisión que la cuantía establecida por la demandante al momento de la presentación de la demanda<sup>1</sup> superaba el monto legalmente establecido en el mencionado artículo, por lo que en consecuencia este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por razón del territorio y de la cuantía.

En este punto es preciso dejar claro que si bien esta Sala estima que no es la competente para conocer en primera instancia del presente proceso, en razón de la cuantía, en cumplimiento de la providencia tres (3) de marzo de dos mil once (2011), proferida por el Honorable Consejo de Estado dentro del expediente de la referencia, esta Sala Especial de Descongestión avoca el conocimiento del presente proceso, pues el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo como superior funcional de esta Sala de decisión, consideró que el Tribunal Administrativo de Bolívar es el competente para conocer del presente proceso en el trámite de primera instancia.

### 2. Caducidad de la acción.

---

<sup>1</sup>Año 2006 \$ 408 000 x 100 SMLMV= (\$40 800 000 oo)

Considera el despacho que en el presente asunto no ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, ya que en aplicación del numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., la parte demandante contaba con 4 meses para la interposición de la acción, los cuales empezaban a contar desde el momento de la notificación del acto administrativo.

En el caso bajo estudio el acto administrativo demandado (Oficio No: SADRHLIQ - No. 00162 de fecha 29 de Julio de 2006) visible a folio 11 del expediente, fue notificado a la interesada el 3 de agosto del año 2006, por consiguiente tenía hasta el 3 de diciembre de 2006, para la interposición de la demanda, sin embargo la demanda fue interpuesta el 30 de noviembre de 2006, es decir estando dentro del término de caducidad para ello, por consiguiente no ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

### **3. RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES.**

La entidad demandada dentro del escrito de contestación de la demanda, presentó excepciones que se resuelven a continuación:

#### **3.1 Falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente al Ministerio de la Protección Social.**

Afirma el apoderado del Ministerio de la Protección que existe falta de reclamación administrativa, porque no existe prueba que demuestre la efectiva reclamación administrativa frente a esa entidad.

Al respecto al analizar esta Sala el acto administrativo demandado, se observa que contra este acto no procedía ningún recurso, así que el mismo podía ser demandado en forma directa, tal y como sucedió, por consiguiente no se evidencia la falta de agotamiento de vía gubernativa.

#### **3.2 Falta de legitimidad en la causa por pasiva – Inexistencia de la solidaridad entre las demandadas.**

Afirma el apoderado del Ministerio de la Protección Social que, en el presente caso los presuntos hechos y omisiones se relacionan con el ISS y particularmente con la ESE José Prudencio Padilla y no con la Nación – Ministerio de la Protección Social, razón por la cual no puede legalmente ser vinculada como parte pasiva. Agrega que ese Ministerio no puede responder por derechos por definirse y mucho menos relacionados con una relación laboral en la que fueron empleadores entidades descentralizadas que gozaban de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Concluye que, para la época de los hechos la Nación – Ministerio de la Protección Social no era la empleadora del demandante, aunado a que ese Ministerio no es parte ni tuvo injerencia en la suscripción de la convención colectiva celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social “SINTRASEGURIDADSOCIAL” 2001-2004, con fundamento en la cual la actora alega ser titular de unos derechos convencionales.

Considera la Sala que no tiene vocación de prosperidad la excepción, toda vez que, a través del Decreto 2505 del 29 de julio de 2006, “Por el cual se suprime la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla y se ordena su liquidación”, el Ministerio de la Protección Social dispuso lo siguiente:

***“ARTÍCULO 1o. SUPRESIÓN Y LIQUIDACIÓN. Suprímese la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, constituida como una categoría especial de entidad pública descentralizada de la rama ejecutiva del nivel nacional, creada mediante el Decreto-ley 1750 de 2003 y adscrita al Ministerio de la Protección Social.***

*En consecuencia, a partir de la vigencia del presente decreto, dicha entidad entrará en proceso de liquidación, el cual deberá concluir a más tardar en un plazo de un (1) año prorrogable hasta por un plazo igual y, para todos los efectos, utilizará la denominación “Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación”.*

El anterior plazo fue prorrogado por el término de 5 meses, el cual vencía el 29 de Diciembre de 2007, para concluir el proceso de liquidación, por el artículo 1 del Decreto 2867 de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 46.702 de 27 de julio de 2007; por un término hasta de tres (3) meses, el cual vencía el 29 de marzo de 2008, por el artículo 1 del Decreto 4894 de 2007, publicado en el Diario Oficial No. 46.849 de 21 de Diciembre de 2007; hasta el 30 de mayo de 2008 por el artículo 1 del Decreto 900 de 2008, publicado en el Diario Oficial No. 46.943 de 28 de marzo de 2008.

También dispone el Decreto 2505 del 29 de julio de 2006:

***“ARTÍCULO 4o. DIRECCIÓN DE LA LIQUIDACIÓN. El Liquidador de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación, será Fiduagraria S. A., quien deberá suscribir el correspondiente contrato con el Ministerio de la Protección Social, el cual se pagará con cargo a los recursos de la entidad en liquidación.”***

(...)

***“ARTÍCULO 18. PROCESOS JUDICIALES. El Liquidador deberá continuar atendiendo dentro del proceso de liquidación los procesos judiciales y demás reclamaciones en curso y los que llegaren a iniciarse dentro del término de la liquidación, hasta tanto se efectúe la entrega de los mismos.***

*Así mismo, deberá presentar al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Defensa Judicial de la Nación y al Ministerio de la Protección Social, tres (3) meses después de su posesión, un inventario de todos los procesos judiciales y demás reclamaciones en las cuales sea parte la Entidad, y cuando ello sea procedente, deberá archivar los procesos y reclamaciones con sus respectivos soportes y en los términos señalados en las disposiciones vigentes.*

***PARÁGRAFO 1o. El Liquidador deberá entregar al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de la Protección Social un informe mensual sobre el***

*estado de los procesos y reclamaciones, de acuerdo a lo previsto en el artículo 26 del Decreto-ley 254 de 2000.*

**PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional determinará la entidad que asumirá, una vez culminada la liquidación, los procesos judiciales y reclamaciones en que fuere parte la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación, al igual que las obligaciones derivadas de estos.** (Resaltado fuera de texto)

Teniendo en cuenta que el proceso liquidatorio de la ESE José Prudencio Padilla concluyó el 30 de mayo de 2008, se observa que, en el sub judice la demanda se admitió en providencia del 8 de marzo de 2007 y allí se ordenó librar despacho comisiono al Tribunal Administrativo del Atlántico para notificar en Barranquilla al Agente Liquidador de la mencionada ESE, lo cual no pudo llevarse a cabo y ya posteriormente la ESE había sido liquidada.

El párrafo del artículo 32 del Decreto 254 de 2000, *"Por el cual se expide el régimen para la liquidación de las entidades públicas del orden nacional"*, a su vez, dispone lo siguiente:

**"ARTICULO 32. PAGO DE OBLIGACIONES.** *Corresponderá al liquidador cancelar las obligaciones pendientes a cargo de la masa de la liquidación, previa disponibilidad presupuestal, con el fin de realizar su liquidación progresiva; para ello se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

(...)

**PARÁGRAFO.** *Las obligaciones de la Entidad en liquidación, incluyendo los pasivos laborales, se cancelarán con el producto de las enajenaciones, con observancia de las normas legales y presupuestales del caso, teniendo en cuenta la prelación de créditos. Los pasivos laborales incluirán el valor correspondiente al cálculo actuarial del pasivo pensional, el cual se entregará a*

*la entidad que deba asumir el pago de las pensiones y de Bonos Pensionales, si hubiere lugar a ello, con la preferencia reconocida por las normas vigentes sobre obligaciones laborales.*

**En caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societaria sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad.** Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.

(...)"

Considerando que, una vez finalizado el proceso liquidatorio, las obligaciones laborales de la extinta ESE José Prudencio Padilla que resulten insolutas, serán asumidas por la Nación; al haber sido la Nación – Ministerio de la Protección Social la encargada de suscribir el contrato con Fiduagraria S.A. para la liquidación de la ESE José Prudencio Padilla y no existir norma en la que el Gobierno Nacional defina cuál es la entidad legitimada para atender las obligaciones que puedan determinarse, como en el presente caso, considera la Sala que la Nación – Ministerio de la Protección tiene la legitimidad por pasiva para representar a la extinta ESE José Prudencio Padilla.

### 3.3 Falta de integración del contradictorio

Sostiene el apoderado del Ministerio de la Protección Social que en los decretos que ordenaron la disolución y liquidación de la ESE, se estableció que la Nación asumía las obligaciones laborales a cargo de la ESE José Prudencio Padilla a partir de la terminación de la existencia legal de ésta, respecto de créditos laborales reconocidos por el agente liquidador, correspondientes a acreedores reclamantes extemporáneos y acreedores con créditos laborales incluidos en el pasivo cierto no reclamado,

excluyendo obligaciones indeterminadas; disponiendo que los recursos para el pago de las obligaciones serían girados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, siendo este último el encargado de girar o situar los recursos para el pago de las obligaciones laborales que asume la Nación.

Estima la Sala que la excepción no prospera, porque a lo que se hace referencia es a las obligaciones laborales reconocidas por el Agente Liquidador y, lo pretendido en este proceso no fue siquiera notificado al liquidador de la ESE José Prudencio Padilla, porque si bien la integración del contradictorio se ordenó el 8 de marzo de 2007, dicha notificación no se llevó a cabo oportunamente y el proceso liquidatorio concluyó el 30 de mayo de 2008, según lo dispuesto por el Decreto 900 del 28 de marzo de 1998 sin haberse podido notificar la demanda a Fiduagraria como liquidador de la ESE José Prudencio Padilla.

#### 3.4. Inexistencia de causa para demandar.

Indica el Ministerio que la ESE José Prudencio Padilla, perdió toda competencia para efectuar cualquier actividad diferente a su liquidación. Para esta Sala el hecho de haberse liquidado la ESE José Prudencio Padilla, no es motivo suficiente para que un afectado o interesado en reclamar un derecho en su contra se vea limitado a hacerlo, pues ello iría en contravía del derecho de acceso a la administración de justicia, por consiguiente esta es una excepción que no está llamada a prosperar.

#### 3.5 Inepta demanda.

Indica el Ministerio que no hay correspondencia entre el acto que se demanda y la consecuencia perseguida, por lo que a todas luces, la demanda carece de los requisitos de coherencia necesarios para su prosperidad. Para la Sala esta excepción está relacionada con el fondo del asunto, por consiguiente para su resolución habrá que hacer un análisis del fondo del asunto, determinando la legalidad del acto acusado, por consiguiente esta excepción será resuelta en el desarrollo de las consideraciones de fondo.

Así las cosas esta Sala pasará a analizar el fondo del asunto.

#### **4. SÍNTESIS DEL CASO.**

En el caso bajo estudio indica la parte demandante que se debe declarar la nulidad del acto administrativo acusado, pues a su juicio este desconoció el denominado reten social, al comunicarle la supresión del cargo de carrera que desempeñaba, que no estuvo acorde a derecho y a las normas que regulan la materia, pues la entidad demandada no podía desconocer las garantías con que contaba la demandante de estar inscrita en carrera administrativa.

Indica la actora que la demandada conocía su derecho a la inamovilidad relativa, y por lo mismo, al producir el acto por el cual se retira del servicio, sin la observancia del procedimiento legal, la administración produce un acto viciado de nulidad, pues dicho acto está falsamente motivado.

Solicita que a título de restablecimiento del derecho, sea reincorporada al cargo que venía desempeñando, y se le reconozca el pago de todos sus salarios y prestaciones sociales dejadas de devengar, incluyendo a las que tiene derecho por ser beneficiaria de la convención colectiva suscrita entre el Gobierno Nacional y Sintraseguridad social.

#### **5. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.**

Oficio No: SADRHLIQ - No. 00162 de fecha 29 de Julio de 2006, expedida por el Representante Legal de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, mediante el cual se le notifica a la demandante, que mediante el Decreto No. 2505 de fecha 29 de Julio de 2006, se ordenó suprimir la Empresa Social del Estado JOSÉ PRUDENCIO PADILLA y se ordenó su liquidación. Así mismo se le notificó que: “de tal manera que la empresa en liquidación le informará el sitio donde desarrollará las actividades que considere pertinentes.”

*“Sírvase allegar a esta oficina (Calle 57 No. 24 - 54 Barranquilla) los documentos que acrediten su calidad de titular del RETEN SOCIAL, sin perjuicio de la verificación*

*que efectuara la empresa en liquidación, de tal condición. En el evento de verificarse la inconsistencia, invalidez o falsedad de los documentos y soportes allegados se procederá conforme a la Ley.*" (Folio 11)

## **6. PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER.**

6.1. El primer problema jurídico a resolver dentro del presente asunto consiste en determinar si el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad al no garantizar a la demandante los derechos concernientes al denominado reten social, al haberle comunicado la supresión del cargo que desempeñaba en la ESE José Prudencio Padilla.

6.2 En el eventual caso que se resuelva favorablemente a la demandante el primer problema jurídico planteado, se entrará a determinar la posibilidad de la reincorporación de la demandante, y el pago los factores salariales a que tiene derecho, determinando de igual forma si le asiste el derecho a recibir los beneficios de la convención colectiva suscrita entre el Gobierno Nacional y Sintraseguridad social.

Para el efecto se resaltan los siguientes supuestos fácticos y jurídicos:

## **7. De la vinculación de la accionante.**

- De conformidad con la prueba documental obrante a folios 282 a 284 del expediente, la señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA, mediante Resolución No 4443 DE Octubre 6 de 1993, fue nombrada por la Directora General del Instituto de Seguros Sociales, en periodo de prueba, para desempeñar el cargo de Auxiliar de servicios asistenciales (Enfermería) clase II grado 13, dedicación completa en unidad de especialidades quirúrgicas, clínica ISS Cartagena. La actora tomó posesión del cargo el 2 de noviembre de 1993. (fl. 274).

Posteriormente, mediante Resolución No 965 del 14 de junio de 1994, la actora fue inscrita en la carrera de funcionario de seguridad social, en el cargo de Auxiliar de servicios asistenciales (Enfermería) clase II grado 13, dedicación completa. (fl. 279)

- Del expediente administrativo aportado al proceso se puede observar que la señora MAGOLA RUIZ MARRIAGA laboró al servicio del Instituto de Seguros Sociales por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 1993 y el 25 de junio de 2003. A partir del día siguiente y hasta el 30 de julio de 2007 estuvo vinculada a la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla. El último cargo desempeñado fue el de Auxiliar de servicios asistenciales (Enfermería) clase 4056 grado 21.-

### **8. Caso concreto.**

Hecha la anterior precisión desde el punto de vista fáctico, la Sala procede a definir la situación concreta de la accionante.-

En el caso bajo estudio la parte demandante indica concretamente que el acto acusado está viciado de nulidad, por el hecho de no habersele respetado el retén social, pues se procedió a la supresión de su empleo, el cual desempeñaba en carrera administrativa y del que se desvinculó sin garantizarle las prerrogativas legales. Así las cosas estima esta Sala procedente hacer un análisis de la definición de "Retén Social", término que se analiza a continuación.

El término "retén social" debe ser entendido como una garantía de estabilidad laboral dirigida a las madres y padres cabeza de familia, las personas en condición de discapacidad y los servidores públicos a quienes les falte tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio para pensionarse a partir de la promulgación de la Ley 790 de 2002, siendo un beneficio o protección consistente en la imposibilidad de ser retirados de sus cargos cuando se presenten estas prerrogativas, teniendo el empleador la obligación de mantenerlos en el cargo o en el evento de supresión del mismo, debe velar por la reubicación en un cargo similar al que venía desempeñando en la planta suprimida.

Sin embargo la protección especial del denominado "Reten Social" no puede entenderse como absoluta, sino que los beneficiarios de la misma deben reunir unos requerimientos básicos para hacerse acreedores de la garantía que ofrece esta figura,

y así, solo podrán ser desvinculados en presencia de una justa causa, término que ha sido utilizado por la Honorable Corte Constitucional en las sentencias C-991 de 2004, T-1239 de 2008, T-261 de 2010, T-623 de 2011, y en otros muchos pronunciamiento.

En el caso bajo estudio, la parte demandante manifiesta que el acto acusado desconoció la protección especial del retén social que la beneficiaba, al encontrarse laborando en carrera administrativa en una planta de personal que fue suprimida, por ello estima la Sala pertinente analizar el contenido del acto acusado, para estudiar la vulneración alegada por la demandante, es por ello que se procederá a la transcripción del acto administrativo contenido en el oficio No: SADRHLIQ - No. 00162 de fecha 29 de Julio de 2006 (Folio 11), el cual contiene lo siguiente:

*"Barranquilla, julio 29 de 2006*

*SADRHLIQ-No. 00132*

*Señor (a)*

*RUIS MARRIAGA MAGOLA*

*Cartagena*

*Ref. Supresión y Liquidación de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación.*

*Respetado señor (a):*

*De manera atenta, me permito informarle que mediante Decreto No 2505 de Julio 29 de 2006, se ordenó suprimir la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla y se ordena su liquidación, en consecuencia a partir de la fecha antes señalada la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla dejará de prestar sus servicios, de tal manera que la empresa en liquidación le informará el sitio donde desarrollará las actividades que considere pertinentes.*

*Sírvase allegar a esta oficina (Calle 57 No. 24 - 54 Barranquilla) los documentos que acrediten su calidad de titular del RETEN SOCIAL, sin perjuicio de la verificación que efectuara la empresa en liquidación, de tal condición. En el evento de verificarse la inconsistencia, invalidez o falsedad de los documentos y soportes allegados se procederá conforme a la Ley."*

Al analizar el texto del acto administrativo acusado, observa la Sala que en dicho oficio por una parte se le está comunicando a la afectada la liquidación y supresión de la planta de personal de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, y por otra parte se le solicita a la señora Magola Ruiz Marriaga, que haga llegar los documentos que la acrediten como titular del reten social.

A juicio de esta Sala en el acto administrativo acusado de nulidad, en ningún momento se le está desvinculando efectivamente a la señora Magola Ruiz Marriaga, del cargo que venía desempeñando en la ESE José Prudencio Padilla, pues solo se le anunció la supresión y la liquidación de la empresa, y que en razón de ello debía acreditar los documentos que indicaran que era beneficiaria del beneficio de protección del retén social, por consiguiente a juicio de esta Sala con la expedición del oficio No: SADRHLIQ - No. 00162 de fecha 29 de Julio de 2006, acto administrativo acusado dentro del presente asunto, no se le vulneró o dejó de reconocer la protección especial de reten social a la señora Magola Ruiz Marriaga, pues en dicho comunicado por el contrario, lo que se hizo fue solicitarle la acreditación de la documentación que respaldara su beneficio para ser protegida con el retén social.

Por otra parte no encuentra la Sala en el texto de la demanda las razones por las cuales la señora Magola Ruiz Marriaga, estima que era beneficiaria de la protección especial del retén social, pues no indica si era madre cabeza de familia, si presentaba alguna discapacidad física, o se encontraba próxima a adquirir el estatus de pensionada, además no se encuentra la constancia de haber entregado a la ESE José Prudencio Padilla, las pruebas con las cuales hubiese podido comprobar que era acreedora del beneficio del retén social, así como tampoco aportó al proceso adelantado ante esta jurisdicción, las pruebas con las cuales acreditara la posibilidad de aplicarle el retén social.

Al revisar esta Sala el material probatorio aportado al expediente, en especial los antecedentes administrativos, encuentra la Sala entre los folios 204 a 207, copia de la Resolución THLPS-EP No.002201 del 21 de noviembre de 2007, por medio de la cual

el apoderado liquidador de la ESE José Prudencio Padilla, reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla, a la señora Magola Ruiz Marriaga, encontrando esta Sala en los considerandos de la mencionada resolución entre otras cosas lo siguiente:

*“Que la Señor (a) RUIZ MARRIAGA MAGOLA identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. 45430798, fue vinculado (a) a la planta de personal de la Empresa Social del Estado JOSÉ PRUDENCIO PADILLA, ejerciendo el cargo de AUX.SERV.ASIST., código 4056, grado 21, con una intensidad de 8 horas.*

*Que RUIZ MARRIAGA MAGOLA le fue reconocida la pensión de jubilación mediante resolución escrita No. 1866 del 08 de Agosto de 2007, razón por la cual cesó en el cumplimiento de las funciones propias de dicho cargo quedando desvinculado de la empresa a partir del 30 de julio de 2007, que será entendido como su último día laborado...”*

De lo anterior se desprende que la señora Magola Ruiz Marriaga, laboró para la ESE José Prudencio Padilla, hasta el 30 de julio de 2007, siéndole reconocida su pensión de jubilación el 08 de agosto de 2007, situación que le hace inferir a la Sala que el retén social al que hace referencia la señora Marriaga en la demanda, es por el hecho que se le suprimió el cargo estando próxima a obtener el estatus de pensionada, sin embargo, al parecer de esta Sala al obtener la señora Marriaga la pensión de jubilación el 8 de agosto de 2007, tal y como lo indica la Resolución THLPS-EP No.002201 del 21 de noviembre de 2007, no se le violan sus derechos legales ni constitucionales pues esta misma resolución indica que la demandante laboró hasta el 30 de julio de 2007, por haber adquirido su estatus de pensionada.

En conclusión a juicio de esta Sala la pretensión de nulidad del acto administrativo demandado, no está llamada a prosperar, puesto que como ya se explicó este acto en ningún momento desconoció derechos a la demandante, sino que simplemente fue un acto que comunicó el proceso de supresión de la planta de personal en la que se encontraba laborando, y la conminó para que aportara la documentación que la

acreditaba como beneficiaria del retén social, acreditación que no fue demostrada por la demandante ni en etapa administrativa ni judicial, no evidenciándose de esta forma la vulneración del retén social alegado en la demanda, por consiguiente se negaran las pretensiones de la misma.

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

## VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala especial de descongestión No. 03 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.

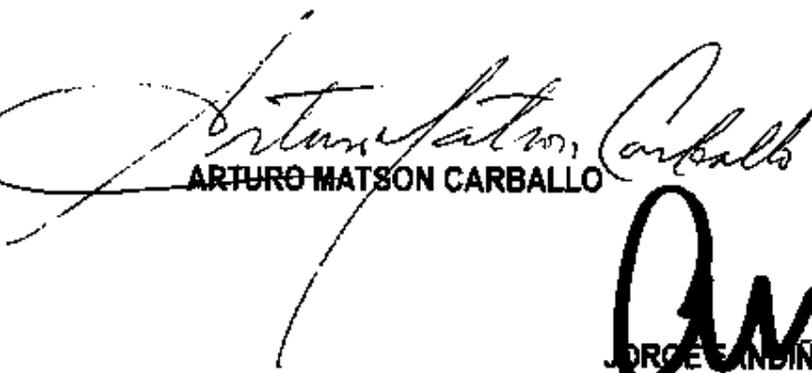
**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

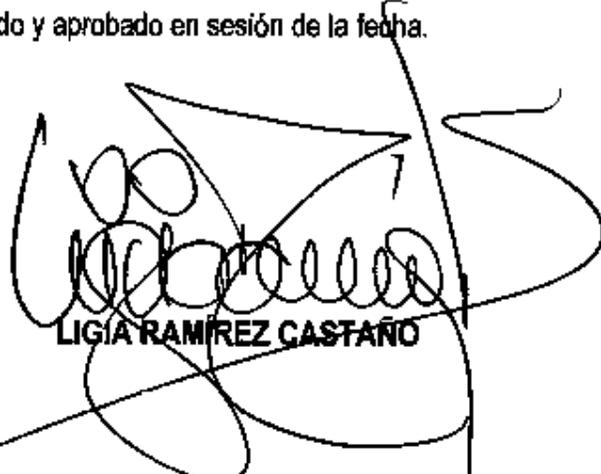
**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

  
JORGE EANDIÑO GALLO

Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0115  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION POPULAR</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>HIRINA MEZA RHENALS</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: JUAN VICENTE VILLARORA Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: SOCIEDAD AGUAS DE CARTAGENA S-A-E-S.-P Y OTROS</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-23-31-000-2010-00613-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>VEINTIDOS (22) DE ENERO DE 2014</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 DECISIÓN 003

---

Cartagena de Indias, D.T. y C., veintidós (22) de enero de dos mil catorce (2014)

**MAGISTRADA PONENTE: HIRINA MEZA RHÉNALIS**

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

<b>ACCION:</b>	<b>ACCION POPULAR</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>JUAN VICENTE VILLARROYA Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. Y OTROS</b>
<b>EXPEDIENTE:</b>	<b>13001-23-31-000-2010-00613-00</b>
<b>TEMA:</b>	<b>Facturación del servicio de alcantarillado.</b>
<b>SENTENCIA N°:</b>	<b>001</b>

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar, a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción popular interpuesta por los señores Juan Vicente Villarroya López, Cesárero Buj Hernández y Gil Armando Orozco contra Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., la Nación- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA-, para la protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios en la defensa de su patrimonio.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. La demanda**

Los actores populares presentaron demanda el veinte (20) de abril de dos mil diez (2010)<sup>1</sup>, para solicitar que se garantizara la protección de algunos derechos colectivos de los contenidos en la Ley 472 de 1998.

---

<sup>1</sup> Fl. 28

## 2. Los hechos relevantes.

En la demanda se plantearon como hechos relevantes los siguientes:

- La empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., factura a los suscriptores del servicio público de alcantarillado un volumen de metros cúbicos igual al consumo de acueducto.
- Para calcular el cobro por el servicio de alcantarillado, no se tiene en cuenta que no toda el agua consumida dentro del domicilio es devuelta por el alcantarillado, debido a sus múltiples usos en las diferentes labores domésticas como lo son lavado de ventanas, lavado de pisos, cocinas y otros.
- Existe legalmente y se encuentra establecido un coeficiente de retorno, o sea un porcentaje que fluctúa entre el consumo de acueducto y lo que regresa al alcantarillado. El coeficiente de retorno es y se refiere a que un porcentaje del total de agua consumida se devuelve al alcantarillado y que estadísticamente este fluctúa entre un 70% y un 85%.
- El RAS 2000 prevé que cuando no hay información existente, debe utilizarse como guía, los rangos de valores del coeficiente de retorno descritos en la tabla d.3.1. del RAS 2000.
- Desde el año 2007, la CRA publicó proyecto de resolución, mas hasta la fecha no han expedido la resolución donde claramente se definan los parámetros de retorno de aguas que se vierten al alcantarillado, siendo esto una omisión o retardo administrativo exigible desde el día 11 de julio de 1997, como lo establece la Ley 142 de 1994 en su artículo 146.
- La CRA ha sido culpable al emitir el concepto (7491 de 2009, 20401 de 2009) y justificar que el valor a cobrar, es el mismo del consumo en metros cúbicos del servicio de acueducto.
- La Resolución CRA 271 de 17 de diciembre de 2003, adoptó la definición de aforo de agua, especificando que es el procedimiento por medio del

cual se mide o estima la cantidad de agua que normalmente utiliza un usuario.

### **3. Pretensiones.**

*"Primero: Se declare que con todas y cada una de las actuaciones, omisiones y/o retardos de los accionados se vulneran y existe una actual e inminente amenaza y/o violación de los derechos colectivos referidos a los derechos de los consumidores y usuarios.*

*Segundo: Que como consecuencia de las declaraciones anterior (sic), se ordene a:*

*a. LA EMPRESA AGUAS DE CARTAGENA cesar el cobro o facturación del servicio de alcantarillado utilizando la misma estimación en metros cúbicos que se utilizan para medir el servicio de acueducto.*

*b. A la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento potable (CRA) expedir el acto administrativo o resolución mediante la cual fije los (sic) definitivamente los parámetros adecuados para estimar el consumo de alcantarillado de conformidad con la ley 142 de 1994 artículo 142.*

*Tercero: Que como consecuencia de la declaratoria de la amenaza y vulneración del interés colectivo, se declare la pérdida del derecho a cobrar, tal y como lo establece el art 146 de la ley 142 de 1994 hasta tanto no se fijen los parámetros por la CRA para estimar el consumo de alcantarillado.*

*Cuarto: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a los demandados el pago de las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 472 de 1998."*

### **4. Derechos colectivos invocados.**

De los hechos y pretensiones de la demanda se desprende que el actor solicita el amparo del derecho colectivo de los consumidores y usuarios enlistado en el literal n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

### **5. Actuación procesal**

La demanda se presentó el 20 de abril de 2010<sup>2</sup>. Se admitió el 29 de abril de 2010.<sup>3</sup> Le correspondió por reparto al Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, quien la admitió el 21 de abril de 2010<sup>4</sup>. Se surtió notificación

---

<sup>2</sup> FI 28

<sup>3</sup> FI 8

<sup>4</sup> FI.246-248

personal al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial a través de la Gobernación de Bolívar<sup>5</sup>, a Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.<sup>6</sup>, a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico<sup>7</sup>, y al Procurador.<sup>8</sup>

Mediante auto de fecha 02 de agosto de 2010, se dispuso no reponer el auto admisorio<sup>9</sup> y a través de providencia de fecha 03 de septiembre de 2010, el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, resolvió remitir por competencia el proceso al Tribunal Administrativo de Bolívar. El 30 de septiembre de 2010, esta Corporación asumió el conocimiento del proceso.<sup>10</sup>

Se fijó aviso informando de la acción a la ciudadanía de Cartagena, el cual se publicó en un medio de difusión conforme a lo ordenado en el auto que admitió la demanda<sup>11</sup>.

## **5.1 Contestación de la demanda.**

### **5.1.1 Nación- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial<sup>12</sup>.**

La entidad contestó la demanda en los términos que a continuación se exponen:

En primer lugar se oponen a las pretensiones de la demanda, por cuanto a su juicio carecen de fundamento fáctico, jurídico y probatorio que permita demostrar la vulneración del derecho colectivo alegado y que sea atribuible a dicha entidad.

Respecto de los hechos, en síntesis señaló que no tienen relación con las funciones y competencias asignadas legalmente a dicho ministerio, toda vez que es una entidad diferente de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico –CRA- y de la Empresa Aguas de Cartagena

<sup>5</sup> Fl. 299

<sup>6</sup> Fl 304

<sup>7</sup> Fl 300

<sup>8</sup> Fl 248 vuelto

<sup>9</sup> Fl 306-307

<sup>10</sup> Fl. 321-323

<sup>11</sup> Fl 249-252

<sup>12</sup> Fl 283-293

S.A. E.S.P., quienes fueron la que expidió los actos administrativos y la que prestan el servicio de acueducto y alcantarillado respectivamente.

Las razones de defensa se concretan en que de conformidad con las funciones de dicho ministerio no le compete adoptar las medidas solicitadas por el actor popular, indicando que de conformidad con el Decreto 1524 de 1994, es a la Comisión de Regulación a quien le corresponde determinar los parámetros que deberán ser aplicados por las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios en la fijación de sus tarifas y además, dichas comisiones corresponden a Unidades Administrativas Especiales que a pesar de estar adscritas al respectivo Ministerio, tienen independencia administrativa, técnica y patrimonial.

Propone las excepciones de inepta demanda por ausencia de responsabilidad del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la de Falta de legitimación en la causa por pasiva, ambas sustentadas básicamente en que a dicha entidad no le asiste responsabilidad en los hechos que se discuten.

### **5.1.2 Aguas de Cartagena S.A.E.S.P<sup>13</sup>**

Solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, por carecer de fundamento legal y fáctico frente a Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

Como excepciones propone las siguientes:

- Improcedencia de la acción popular para resolver el asunto puesto a consideración. La sustenta en que el método de facturación por concepto de servicio de alcantarillado por el consumo de agua potable, es un aspecto regulado y reglamentado en la ley y por actos administrativos, estos últimos amparados bajo la presunción de legalidad, siendo de aplicación obligatoria por la entidad.

---

<sup>13</sup> Fl. 309-316

Señala que si el actor tiene alguna inconformidad con la metodología utilizada para la facturación del servicio de alcantarillado debe acudir a otros mecanismos previstos en la ley de servicios públicos, toda vez que es un tema que se encuentra enclaustrado en la órbita de lo particular y por tanto se escapa del estudio de la acción popular.

-Inexistencia de la vulneración. Señala que de lo invocado por el actor en la demanda, no se desprende la existencia de una vulneración de algún derecho colectivo.

Por otra parte expone que, Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., factura el servicio de alcantarillado de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, Resolución CRA 151 de 2001, Resolución CRA 271 de 2003 y Resolución CRA 287, en sus artículos 13 y 18, además de los diferentes conceptos emitidos por dicha Comisión y por la Superintendencia de Servicios Públicos.

### **5.1.3 Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.<sup>14</sup>**

La accionada se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda señalando que conforme al artículo 88 y lo preceptuado en el numeral 14.10 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, mediante las Resoluciones CRA No. 03 de 1996 y CRA No. 15 de 1997, hoy integradas a la Resolución CRA No. 151 de 2001 emitidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, se vinculó al Régimen de Libertad Regulada a todas las personas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, bajo el cual, las tarifas serán fijadas autónomamente por las Juntas Directivas de las Empresas o por quienes hagan sus veces, o por el Alcalde del Municipio, cuando los servicios sean prestados directamente por la Administración Municipal.

Conforme a ello, el Alcalde o la Junta designada para la prestación de los servicios públicos por parte del Concejo Municipal, única y exclusivamente puede actuar como entidad tarifaria local cuando el municipio sea quien

---

<sup>14</sup> FI 391-400 y 408-412

preste directamente los servicios públicos domiciliarios, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley 142 de 1994, tendrá lugar cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan, una vez agotadas las previsiones de invitación pública para la prestación del servicio contenidas en los numerales 6.1, 6.2 y 6.3 del precitado artículo.

En los demás casos, es decir, cuando el responsable de la prestación del servicio es alguno de los prestadores señalados en el Artículo 15 de la Ley 142 de 1994, la entidad tarifaria local será la junta directiva de la persona prestadora, o quien haga sus veces, de conformidad con lo establecido en sus estatutos o reglamentos internos, debiendo advertir para estos efectos, que será la entidad tarifaria local el prestador con el cual los usuarios del servicios hayan suscrito el correspondiente contrato de servicios públicos domiciliarios.

Señala que a través de la Resolución CRA No. 423 de 2007, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, sometió a consideración de la ciudadanía en general un proyecto de resolución, sin que tal proyecto haya sido finalmente aprobado mediante un acto administrativo. En ese sentido, se reitera que la Resolución CRA 423 de 2007, lo que decidió fue someter a consideración de la ciudadanía en general por un período de 90 días un proyecto de resolución, sin que finalmente se haya adoptado sus disposiciones mediante acto administrativo vinculante de carácter general, estando entonces vigente para el caso, la definición sobre demanda del servicio de alcantarillado incorporada en las Resoluciones CRA No. 151 de 2001 y 271 de 2003 (Art. 1).

Interpone las excepciones:

- Inexistencia de la violación de los derechos colectivos por parte de la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico-CRA. Sustentada en que las resoluciones expedidas por dicha entidad, hacen referencia a equiparar los consumos del servicio de alcantarillado con los de acueducto para cualquier periodo de facturación, debe entenderse

que éstas son normas de carácter general, expedidas de acuerdo con las situaciones mayoritariamente existentes, como es el caso de los usuarios que normalmente vierten en las redes del alcantarillado aproximadamente la misma cantidad de agua con que se abastecen. No quiere lo anterior decir, que no se puedan presentar situaciones particulares que ameriten un tratamiento especial de acuerdo con la legislación vigente, como es el caso de la determinación de grandes consumidores del servicio de alcantarillado. Desde este punto de vista técnico, es factible aforar los vertimientos a las redes de alcantarillado, o en su defecto, partiendo de los consumos de acueducto, determinar el volumen de agua que es transformado en un proceso industrial, para calcular por sustracción el volumen de vertimientos.

Señala que en la medida en que existan quejas relacionadas con la facturación de los servicios, es claro que las funciones de inspección, control y vigilancia a los entes prestadores de los servicios públicos, corresponden a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, acorde con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: toda vez que de acuerdo con lo establecido en la Ley 472 de 1998, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, no es la autoridad que viola o amenaza los intereses colectivos citados por los accionantes, como tampoco la acción es la llamada a prosperar contra esta entidad, en la medida en que no se señalan aspectos concretos con pruebas veraces en la cual demuestren la vulneración alegada.

## **5.2 Audiencia de Pacto de Cumplimiento<sup>15</sup>.**

Se realizó el veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012), y se declaró fallida, por inasistencia del actor popular.

---

<sup>15</sup> FI 452-453

### **5.3 Pruebas y alegatos de conclusión.<sup>16</sup>**

A través de providencia fechada 21 de marzo de 2012 se procedió a dar apertura al período probatorio y por auto de fecha 04 de junio de 2013 por encontrarse vencido el período probatorio, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

### **5.4 Alegatos de las partes.**

#### **5.4.1 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA.<sup>17</sup>**

La entidad reiteró los argumentos de la contestación de demanda, insistiendo en las excepciones de inexistencia de violación de los derechos colectivos y falta de legitimación en la causa pasiva.

#### **5.4.2 Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.<sup>18</sup>.**

En su escrito de alegaciones, reiteró los argumentos de defensa planteados en la contestación de la demanda y concretamente respecto de la valoración de las pruebas practicadas señaló que de conformidad con las Resoluciones 151 de 2001 y 271 de 2003 de la CRA, la demanda del servicio de alcantarillado, es el equivalente a la demanda del servicio de acueducto, más el estimativo de la disposición de aguas residuales de aquellos usuarios que posean fuentes alternas o adicionales de abastecimiento que viertan al alcantarillado, esto en cuanto aspectos tarifarios, y de esta manera lo viene aplicando la entidad.

Por otra parte sostiene que la Resolución 287 de 2004, establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado y no la RAS 2000, como pretende hacerlo ver el accionante, ésta última se aplica para aspectos técnicos y de diseño y no para aspectos tarifarios.

---

<sup>16</sup> Fl 452-453 y 853

<sup>17</sup> Fl 854-863

<sup>18</sup> Fl 864-869

Finalmente señala que conforme a la normatividad aplicable, el cobro del servicio de alcantarillado efectuado se ajusta a la misma.

#### **5.4.3 Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio<sup>19</sup>.**

La entidad reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, especialmente en cuanto hacen referencia a la falta de legitimación en la causa por pasiva.

#### **5.4.4 Concepto del Ministerio Público.<sup>20</sup>**

La Agente del Ministerio Público al emitir su concepto consideró que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad por cuanto, la metodología tarifaria utilizada por la empresa prestadora del servicio de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Cartagena, tal y como se desprende de su dicho y de las facturas militantes a folios 229 a 238, no riñe con la normatividad que en esa materia se encuentra vigente.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1.- Competencia.**

De conformidad con el artículo 132 numeral 14 CCA adicionado por la Ley 1395 de 2010, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la acción popular de la referencia.

### **2.- Pronunciamiento sobre irregularidades.**

No se observan irregularidades sustanciales o procedimentales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado. De igual manera, se encuentra cumplido el trámite establecido en la Ley 472 de 1998, para las acciones populares.

---

<sup>19</sup> Fl.886-891

<sup>20</sup> Fl 876-882

### **3.- Excepciones propuestas por las entidades accionadas.**

La Nación- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al momento de contestar la demanda formula las excepciones denominadas, inepta demanda por ausencia de responsabilidad del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la de Falta de legitimación en la causa por pasiva, ambas sustentadas básicamente en que a dicha entidad no le asiste responsabilidad en los hechos que se discuten.

A su turno, Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., propone las excepciones de improcedencia de la acción popular para resolver el asunto puesto a consideración e inexistencia de la vulneración. Por su parte, la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico propone la de inexistencia de la violación de los derechos colectivos por la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico-CRA y la de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Respecto a las excepciones denominadas por las accionadas como: inepta demanda por ausencia de responsabilidad del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la vulneración e inexistencia de la violación de los derechos colectivos por parte de la comisión de regulación de agua potable y saneamiento básico-CRA, la Sala debe precisar que se resolverán al momento de definir el problema jurídico que se pasará a plantear, en atención a que los argumentos que las sustentan no tienen la naturaleza de excepciones que deban ser resueltas con antelación, pues constituyen razones de defensa encaminadas a que se denieguen las pretensiones de la acción popular.

Ahora bien, en relación a la excepción propuesta por Aguas de Cartagena S.A. E.S.P y que se refiere a la improcedencia de la acción popular, la Sala considera que la misma no está llamada a prosperar, por cuanto la pretensión principal de la demanda se dirige a que se declare la vulneración y consecuente protección de derechos colectivos, para lo

cual el constituyente y el legislador, expresamente previeron el ejercicio de la acción popular.

#### 4. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a estudiar por parte de la Sala se concretan en los siguientes:

- *¿El cobro en las facturas del servicio de alcantarillado vulnera los derechos colectivos de los consumidores y usuarios al tomarse como referencia el nivel de consumo del agua y no aplicarse el coeficiente de retorno?*
- *¿Son responsables las entidades demandadas de la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda?*

#### 5. Marco Jurídico.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará los siguientes temas:

- i. De las acciones populares
- ii. Del régimen tarifario previsto para el servicio público de alcantarillado.
- iii. Del derecho colectivo de los consumidores y usuarios.
- iv. La función del Juez en las Acciones Populares.
- v. Carga de la prueba en las acciones populares.
- vi. Incentivo económico.

##### i. De las acciones populares

El artículo 88 de la Constitución Política consagra las acciones populares como el medio para la protección constitucional de los derechos e intereses colectivos. Esta disposición fue desarrollada por la Ley 472 de 1998, la que en su artículo 4º enlistó los derechos que se consideran colectivos y respecto de los cuales resulta procedente la acción popular, entre los cuales están el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, el goce de un ambiente sano, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, etc.

A su vez, el artículo 2º inciso segundo ibídem, dispuso que la acción popular 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. Por su parte, el artículo 9º de la misma Ley 472 dispone que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. De allí que se hayan establecido los siguientes requisitos para su procedencia:

- a) Que exista un interés colectivo que se encuentre amenazado, en peligro o vulnerado por una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.
- b) Que la acción se promueva durante el tiempo en que subsista la amenaza o peligro al derecho y/o interés colectivo.
- c) Que la acción se dirija contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo.
- d) Que se pruebe la relación de causalidad entre la acción y/o la omisión del accionado con la afectación o amenaza del interés colectivo.

**ii. Del régimen tarifario previsto para el servicio público de alcantarillado.**

La Ley 142 de 1994, a través de la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, en su artículo 68 preceptúa que es competencia del Presidente de la República, señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, función que en virtud de la delegación, puede cumplirse a través de las comisiones de regulación de los servicios públicos<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Mediante Decreto 1524 de 1994, el Presidente delegó las funciones de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, en las Comisiones de Regulación.

A su turno, en el artículo 73 se dispone que las comisiones de regulación, tienen la función de establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda, según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre. Igualmente, les corresponde determinar para cada bien o servicio público las unidades de medida y de tiempo que deben utilizarse al definir el consumo; y definir, con bases estadísticas y de acuerdo con parámetros técnicos medibles y verificables, apropiados para cada servicio, quiénes pueden considerarse "grandes usuarios".

Por otro lado, el artículo 86 *ibídem* establece que el régimen tarifario en los servicios públicos, está compuesto por reglas relativas a: El régimen de regulación o de libertad; el sistema de subsidios, que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas; las prácticas tarifarias restrictivas de la libre competencia, y que implican abuso de posición dominante; y, las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas.

Ahora bien, para efecto de la fijación de tarifas, en el artículo 88 de la precitada ley se estableció, que las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

- Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.
- Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.
- Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones,

con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

En materia del servicio de alcantarillado, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, a través de la Resolución CRA 151 de 2001, en su artículo 3.2.1.12 dispuso que, todas las personas que presten el servicio público de alcantarillado en el territorio nacional, están sometidas al Régimen de Libertad Regulada de Tarifas<sup>22</sup>. De igual manera señaló que, dentro del régimen de libertad regulada, las tarifas serán fijadas autónomamente por las Juntas Directivas de las personas que presten los servicios o por quien haga sus veces, o por el alcalde del municipio cuando los servicios sean prestados directamente por la administración municipal.

Por otra parte, la Resolución CRA 151 de 2001 definió la demanda del servicio de alcantarillado (VPDL), como: *"Es equivalente a la demanda del servicio de acueducto, más el estimativo de la disposición de aguas residuales de aquellos usuarios que posean fuentes alternas o adicionales de abastecimiento de agua que viertan al alcantarillado. La demanda del servicio de acueducto (VPD), deberá ser calculada siguiendo los lineamientos establecidos en el artículo 2.4.2.3 de la presente resolución"*.

Posteriormente, en la Resolución CRA 287 de 2004, se establece la metodología tarifaria para el servicio de alcantarillado, indicándose que la vigencia de la misma es por cinco (05) años, prorrogable o por un período igual o hasta que se expida una nueva metodología, lo cual a la fecha no ha acontecido. Dicha resolución, en su artículo segundo establece, que las formulas tarifarias para los servicios de acueducto y alcantarillado, incluyen un cargo fijo y un cargo por unidad de consumo. El primero de ellos, determinado con base en los costos medios de administración y el segundo, se divide en tres componentes a saber: a) costo medio de operación y mantenimiento (CMO), b) costo medio de inversión (CMI) y c) el costo medio de tasas ambientales (CMT).

---

<sup>22</sup> En artículo 14.10 de la Ley 442 de 1994 señaló: "LIBERTAD REGULADA. Régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor."

Ahora bien, se observa que dicha resolución al establecer en su artículo 13 la fórmula para determinar el costo medio de operación particular<sup>23</sup> y en su artículo 18 el costo medio de operación definido por comparación<sup>24</sup>, empleó la variante  $AV_d$ , definida como: "sumatoria de vertimientos facturados por el prestador, **asociados al consumo de acueducto y fuentes alternativas, correspondientes al año base**". (Resaltado de la Sala)

De la anterior relación normativa se concluye, que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en ejercicio de la función de control y regulación que le compete respecto del servicio público domiciliario de alcantarillado, en lo referente al régimen tarifario, para efectos de determinar el consumo del servicio que debe ser cobrado a los usuarios particulares del mismo, no tiene en cuenta la disposición final o vertimiento de aguas a la red de alcantarillado, sino que toma como parámetro base del mismo, el volumen de agua que es facturado en el servicio de alcantarillado, parámetros tarifarios que deben ser observados por las empresas prestadoras del servicio de alcantarillado, por encontrarse adoptadas en resoluciones de contenido general y de obligatorio cumplimiento, conforme se desprende de lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

### iii. De los derechos colectivos de los consumidores y usuarios.

El Consejo de Estado en jurisprudencia reiterada ha sostenido con relación al derecho colectivo de los consumidores y usuarios como susceptible de protección a través de las acciones populares, que dicho derecho obliga a que el juez en la sentencia adopte todas las medidas tendientes a que

<sup>23</sup>

Alcantarillado:

$$CMO_d^* = \frac{(CE_d + CTR_d + ITD_d)}{AV_d + \left( \frac{AV_d}{1 - LANC} \cdot 0.57 \cdot (LANC - p^*) \right)}$$

<sup>24</sup>

Alcantarillado:

$$CMO_d^* = \frac{CTO_{124} \cdot (1 - S_{ap})}{AV_d}$$

se evite o cese la vulneración del mismo, máxime cuando el servicio que se invoque sea de aquellos catalogados como esenciales<sup>25</sup>.

#### iv. La función del Juez en las acciones populares.

El Juez de las acciones Populares es un Juez Constitucional, por lo cual está investido de amplias facultades oficiosas para hacer efectivos los derechos de las personas conforme lo impone el artículo 2 Superior. En efecto, el Juez como autoridad pública<sup>26</sup> en las acciones populares "no debe esperar (...) a que los ciudadanos instauren las medidas que hagan efectivos los derechos de las personas, pues el **"deber de las autoridades de hacer efectivos los derechos constitucionales de las personas y proteger los intereses colectivos es un deber oficioso que no está condicionado a la instauración de una acción administrativa o judicial por los particulares"**<sup>27</sup>. (Subrayas y negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que, cuando esté demostrada una amenaza o vulneración de algún derecho colectivo, el juez debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la protección de dicho derecho, sin que encuentre límite en lo pedido por las partes.

#### v. Carga de la prueba en acciones populares.

Respecto de la carga de la prueba en las acciones populares el Consejo de Estado ha sostenido que:

*"...la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del*

<sup>25</sup> Consejo de Estado- Sección Primera, C.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, tres (3) de junio de dos mil diez (2010), radicación número: 19001-23-31-000-2005-01737-01 (AP)

<sup>26</sup> Sentencia de Constitucionalidad, expediente D-7580 de Agosto 4 de 2009, M. P Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>27</sup> Sentencia T-500 de 1994 citada en la Sentencia T 813 de 2004.

*derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba....”<sup>28</sup>.*

De acuerdo a lo anterior se tiene que, en materia de acciones populares, aplica la regla general dispuesta en el artículo 177 del C.P.C. según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que alegan.

#### **vi. Incentivo económico.**

Con la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010<sup>29</sup> fueron derogados los artículos 39 y 40 de la ley 472 de 1998, los cuales establecían un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-630 de 2011.

### **6. El caso concreto:**

#### **6.1 Hechos relevantes probados.**

- Está acreditado que mediante Resolución CRA 151 de 2001, se estableció que, todas las personas que presten el servicio público de alcantarillado en el territorio nacional, están sometidas al Régimen de Libertad Regulada de Tarifas (artículo 3.2.1.1). De igual manera se estableció que dichas tarifas, serán fijadas autónomamente por las Juntas Directivas de las personas que presten los servicios o por quien haga sus veces, o por el alcalde del municipio, cuando los servicios sean prestados directamente por la administración municipal.

A su vez, en el artículo 3.2.3.1 se establecieron los elementos de las fórmulas tarifarias, definiendo: *“Las fórmulas tarifarias incluyen: cargo fijo, cargos por unidad de vertimiento básico, complementario y suntuario. Para su cálculo*

---

<sup>28</sup> CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA- Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)- Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00768-01(AP)- Actor: LUIS CARLOS MONTOYA GONZALEZ- Demandado: ALCALDIA LOCAL DE SAN CRISTOBAL DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA D.C. Y OTROS.

<sup>29</sup> Publicado en el Diario Oficial 47.937 de 2010

*se deberán considerar los costos de prestación de servicio de que trata la sección anterior, y el sistema de subsidios y factores de contribución establecidos por la Ley 142 de 1994".*

- Mediante Resolución CRA 271 de 2003 se estableció en su artículo 2° que, las fórmulas tarifarias establecidas para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, así como los costos económicos de referencia resultantes de su aplicación, solo pueden ser modificados por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante resolución.

- A través de Resolución CRA 287 de 2004 se estableció en su artículo 2° que, las fórmulas tarifarias para los servicios de acueducto y alcantarillado incluyen un cargo fijo y un cargo por unidad de consumo. Este último integrado por tres componentes: a) costo medio de operación y mantenimiento (CMO), b) costo medio de inversión (CMI) y c) el costo medio de tasas ambientales (CMT). De acuerdo al análisis del contenido de las fórmulas para determinar el costo medio de operación se concluye, que se toma como parámetro del mismo, el consumo de acueducto facturado.

- A través de la Resolución 1096 de 2000, por la cual se adopta el reglamento técnico para el sector de agua potable y saneamiento básico-RAS, se establecieron los requisitos técnicos que deben cumplir las obras, equipos y procedimientos que utilicen las empresas de servicios públicos del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, disponiéndose en el Título D, numeral D.3.2.2, Tabla D.3.1. ibídem, los criterios y los valores para la determinación del coeficiente de retorno (R) de acuerdo con el nivel de complejidad de los sistemas establecidos en dicho reglamento.

- Mediante Resolución CRA 423 de 2007, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, presentó proyecto de resolución, a través de la cual se establece el parámetro de medición de los consumos del servicio de alcantarillado para efectos de la facturación de los suscriptores con medición o aforo de vertimientos y se inicia el proceso de

discusión directa con los usuarios y agentes del sector. En dicho proyecto de resolución, se estableció que la facturación del servicio de alcantarillado a los suscriptores que solicitaran la medición o aforo de sus vertimientos, se tomaría como consumo facturable, el que resultará de dividir la cantidad aforada, entre el coeficiente de retorno fijado de manera general en 0.80.

Las anteriores resoluciones, fueron consultadas en las gacetas del Diario Oficial que obran en el expediente, así como en la página web de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico <http://www.cra.gov.co/vigentes.shtml>

- Está demostrado que el Distrito de Cartagena celebró contrato para la gestión integral de los servicios de acueducto y alcantarillado con la Sociedad Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.. En la cláusula 13 de dicho contrato, se dispuso respecto del régimen tarifario, que ACUACAR debería ceñirse a las disposiciones legales y reglamentarias, establecidas por la Ley y la Comisión de Regulación (folio 634-657).

- De conformidad con lo informado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), la metodología tarifaria para el cálculo de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, se expidió la Resolución CRA No. 287 de 2004, la cual aplica a todas las personas prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado en el territorio nacional, salvo las excepciones señaladas en el Parágrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Señaló la entidad que los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, corresponden a servicios diferentes, es decir, que a la luz de la regulación, obedecen a estructuras de costos heterogéneos, lo que a su vez, se traduce en tarifas diferentes para los usuarios de diferentes sistemas de acueducto o municipios, incluso si los mismos se encuentran cercanos o presentan condiciones climatológicas o hidrológicas similares.

En relación con la determinación del consumo para el servicio público domiciliario de alcantarillado, señalan que la Ley 142 de 1994 impuso a la CRA la obligación de establecer parámetros adecuados para estimar el consumo del servicio público domiciliario de alcantarillado, expidiéndose por parte de ésta, las Resoluciones CRA No. 151 de 2001, No. 271 de 2003 y CRA No. 287 de 2004.

Sostiene que, por razones técnicas y económicas, las resoluciones expedidas por esta Comisión adoptaron como criterio general emplear el consumo de acueducto como parámetro para determinar el consumo en el servicio público domiciliario de alcantarillado, y por tal razón, se hace referencia a equiparar los consumos del servicio público domiciliario de alcantarillado con los de acueducto, de acuerdo con las situaciones mayoritariamente existentes, como es el caso de los usuarios que normalmente vierten en las redes del alcantarillado aproximadamente la misma cantidad de agua con que se abastecen.

No obstante lo anterior, aclara que debe entenderse que estas son normas de carácter general y por lo tanto pueden presentarse excepciones o situaciones que ameritan tratamiento diferente de acuerdo con la legislación vigente, como es el caso de aquellos usuarios que se abastecen de aguas provenientes de fuentes alternas, pero que utilizan el servicio público domiciliario de alcantarillado, para los cuales la persona prestadora podrá exigir la instalación de medidores o estructuras de aforo de aguas residuales, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 302 de 2000. De igual forma, debe tenerse presente que siempre que existe la posibilidad que el usuario solicite el aforo de sus vertimientos, asumiendo éste los costos de dicho procedimiento, con el objetivo que su facturación corresponda a los metros cúbicos vertidos a las redes del sistema de alcantarillado. Para el efecto, se deberán tener en cuenta los mecanismos existentes para la medición de vertimientos (tales como canaletas tipo parshall o vertederos), las características del inmueble y las condiciones establecidas por el prestador en el contrato de condiciones uniformes (folio 552-553 y 823-824).

- De las facturas obrantes a folios 229- 238 se observa que el consumo del servicio de alcantarillado se toma en la misma proporción y cm<sup>3</sup> del consumo de acueducto.

## **6.2 El caso concreto de cara al marco jurídico y los hechos relevantes probados.**

En el presente caso, consideran los actores populares, que se vulneran los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, al no realizarse por parte de la empresa prestadora de los servicios de acueducto y alcantarillado, el cobro de este último servicio, atendiendo al vertimiento real por la red de alcantarillado y la fórmula de coeficiente de retorno.

Analizado el marco jurídico que fue expuesto, la Sala encuentra que no le asiste razón a los accionantes cuando señalan que el cobro del servicio de alcantarillado debe realizarse atendiendo a la fórmula que contempla la aplicación de un coeficiente de retorno, por cuanto la normatividad vigente y que ha sido determinada por la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico, prevé como parámetro de medición del consumo del servicio de alcantarillado, la facturación que se realiza por el servicio de acueducto.

Por otro lado, la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico en su intervención dentro de la presente acción aclaró que, la equivalencia del servicio de alcantarillado al servicio de acueducto se debe, a la ausencia de elementos técnicos que permitan realizar una medición en los términos indicados por los actores populares. Al respecto la Sala encuentra que, dicho argumento tiene sustento legal en el artículo 146 de la Ley 142 de 1994, el cual dispone: "*En cuanto a los servicios de saneamiento básico y aquellos en que por razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social, no exista medición individual, la comisión de regulación respectiva definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo*".

En ese sentido, aún cuando le asiste razón a los actores populares cuando señalan que conforme al artículo 146 ibídem (inciso primero)<sup>30</sup>, tienen el derecho a que se realice una medición de su consumo por instrumentos técnicos idóneos y que demuestren la realidad del consumo, dicha norma como antes se expresó, contempla igualmente que dicha medición del consumo podrá establecerse razonadamente, ante la imposibilidad de poner en funcionamiento o aplicación dichos instrumentos técnicos. Argumento que es el traído a colación por la Comisión de Regulación de Agua y Saneamiento Básico, sin que existan elementos de prueba suficientes en el plenario para desconocer los mismos, máxime si se tiene en cuenta que es dicho organismo el encargado de vigilar y establecer conforme a la Constitución y la Ley, las normas que rigen la prestación del servicio público de alcantarillado<sup>31</sup>.

Por otro lado, debe precisarse que no existe una norma vigente que permita calcular el consumo del servicio de alcantarillado, a partir de la fórmula que aplique el coeficiente de retorno a que se hace referencia en la demanda, por cuanto si bien es cierto que mediante Resolución CRA 423 de 2007 se puso en conocimiento un proyecto de resolución que contemplaba la aplicación de dicha fórmula, el mismo no ha sido aprobado y por tanto, no puede tomarse como parámetro para fijar la tarifa del servicio público domiciliario.

Así las cosas, advirtiéndose de las facturas obrantes en el plenario que la empresa de servicios públicos Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., realiza el

---

<sup>30</sup> "La empresa y el suscriptor o usuario tienen derecho a que los consumos se midan; a que se empleen para ello los instrumentos de medida que la técnica haya hecho disponibles; y a que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al suscriptor o usuario".

<sup>31</sup> Es de anotar, que en concepto de fecha 18 de junio de 2013, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, reiteró que las normas que se encuentran vigentes en materia de tarifas del servicio público de alcantarillado son las previstas en las Resoluciones CRA 151 de 2001, CRA 271 de 2003 y CRA 287 de 2004 y reiteró igualmente que, "por razones técnicas y económicas las resoluciones expedidas por esta Comisión, adoptaron como criterio general emplear el consumo de acueducto como parámetro para determinar el consumo del servicio público de alcantarillado, y por tal razón, se hace referencia a equiparar los consumos del servicio público domiciliario de alcantarillado con los de acueducto, de acuerdo con las situaciones mayoritariamente existentes, como es el caso de los usuarios que normalmente vierten en las redes del alcantarillado aproximadamente la misma cantidad de agua con que se abastecen". Lo anterior consultado en la página web <http://www.cra.gov.co/vigentes.shtml>.

cobro del servicio de alcantarillado, tomando como base el consumo estimado para el servicio de acueducto, operación que se encuentra ajustada a las normas que regulan la materia, no hay lugar a conceder las pretensiones de la demanda, por cuanto no se advierte vulneración de los derechos colectivos invocados.

Por otra parte, es de precisar que si bien en los hechos de la demanda se critica la actuación de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en relación con la expedición de los actos que regulan las tarifas del sistema de alcantarillado, no es la acción popular el medio judicial idóneo para ello, por cuanto el legislador ha previsto las acciones de nulidad contra los actos administrativos de carácter general y la de cumplimiento cuando se considera que una autoridad no ha ejercido los deberes que la constitución, la ley o los actos administrativos le imponen. Aunado a ello, la Sala no encuentra que los actos administrativos que hoy se encuentran vigentes y que regulan el régimen tarifario del servicio público de alcantarillado, vulneran derechos colectivos invocados, por cuanto los mismos se encuentran sustentados en las facultades otorgadas por el legislador a las Comisiones de Regulación, para establecer parámetros de medición del consumo y tarifas de los servicios públicos y en la imposibilidad técnica o de interés social para establecer una medición individual del consumo de alcantarillado, lo que permite que éste pueda realizarse a través de una estimación razonada del consumo, como lo prevé el artículo 146 de la Ley 142 de 1994.

Consecuente con lo anterior, compartiéndose el concepto de la Agente del Ministerio público, se denegarán las pretensiones de la demanda.

### **6.3. Incentivo.**

Atendiendo a que no prosperaron las pretensiones de la acción popular y a que la Ley lo derogó expresamente, no hay lugar a su concederlo.

#### 6.4. Costas.

Es de señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 en el sub lite, pese a que resultó vencida en el proceso la parte actora, no hay lugar a imponer condena en costas a cargo del actor popular, por no observarse temeridad en su actuación procesal<sup>32</sup>.

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

#### FALLA

**PRIMERO:** Declarar no probada la excepción de improcedencia de la acción popular formulada por AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción popular interpuso JUAN VICENTE VILLARROYA LOPEZ Y OTRO contra AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., LA NACIÓN-MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL (hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio) y LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO, por no existir vulneración de los derechos colectivos invocados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Sin lugar a condena en costas.

**CUARTO:** Sin lugar al pago de incentivos.

**QUINTO:** Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

---

<sup>32</sup> Respecto a la condena en costas a la parte actora el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 señala que "Sólo podrá condenarse al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe."

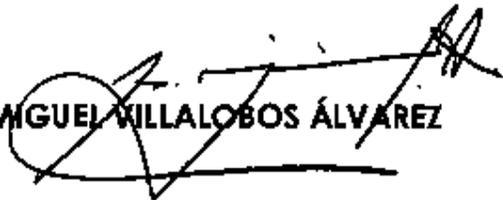
**SEXTO:** Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previa las anotaciones en el Sistema Judicial Siglo XXI.

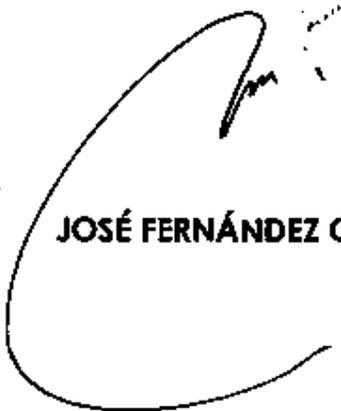
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

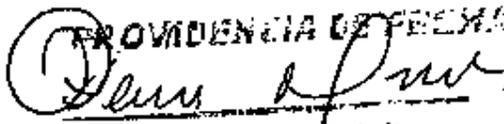
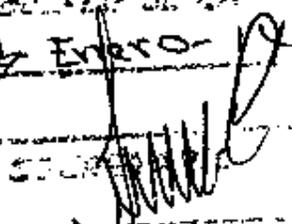
**LOS MAGISTRADOS**

  
**HIRINA MEZA RHENALS**

  
**LUIS MIGUEL WILLALOBOS ÁLVAREZ**

  
**JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO**

Última página de firmas sentencia denegatoria de las pretensiones de la demanda dictada dentro de la acción popular promovida por Juan Vicente Villamoya y Otros contra Aguas de Cartagena s.a. e.s.p. y Otros. Expediente: 13001-23-31-000-2010-00613-00.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BULLA  
SECRETARIA  
EN CARTAGENA 28-Enero-14 NOTIFICADO  
AL PROCURADOR DELEGADO No. 130  
DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BULLA DE LA  
PROVIDENCIA DE FECHA 22 Enero-14  
  
PROCURADOR  
  
SECRETARIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0116  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR:</b>	<b>JORGE ELEICER FANDINO GALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S-A</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: U-A-E DIAN</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-004-2009-00346-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>VEINTICUATRO(24) DE ENERO DE 2014</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 DECISIÓN 001 -**

Cartagena D.T. y C., veinticuatro (24) de enero de dos mil catorce (2014)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante : **Abbott Laboratories de Colombia S.A.**  
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**  
Expediente : **13-001-33-31-004-2009-00346-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 20 de marzo de 2012, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

**ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 2051 de 30 de septiembre de

2008, mediante la cual, el ente demandado profiere una liquidación oficial de revisión de valor y, Resolución 0002205 de 26 de febrero de 2009, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por la División de Liquidación y la Dirección de Gestión Jurídica Aduanera – Subdirección de Gestión de Recursos Humanos de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que la liquidación privada contenida en la declaración de importación modificada por la liquidación oficial de revisión de valor demandada, se encuentra en firme.

Por último, pide que se declare que no debe cancelar suma alguna a favor de la DIAN por concepto de un mayor valor a pagar por IVA, arancel de aduanas, sanción, ni intereses moratorios en relación con la declaración de importación modificada por la liquidación oficial de revisión de valor enjuiciada y, además, que se condene en costas a la entidad accionada.

## **HECHOS**

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

Señala la parte actora, que el día 16 de julio de 2007 la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, ordenó practicar diligencia de verificación y/o cruce, mediante auto comisorio aduanero 136-0579, solicitándole una documentación aduanera, contable y financiera relacionada con unas declaraciones de importación; orden que fue reiterada el día 04 de septiembre del mismo año, siendo acatado dicho requerimiento en esa oportunidad.

Afirma, que el día 05 de septiembre de 2007, la autoridad aduanera profiere requerimiento de información en el que solicita allegar la siguiente

información: i) contrato de compraventa debidamente traducido, ii) declaraciones de importación relacionadas con el producto Neosaldina y todos sus soportes, iii) los soportes de las declaraciones andinas de valor aduanero y, iv) registro contable del movimiento de cada operación de importación con registro en la cuenta transitoria PUC-1465 Inventario Mercancía en Tránsito.

Agrega, que por medio de Oficio 03-070-000-0407 de 07 de noviembre de 2007, la División de Fiscalización Aduanera remite al GIT Control Posterior las diligencias preliminares adelantadas ante dicha sociedad, informando que se encontraron pagos por regalías a la Compañía Altana Pharma AG de Brasil, de donde importaban el producto Neosaldina y, resalta, que los cánones pagados a la mencionada sociedad forman parte del valor en aduanas.

En virtud de ello, el día 08 de julio de 2008, el ente demandado emite el requerimiento especial aduanero mediante el cual propuso corregir la Declaración de Importación con Sticker 0900406106779-4 de 22 de julio de 2005 y, seguidamente, el día 30 de septiembre de 2008, expidió la Resolución 2051, por medio de la cual, profiere liquidación oficial de revisión de valor respecto de la mencionada declaración de importación.

Contra la anterior decisión la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual, fue despachado en forma desfavorable a sus intereses por la Resolución 0002205 de 26 de febrero de 2009.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que el giro o pago a Altana Pharma AG de Brasil de las ventas netas de la Neosaldina en Colombia, no satisface ninguna de las características del giro o pago de regalías, afirmación que queda demostrada debido a que éste es un producto terminado que ya trae la marca incorporada y, por tanto, el precio internacional de venta facturado a Abbott Laboratories de Colombia S.A. comprende el valor de la misma, además, el producto importado no es objeto de contratos de distribución, reventa o reproducción y no es sometido a

procesos de transformación después de su importación, puesto que la Neosaldina simplemente se importa y se vende en Colombia en el mismo estado en que es ingresada a territorio nacional sin que medie el uso de derechos de propiedad intelectual cedidos al importador, actividad comercial que da origen a la noción de ventas netas.

Arguye, que la falsa interpretación de la administración aduanera de que el giro al exterior por ventas netas efectuado por la sociedad demandante constituye un pago de regalías y, en consecuencia, forma parte del valor en aduana de la mercancía importada, consiste en que en el Acuerdo sobre Compra de Activos existe cesión de activos intangibles, como lo es la marca Neosaldina, por parte de Abbott GmbH & Co. KG, a Altana Pharma AG y no como dice la autoridad aduanera que por efecto del contrato de compra de activos se cede la utilización de una marca o patente a una empresa colombiana.

Explica, que la DIAN concluye erróneamente que al vender o producir artículos bajo licencia, la firma licenciada tendrá que abonar al dueño de la marca o patente el pago de un canon, lo cual no es cierto, por cuanto en el Acuerdo sobre Compra de Activos no es la sociedad demandante quien obtiene la licencia, sino que es Abbott GmbH & Co. KG quien cede la propiedad intelectual a Altana Pharma AG.

Discute el hecho de que la DIAN considere que los desembolsos derivados de las ventas netas corresponden a un pago por cánones y derechos de licencia, por el sólo hecho de que la parte actora canalizara éstos a través de un giro con utilización del Numeral Cambiario 2903, a lo cual se vio obligada, toda vez, que no existe otro numeral que permita canalizar el giro por ventas netas.

Que para el caso de las importaciones de la Neosaldina al país por parte de Abbott Laboratories de Colombia S.A., no existe contrato de compraventa que respalde su negociación, por lo tanto, las consideraciones que hace la

administración sobre el Acuerdo de Compra de Activos, tratándolo como tal, no tiene ningún asidero. Resalta, que en el referido acuerdo aparece como vendedor Abbott GmbH & Co. KG, que es una sociedad alemana que actúa bajo su propio nombre y, como comprador, se registra a Altana Pharma AG; mientras que en la compraventa de la Neosaldina importada a Colombia, el vendedor es la filial de éste último en Brasil y el comprador la sociedad demandante.

En vista de lo anterior, precisa que los pagos que hizo al exterior en beneficio de Altana Pharma AG de Brasil, fueron producto de la compraventa de inventario de Neosaldina, los cuales se hicieron de conformidad con lo establecido en la Sección 4.4 (b) del Acuerdo sobre Compra de Activos, esto es, los precios facturados en cada caso, más los desembolsos derivados de las ventas netas; en ningún caso debe interpretarse que tales pagos corresponden a la compraventa de los activos (propiedad intelectual).

Anota, que los pagos que corresponde tomar como base de valoración y que efectivamente tomó la empresa importadora Abbott Laboratories de Colombia S.A., son los derivados de las condiciones establecidas en la Sección 4.4 Colombia {TC} del Acuerdo sobre Compra de Activos, según la cual, Altana Pharma AG de Brasil, proveerá a la sociedad demandante todos los requerimientos del producto de Abbott Brasil, inmediatamente antes de la fecha de cierre (el costo local de aterrizaje), los que serán pagaderos por Abbott Laboratories de Colombia S.A., en el momento de remitir las ventas netas trimestrales menos la comisión a Altana Pharma Ag de Brasil cada trimestre, como se especifica en la Sección 4.4 (c).

Considera, que existe una falsa motivación de los actos demandados al exigirse en los mismos un ajuste por regalías, en contravía de lo señalado en todas las normas de valoración vigentes que obligan tanto a la administración como al administrado. Que no es conducente exigir al importador ajustes de esta naturaleza, pues no ha obtenido la cesión de derechos de propiedad

intelectual y, por tanto, no hay pago de regalías del comprador Abbott Laboratories de Colombia S.A., al vendedor Aitana Pharma AG de Brasil, ni a titular alguno de derechos de licencia.

Concluye diciendo, que la autoridad aduanera incumplió los términos del artículo 509 del Decreto 2685 de 1999 al expedir el requerimiento especial aduanero en forma extemporánea, toda vez, que desde el día 07 de noviembre de 2007 estableció la presunta comisión de una infracción administrativa por parte de la sociedad accionante, al advertir la supuesta existencia de cánones pagados, lo que conduciría a la modificación del valor en aduana de la mercancía importada, pero el acto en cuestión sólo fue proferido hasta el día 08 de julio de 2008, fecha para la cual había vencido el plazo de treinta (30) días establecidos en la disposición previamente citada.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

El proceso de la referencia fue repartido inicialmente al Juzgado Cuarenta y Tres Administrativo del Circuito de Bogotá (fl.288), que mediante auto de 30 de septiembre de 2009 (fl.349), ordenó remitirlo por competencia a los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena, correspondiéndole por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.358), el cual, aprehendió su conocimiento y procedió a admitir la demanda con auto del 09 de diciembre de 2009 (fls.360 – 361), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Administrador Especial en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.365) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista, la entidad accionada contestó la demanda (fls.373 – 383), expresando que se encuentra demostrado dentro del proceso que la parte actora posee una cuenta de compensación en moneda extranjera en el Bankamerica International de New York (# 6350-3-3005), registrada en el Banco de la República. Al igual, que está probado con el formulario 10 “*Relación Operaciones Cuenta Corriente*”, que efectuó pagos

por concepto de regalías a la Sociedad Altana Pharma AG de Brasil, de donde importaba el producto Neosaldina, los cuales, forman parte del valor en aduanas conforme lo disponen los artículos 88 del Decreto 2685 de 1999, 459 del Estatuto Tributario y 81C del Acuerdo de Valor de la Organización Mundial de Comercio (en adelante OMC).

Alega, que en materia de valoración aduanera los cánones, derechos de licencia y regalías son sinónimos, que vienen a ser aquellas sumas pagadas por concepto de uso o la concesión de uso de marcas, derechos de autor, patentes, diseños, modelos, procedimientos, know how, etc.

Añade, que del análisis del proceso, se tiene, que la parte demandante es una empresa independiente que efectuó una negociación con un proveedor, denominada venta, para adquirir la propiedad sobre una mercancía a cambio del pago de un precio, por lo que concluye, que la factura comercial contiene el precio pactado entre proveedor y cliente, la cual, lleva implícita la exigencia del pago del valor registrado.

Esrime, que su actuación como autoridad aduanera ha estado ceñida a los presupuestos establecidos para que dentro de sus facultades de fiscalización y control, procediera a modificar la declaración privada del demandante, a través de una liquidación de revisión en la que plasma el real valor en aduanas de la mercancía importada.

Aunado a ello, dice que la Sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A., es subordinada de Abbott GmbH & Co. KG, mientras que Altana Pharma AG de Brasil es un proveedor de productos terminados. Estas dos empresas realizan negociaciones denominadas ventas en la que la segunda es el vendedor y la primera el comprador y, en virtud de ello, señala que cuando una empresa extranjera cede su marca o patente a una compañía en nuestro país, al proceder a vender la mercancía bajo licencia, la empresa colombiana tendrá que pagar al dueño de la marca o patente un canon.

Pone de relieve, que al analizar la información cambiaria, se observa, que los pagos fueron efectuados dentro de los términos legales, a través de los intermediarios autorizados, mediante el diligenciamiento de la Declaración de Cambio por Importación de Bienes, Formulario 1, # 3179, por un valor de tres millones doscientos cincuenta y tres mil setecientos sesenta y un dólares con ochenta y siete centavos (USD\$3.253.761,87), relativos al Numeral Cambiario 2015 correspondiente a “*Giros por importación de bienes*” y quinientos dieciocho dólares con ochenta centavos (USD\$518,80), por el Numeral Cambiario 2016, concerniente a “*Gastos de importación de bienes incluidos en la factura de proveedores*”.

Que así mismo, canalizó divisas por valor de un millón seiscientos cuarenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y dos dólares con noventa y ocho centavos (USD\$1.647.452,98), relativos a los numerales cambiarios antes señalados; de tal manera, que se infiere que los pagos están referidos a la marca, patentes y regalías.

Finalmente expresa, que contrario a lo señalado por la parte accionante, tuvo conocimiento de la infracción hasta el día 09 de junio de 2008, por lo que es a partir de esa fecha que deben contabilizarse los treinta (30) días establecidos legalmente para la expedición del requerimiento especial aduanero, lo que le permite inferir que al momento de proferirlo se encontraba habilitada para ello.

Mediante auto de fecha 09 de marzo de 2011 (fls.392 – 393), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, luego, con proveído de 09 de febrero de 2012 (fl.1996), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el libelo de la demanda (fls.1997 – 2006); la parte accionada hizo lo propio mediante memorial visible a folios 2007 a 2009 del expediente; el Ministerio Público guardó silencio.

## EL FALLO RECURRIDO

(fls.2019 - 2035)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, señala que de acuerdo a las visitas, requerimientos de pruebas e información y tras conceder las prorrogas pedidas por la accionante para presentar la traducción oficial de los documentos, siendo la última de ellas solicitada por treinta (30) días el 08 de mayo de 2008, se puede colegir que dicho plazo vencía el 08 de junio de 2008, que como fue día inhábil se extendió al día siguiente, por tanto, al formular la DIAN el requerimiento especial aduanero el día 08 de julio del mismo año, se tiene, que lo hizo oportunamente.

Por otro lado, plantea que al analizarse el estudio individual que hace la demandada de cada requisito para determinar que el giro al exterior realizado por la sociedad accionante constituye un canon o derecho de licencia, se observa, que en cuanto a que el canon esté relacionado con las mercancías importadas que se valoran, se parte de entender que hubo una venta de activos, verbigracia, las marcas registradas y nombres comerciales, entre la sociedad Abbott GmbH & Co. KG como vendedora y Altana Pharma AG como compradora, cuyo precio del contrato fue la suma de treinta y tres millones de dólares (US\$33.000.000,00), más los valores agregados establecidos por las leyes alemanas.

Que los datos anteriores se refieren al Acuerdo sobre Compra de Activos y no a la operación de compraventa realizada entre la empresa Abbott Laboratories de Colombia S.A. y Altana Pharma AG de Brasil, toda vez, que esta última funge como vendedora y la primera como compradora (afiliada a la vendedora Abbott GmbH & Co. KG en el contrato sobre compra de activos), además de

que el objeto de ésta no es la negociación de marcas registradas, nombres comerciales, entre otros, sino la importación como tal del producto terminado medicamento Neosaldina, tal como se desprende de la declaración de importación; igualmente se observa que el valor antes reseñado no encuentra soporte en el Formulario 1 (fl.497), precisamente porque aquél valor corresponde a la suma pactada en el acuerdo en comento, en donde quien debió hacer el desembolso en el exterior de ese pago es Abbott GmbH & Co. KG y no la sociedad accionante.

Manifiesta, que otro requisito es la exigencia del pago de un canon como condición de la venta y, en tal sentido, como quiera que la DIAN sostiene que existió una venta de marcas, nombres comerciales, marca de servicio, good will, entre otros, lo que a su juicio no es cierto, eso daría a entender que existió como condición de dicha venta el pago de un canon por licenciamiento por la parte actora a Altana Pharma AG de Brasil para poder utilizar los derechos, conclusión que también considera equivocada, puesto que la negociación entre estas dos sociedades fue sobre el producto Neosaldina y no sobre la marca, por lo que resultaría apresurado deducir que en dicha compraventa existió cesión o transferencia para utilización de derechos sobre la misma.

Agrega, que es cierto que el producto Neosaldina es un activo excluido del Acuerdo sobre Compra de Activos, sin embargo, éste regula los términos en que se efectuaría el cierre de las compraventas del mismo en cuanto a los plazos, formas de pago y lo relacionado con derechos de licencia. Que es así como se establece en la Sección 4.4 para Colombia, que el comprador (Altana Pharma AG) y sus afiliados, le otorgan al vendedor (Abbott GmbH & Co. KG) sus afiliados y designados, un derecho y licencia completamente pagada, no exclusiva, no transferible y no asignable para utilizar el know-how y la propiedad intelectual transferida para utilizar, vender, ofrecer, importar, exportar, registrar, marcar y distribuir el producto en Colombia.

Ello significa, que al momento de que la parte actora realice la importación de un producto bajo la marca registrada Neosaldina, no tendría obligación de pagarle a Altana Pharma AG de Brasil canon alguno por licencia o propiedad intelectual, ya que en virtud del plurimencionado acuerdo, dicho canon se encuentra completamente pago.

Por otra parte, aduce que es cierto que la sociedad demandante a través de los Formularios 5 y 10 ampara el giro al exterior a favor de Altana Pharma AG de Brasil por la suma de doscientos veintiocho mil cuatrocientos ochenta y siete dólares (\$USD228.487,00), bajo el Numeral Cambiario 2903 para marcas, patentes y regalías, sin embargo, dicha entidad manifiesta que debió proceder de esa forma porque se vio obligada a ello, ya que no existía en la legislación un numeral cambiario que permitiera canalizar ese giro por ventas.

Para la juez *a quo*, tal argumento no es aceptable, porque la parte accionante lejos de dar a entender tal situación al momento de diligenciar el formulario, se encarga de especificar que dicho giro es una regalía cuando así lo discrimina en las observaciones del Formulario 5 y no reposa en el expediente prueba alguna que reste valor a la veracidad de la información consignada por ella en las declaraciones cambiarias.

Asimismo, esboza que no es de recibo el argumento referido a que el cálculo realizado por la aduana para determinar el ajuste de valor es arbitrario al ser la suma de doscientos veintiocho mil cuatrocientos ochenta y siete dólares (\$USD228.487,00), el resultado de ventas netas de muchas importaciones realizadas durante el trimestre y se toma completamente como si fueran cánones y derechos de licencia, procediendo a ser dividido entre las nueve declaraciones de importación que no habían adquirido firmeza, lo que a su parecer, contraviene los parámetros del artículo 4° del Decreto 2649 de 1993, que hace alusión a que la información contable debe ser neutral, verificable y representar fielmente los hechos económicos para ser confiable.

No acepta el juzgado este cargo en contra de los actos demandados, porque considera que la DIAN tomó todo el valor como canon o derecho de licencia precisamente porque en el Formulario 5 fue declarado todo ese monto como regalía, entonces no tendría porque entender que dicho valor comprende otros conceptos si así fue expresamente consignado.

Concluye diciendo, que no encuentra prueba de cuantas declaraciones de importación realizaron en total durante el periodo por el que fue pagado el valor en cuestión por concepto de regalía, para poder determinar cuál era, según la accionante, la cifra por la que debía dividirse el monto para efectos de determinar el valor equivalente a una sola declaración de importación, circunstancia que no permite desvirtuar la legitimidad del cálculo efectuado por la DIAN para tasar el ajuste de valor.

## SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.2037 – 2047)

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

En primer lugar, expresa que de manera errada en el fallo apelado se asimila el concepto de “*ventas netas*” a la existencia de “*cánones*” y “*derechos de licencia*” relacionados con la Neosaldina importada, desconociendo el artículo 8.1 c) del Acuerdo de Valoración de la OMC, al considerar que los giros efectuados por la sociedad accionante a favor de Altana Pharma AG de Brasil, utilizando el Numeral Cambiario 2903 “*marcas, patentes, regalías y otros*”, deben ser tenidos en cuenta al momento de realizar la valoración aduanera y determinar los pagos que deben ser adicionados al precio realmente pagado o por pagar.

Que fueron explicadas con claridad las razones por las que se vio obligada a utilizar el numeral cambiario correspondiente a regalías, ya que éste también

se refiere a “*otros conceptos*”, lo cual, no convierte dicho pago en un ajuste con la misma connotación de los cánones y derechos de licencia de los que trata la disposición previamente citada, porque definitivamente su conformación y concepto no se derivan del pago de una propiedad intelectual.

Alega, que el artículo 8.4 *ejusdem*, dispone que los únicos elementos que pueden añadirse al precio realmente pagado o por pagar son los enumerados en el artículo 8° del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y no se permiten otras adiciones, lo que impide que se efectúen incrementos o complementos para calcular el valor comercial u otros conceptos que no corresponden a las definiciones de tales nociones.

Señala, que en el *sub examine*, lo que la autoridad tributaria y el *a quo* consideran como cánones y derechos de licencia no está relacionado con la mercancía importada, pues como está demostrado, las regalías por los derechos de propiedad intelectual de la misma ya habían sido pagados previamente a Altana Pharma AG (en el Acuerdo sobre Ventas de Activos entre ésta y sus afiliados y Abbott GmbH & Co. KG y sus afiliados) y, en este caso, el giro simplemente correspondió a un porcentaje sobre las ventas netas de Abbott Laboratories de Colombia S.A.

Explica, que no sólo por el hecho de denominar a ciertos pagos “*regalías*” se debe concluir automáticamente que deben ser sumadas al precio pagado o por pagar por las mercancías importadas para determinar su valor en aduana, sino que es indispensable que además se examine en cada caso que se trate de pagos por cánones y derechos de licencia a que se refiere el literal c) del artículo 8.1 del Acuerdo sobre Valoración de la OMC y, que además, se cumplan con los requisitos previstos para su ajuste.

De igual manera, expone que mientras los cánones y derechos de licencia implican pago de derechos reservados (propiedad intelectual), las ventas netas resultan del valor obtenido por la comercialización en Colombia del producto

importado, deduciendo los gastos que se generan por su comercialización, pero asegura que en el asunto de marras está comprobado que no hay utilización de derechos de licencia por parte de la sociedad accionante, debido a que importa Neosaldina como producto terminado con la marca ya incorporada, por tanto, el precio que pagó por el mismo tenía incluido todos los derechos de propiedad intelectual que se hubieren utilizado en su fabricación.

Finalmente, se opone al argumento de la DIAN referente a que el ajuste de valor equivale al prorrateo entre las nueve (9) declaraciones de importación investigadas, que resultaría igual a efectuar el ajuste de cada una individualmente, conforme al valor FOB, ya que a su juicio, la equidad como principio orientador de la tributación en Colombia debe estar presente en la determinación del valor en aduana, por ser la base sobre la cual se calculan los derechos de aduana y por ser uno de los elementos conformantes de la base gravable del IVA en las importaciones.

Por ello, considera erróneo e ilegal el procedimiento empleado por la aduana para realizar el referido reajuste, al dividir por nueve (9) el valor girado, esto es, doscientos veintiocho mil cuatrocientos ochenta y siete dólares (US\$228.487) y asignando el resultado de esta operación como un ajuste de valor FOB a cada una de ellas, las cuales no habían adquirido firmeza, sin tener en cuenta que el giro se efectuó por todas las mercancías importadas y vendidas en el periodo de transición y cada una de tales declaraciones amparaban mercancías en cantidades y valores diferentes.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 25 de abril de 2012 (fl.2049).

Por medio de proveído de 12 de junio de 2013 (fl.2054), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 08 de julio de 2013 (fl.2056), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.2057 – 2060); la parte demandante a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.2061 – 2090). El Ministerio Público guardó silencio.

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

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **PROBLEMA JURÍDICO.**

Determinar si el giro efectuado por la parte actora al exterior, a favor de la Compañía Altana Pharma AG de Brasil por la compraventa del producto Neosaldina, hace parte del valor en aduana de la mercancía amparada en la declaración de importación modificada a través de la liquidación oficial de revisión de valor demandada, por el hecho de haber canalizado la transferencia en el Numeral Cambiario 2903.

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

En el presente asunto la parte accionada plantea, que al revisar las transacciones efectuadas por la sociedad demandante con motivo de la importación del producto Neosaldina para los años 2005 y 2006, a favor del proveedor en el extranjero, encontró pagos por regalías, cuyo canon forma parte del valor en aduana de la mercancía, motivo por el cual, al no estar incluidos dichos valores en la respectiva declaración de importación, debía

presentarse un reajuste arancelario correspondiente a esta operación aduanera, lo cual, dio origen a los actos administrativos enjuiciados.

Contrario a ello, la parte accionante alega que el giro o pago de las ventas netas al proveedor en el extranjero, no reúne los requisitos necesarios para ser considerado pago por regalías, teniendo en cuenta que se trata de la importación de un producto terminado que trae la marca incorporada.

De igual manera, se opone a la DIAN cuando ésta plantea que los desembolsos derivados de las ventas netas corresponden a pago por cánones o derechos de licencia por el simple hecho de ser canalizados a través de un giro en el que se emplee el Numeral Cambiario 2903, ya que a su juicio, no existe otro numeral que permita canalizar este tipo de giros.

Asimismo, señala que los pagos realizados fueron producto de la compraventa de inventario del producto Neosaldina, los cuales se hicieron de conformidad con lo establecido en la Sección 4.4 (b) del Acuerdo sobre Compra de Activos, es decir, los precios facturados en cada caso más los desembolsos derivados de las ventas netas.

Por su parte, la juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, basada en que no puede ser de recibo el argumento de que el giro realizado al exterior a favor del proveedor de la mercancía en cuestión se debió hacer a través del Numeral Cambiario 2903 (marcas, patentes y regalías), al no existir otro numeral cambiario para ello, toda vez, que la parte actora consignó en la casilla de observaciones del Formulario 5, que el giro correspondía a una regalía y en el expediente administrativo no existe prueba que desvirtúe tal aseveración.

A su vez, la sociedad demandante impugna dicha decisión, arguyendo que erradamente se equipara el concepto de ventas netas a la existencia de cánones y derechos de licencia relacionados con la mercancía importada,

desconociendo el contenido del artículo 8.1 c) del Acuerdo de Valoración de la OMC.

Añade, que siendo explicadas las razones por las cuales se vio obligada a utilizar el Numeral Cambiario 2903, esto es, que el mismo se refiere a “*otros conceptos*”, no puede entonces convertirse el pago realizado al proveedor en el extranjero en un ajuste con la misma connotación de canon y derecho de licencia, pues su conformación y concepto no se derivan del pago de una propiedad intelectual, ya que para ello, se debe examinar en cada caso concreto que los pagos por tales conceptos sean de los que trata el literal c) del artículo 8.1 del Acuerdo de Valoración de la OMC y, también, que se cumplan con los requisitos previstos para su ajuste.

Para dilucidar la problemática planteada, considera la Sala necesario, en primer lugar, citar el contenido del Acuerdo sobre Compra de Activos celebrado entre Abbott GMBH & Co. KG y Altana Pharma AG, el cual, se encuentra en el expediente en los idiomas inglés y portugués (fls.104 – 105), cuya traducción oficial al idioma español reposa a folios 106 a 109, en el que se señala que la primera de las sociedades actúa como **cedente** de la marca Neosaldina clase 05.11, quien asigna todos sus derechos, acciones e intereses a favor de la segunda, quien figura como **cesionaria**.

El texto completo del acuerdo a que se ha hecho alusión milita a folios 110 a 165 del plenario en idioma inglés, fechado el 21 de noviembre de 2003, pero de igual manera, a folios 196 a 287 está la traducción del mismo al idioma español.

Del referido acuerdo se resaltan los siguientes apartes, considerados de gran relevancia para el asunto objeto de estudio:

*“...CONSIDERANDO que el Vendedor y los Afiliados del Vendedor y el Comprador y los Afiliados del Comprador desean comprar al Vendedor y los*

*Afiliados del Vendedor ciertos activos relacionados con la distribución, el mercadeo y la venta del Producto, el cual es comercializado en Brasil, Colombia y Paraguay bajo la **Marca Registrada de Neosaldina** ® y otras **Marcas Registradas** y de manera típica está disponible en varias formulaciones y formatos como tabletas cubiertas con azúcar en varias presentaciones que oscilan de cajas con 10 se tablas hasta presentaciones con 400 se tablas y como soluciones en varias presentaciones que oscilan de botellas con 10 ml a presentaciones con 20 botellas con 30 ml.*

*POR CONSIGUIENTE, en consideración de las premisas y los convenios mutuos, acuerdos y provistos contenidos dentro de este mismo, recibo y suficiencia de los cuales son reconocidos bajo este mismo, las Partes a este acuerdan a lo siguiente...*

*...Inventario significa la cantidad de Producto determinado a ser comprado del Vendedor o de los Afiliados del Vendedor por el Comprador o los Afiliados del Comprador o designados conforme a los provistos de las Secciones 4.3 y 4.4...*

*...Ventas Netas significa el bruto facturado de las ventas del Producto por Abbott Colombia a terceros, menos las siguientes deducciones, hasta el punto histórico, incluidos en el precio bruto facturado para el Producto o, al contrario, directamente pagados o incurridos por Abbott Colombia, con respecto a la venta del Producto: (i) descuentos, créditos, rebajas, ajustes, rechazos, producto sacado de venta y devoluciones; ii) rebajas en precios o devoluciones impuestas por la Autoridad Gubernamental solamente hasta el punto directamente atribuible a la Línea de Productos (pero, para evitar la duda, excluyen cualesquier otros productos del Vendedor y sus Afiliados); y (iii) Impuestos sobre las ventas, consumo, inventario, valor agregado y similares con respecto a la venta del Producto...*

*...2.1 Activos adquiridos (TC). Sujeto a los términos y las condiciones contenidos en este mismo, y excepto como sea previsto al contrario en la Sección 2.5 y la Sección 4 del presente Acuerdo, al Cierre, el Vendedor hará o causará que los Afiliados del Vendedor otorguen, vendan, traspasen, transfieran, asignen y entreguen al Comprador o a los Afiliados del Comprador o sus designados, y el Comprador o los Afiliados del Comprador o*

*sus designados comprarán y aceptarán del Vendedor y los Afiliados del Vendedor todo derecho, título e interés del Vendedor y de los Afiliados del Vendedor en y hacia los siguientes activos del Vendedor y los Afiliados del Vendedor en cada caso hasta el punto principal relacionado con la Línea de Producto (colectivamente los "Activos Adquiridos"):*

*(a) (i) las marcas registradas, nombres comerciales y marcas de servicio y toda aplicación y registro do (sic) los a continuación, establecidos en la Tabla 2.1(a)(i) adjunto a este mismo, junto con todos los derechos asociados con dichos registros y aplicaciones y el goodwill asociado con los mismos (las "Marcas Registradas"); (ii) los diseños de los empaques, rotulados, insertados del producto, logotipos y trabajos de arte asociados, sea que sean registrados o no (los cuales, para propósitos de aclarar, no incluyen las Abbott Brands); (iii) hasta el punto que sea aplicable, los derechos de autor, sea que sean registrados o no; (iv) la Información Técnica y las Instrucciones de Fabricación; (v) hasta el punto que sea aplicable, cualesquier derechos de autor de dominio o licenciados por el Vendedor dentro del contenido desplegado en el sitio en la red del Vendedor (domain [www.neosaldina.com.br](http://www.neosaldina.com.br)) hasta el punto únicamente relacionado con la información para la Línea de Producto contenida en el sitio en la red del Vendedor, pero excluyendo los derechos de autor en el "look and feel" en el sitio en la red del Vendedor (...), y (vi) todo reclamo, causa de acción u otros derechos (incluyendo, sin límite, a los derechos derivados de anteriores acuerdos sobre derechos) que resulten de la infracción anterior o alegada de cualesquier de los siguientes (colectivamente la "Propiedad Intelectual Transferida")...*

*...(e) Un derecho y una licencia exclusiva, completamente paga, irrevocable, mundial, perpetua y asignable bajo el know how, con el derecho de sub licenciar, únicamente para investigar, desarrollar, hacer que se haga, utilizar, vender, ofrecer en venta, importar, exportar, registrar, promover, mercar, distribuir y vender la línea de producto en cualesquier parte del mundo (la "licencia"). El Comprador y sus Afiliados tendrán el derecho de sub licenciar la Licencia otorgada bajo este mismo a cualesquier Persona...*

*...(h) todo goodwill...*

...(j) *Todas las Instrucciones de Fabricación...*

...2.2 Activos excluidos {TC}. *Sin importar nada de lo anterior que sea contrario dentro del presente Acuerdo, y sujeto a los provistos de la Sección 2.5 y Sección 4, los Activos Adquiridos no incluirán cualesquier otro activo diferente a los específicamente listados o descritos en la Sección 2.1 y sin limitar la generalidad de lo anterior, expresamente excluirán los siguientes activos del Vendedor o de los Afiliados del Vendedor (dichos activos siendo colectivamente referidos de aquí en adelante como los “Activos Excluidos”):*

(a) *toda propiedad intelectual del Vendedor y de cualesquier de sus Afiliados de cualesquier tipo las cuales no estén incluidas en la Sección 2.1, incluyendo los Abbott Brands;*

(b) *todas las cuentas por cobrar que hayan sido acumuladas pero no pagadas antes de la Fecha de Cierre (o en el caso de Colombia, antes del vencimiento del periodo de transición para Colombia), incluyendo cualesquier Tributo impuesto sobre dichas cuentas por cobrar, cualesquier intereses no pagados acumulados sobre dichas cuentas por cobrar y cualesquier seguridad o garantía relacionada con las mismas y cualesquier pagos de recibo con respecto a las mismas en la o antes de la Fecha de Cierre (o en el caso de Colombia después del Periodo de Transición para Colombia) (colectivamente la “Cuentas por Cobrar”);*

(c) *todo el efectivo (incluyendo sin límite al efectivo en caja menor o en tránsito), equivalentes a efectivo, consignaciones bancarias, títulos valores comerciales y cualesquier avances, prepagos o consignaciones bajo cualesquier Contrato relacionado con la Línea de Producto...*

...(h) *todo inventario: sin embargo, previsto que dicho inventario será comprado por los Afiliados del Comprador o sus designados en conformidad con los provistos de las Secciones 4.3 y 4.4 del presente Acuerdo y la Sección 2.2 (g) del Acuerdo de Manufactura y Suministro...*

...3.1. Precio de compra {TC} *El precio total de compra para los Activos Adquiridos, excluyendo el inventario, es de Treinta y Tres Millones de Dólares Estadounidenses (\$33'000.000.00) (el “Precio de Compra”), más cualesquier*

*impuestos de valor agregado aplicables bajo las Leyes Tributarias de Alemania, por medio de una transferencia por cable, en fondos de disponibilidad inmediata, con valor a la Fecha de Cierre...*

*...4.4 Colombia (TC)...*

*...(a)...El comprador y sus afiliados, en virtud de las presentes, le otorgan al vendedor, sus afiliados y designados, un derecho y licencia completamente pagada, no exclusiva, no transferible y no asignable para utilizar el Know-How y la Propiedad Intelectual transferida para utilizar, vender, ofrecer en venta, importar, exportar, registrar, mercar, distribuir y vender el Producto en Colombia (la "Re-expedición de Licencia").*

*(b) Durante el entero plazo del Periodo de Transición para Colombia, Altana Brazil proveerá a Abbott Colombia todos los requerimientos del Producto, igual a precio histórico pagado por Abbott Colombia a Abbott Brasil, inmediatamente antes de la Fecha de Cierre (el "Costo Local de Aterrizaje"), los cuales serán pagaderos por Abbott Colombia a Altana Brazil por, y en el momento de, remitir las Ventas Netas Trimestrales menos la Comisión a Altana Brazil, cada trimestre como se especifica en la Sección 4.4. (c).*

*(c) Iniciando con el 1° de marzo de 2004, dentro de los treinta (30) días del fin de cada trimestre calendario, durante el plazo entero del Periodo de Transición para Colombia, Abbott Colombia: (A) suministrarle a Altana Brazil una declaración por escrito ("Declaración Escrita") indicando (i) las Ventas Netas corrientes para el trimestre anterior, expresadas en Pesos Colombianos (las "Ventas Netas Trimestrales"), y (ii) el calculo de la Comisión retenida por Abbott Colombia para dicho trimestre; y (B) pagar a Altana Brazil (i) en EUROS en Brasil (a la tasa de cambio entre el Peso Colombiano y el EURO en vigencia a la fecha de cada Declaración Escrita) una suma igual al Costo Local de Aterrizaje para el Inventario comprado por Abbott Colombia de Altana Brazil durante el trimestre anterior, y (ii) a elección de Altana Brazil, sea a una cuenta bancaria en Pesos en Colombia, a nombre de Altana Brazil, o en EUROS en Brasil (a la tasa cambiaria en vigencia a la fecha de cada Declaración Escrita), la diferencia entre las Ventas Netas Trimestrales y la suma del Costo Local de Aterrizaje más la Comisión por el trimestre anterior; sin embargo, previsto que en el evento que Altana Brazil elija que el*

*pago de dicha diferencia será en EUROS en Brasil, Abbott Colombia retendrá cualesquier impuestos de retención bajo Legislación Colombiana. En el evento en que Altana Brazil elija dicha diferencia a pagar en EUROS en Brasil, y cualesquier Tributo Colombiano tenga que ser retenido y/o pagado como resultado de dicha elección, entonces Abbott Colombia será responsable por el pago de cualesquier dicho Tributo Colombiano y tendrá el derecho a restar dicho Tributo Colombiano de la diferencia, y la diferencia remitida a Altana Brazil será neta de cualesquier dicho Tributo Colombiano... ...Para propósitos del Periodo de Transición para Colombia, la "Comisión" significa una comisión igual al diez por ciento (10%) de las ventas netas para el trimestre anterior. La comisión y el costo local de aterrizaje serán calculados trimestralmente. La comisión y el costo local de aterrizaje para el inventario y las ventas netas trimestrales serán calculados utilizando costos, ventas, gastos, etc. (tal como sea aplicable)..."* (Negrilla fuera de texto)

El contenido del acuerdo en cuestión, previamente transcrito, deja ver que los activos objeto del mismo, son intangibles, verbigracia, marcas registradas, nombres comerciales, marcas de servicio, diseños de los empaques, rotulados, insertados del producto, logotipos, trabajos de arte asociados, derechos de autor, información técnica, instrucciones de fabricación, derechos de autor de dominio o licenciados por el vendedor, por nombrar sólo algunos, los cuales, se encuentran relacionados con la operación de comercialización del producto Neosaldina.

De igual forma, el aludido acuerdo establece claramente que se encuentran excluidos de este grupo de activos adquiridos, aquellos que hagan parte del inventario, esto es, la cantidad de producto determinado a ser comprado por Altana Pharma AG y sus afiliados a Abbott GmbH & Co. KG y sus filiales.

Por otro lado, en su artículo 4º, regula la manera en que se llevaría a cabo el cierre de la negociación consignada en el acuerdo, destacándose lo dispuesto en el literal (a) del numeral 4.2, en donde se prevé que el vendedor debe transferir y traspasar al comprador o sus afiliados, todos los activos adquiridos, así como también, se encuentra obligado a ejecutar y entregar al

comprador la asignación de la marca registrada junto con la documentación requerida para conferir al comprador el “*título bueno y válido de las marcas registradas*”.

En ese sentido, se debe precisar, que el producto terminado Neosaldina es parte del inventario a que hace referencia la mencionada negociación, por lo tanto, no integra el grupo de activos adquiridos transferidos por Abbott GmbH & Co. KG a Altana Pharma AG.

Ahora bien, queda claro que la parte accionante al adquirir el producto Neosaldina de parte de Altana Pharma AG de Brasil, de conformidad con el acuerdo plurimencionado, se comprometió, además de pagar el precio del producto importado, a girar o pagar a ésta última el valor de las “*ventas netas trimestrales*”.

Por último, es importante resaltar, que en virtud del acuerdo, Altana Pharma AG y sus afiliados (entre ellos Altana Pharma Ltda., de Brasil), le otorgaron a Abbott GmbH & Co. KG y a sus afiliados (entre ellos Abbott Laboratories de Colombia S.A.), un derecho y licencia completamente pagada, no exclusiva, no transferible y no asignable para utilizar el “know-how” y la propiedad intelectual transferida para utilizar, vender, ofrecer en venta, importar, exportar, registrar, mercar, distribuir y vender el producto Neosaldina en Colombia.

Ello quiere decir, que en lo atinente a la distribución, mercadeo y venta de la Neosaldina en Colombia, los derechos relacionados con propiedad intelectual se encuentran cubiertos o, lo que es lo mismo, pagos, lo que a simple vista permite inferir que la sociedad accionante no se encuentra obligada a realizar ningún giro por dicho concepto al proveedor en el extranjero.

Hechas las anteriores anotaciones acerca del Acuerdo sobre Compra de Activos, corresponde ahora revisar el material probatorio recopilado en el

informativo, con el fin de establecer si el giro o pago efectuado por la parte demandante a favor del Altana Pharma AG de Brasil, corresponde o no al pago de cánones o derechos de licencia o, si por el contrario, el mismo concierne a las ventas netas de la Neosaldina en Colombia.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.300: Declaración de Importación 09004061067794 de 22 de julio de 2005, en el que aparece como declarante la sociedad demandante y como proveedor de la mercancía importada la Sociedad Altana Pharma Ltda., consignando en la casilla 89 la siguiente descripción: *“Medicamentos constituidos por productos mezclados o sin mezclar, preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor. Los demás... Nombre comercial. Neosaldina tabletas...”*

-fl.425: Declaración de Cambio por Servicios, Transferencias y otros Conceptos Formulario 5 # 217 de 17 de octubre de 2006, a través del cual, la parte accionante declara la suma de doscientos veintiocho mil cuatrocientos ochenta y siete dólares (US\$228,487.00), bajo el Numeral Cambiario 2903 y en la casilla de observaciones anota que es por concepto de **regalías**.

-fl.427-1: Nota Debito 6999 de 13 de octubre de 2006, expedida por Abbott Laboratories de Colombia S.A., en la que registra un egreso por valor total de trescientos cincuenta y ocho mil ochocientos cuarenta y un dólares (US\$358,841.00), pagado a Altana Pharma Ltda., por la compraventa del producto Neosaldina.

-fl.427-2: Liquidación sobre la comercialización en Colombia del producto Neosaldina, efectuada por la sociedad demandante:

Concepto	Julio 1/2005 Julio 31/2006	USD 2,395	Agosto 1/2006 Septiembre 30/2006	Julio 1/2005 Septiembre 30/2006	USD 2,395
Venta	4,456,720,123	1,860,665	-	4,456,720,123	1,860,665

Devolución			(2.843,388)	(2.843,388)	(1.187)
Subtotal Costo	(2,972,470,119)	(1,240,996)	(559,589)	(2,973,029,709)	(1,241,229)
Muestra Médica	(10,878,676)	(4,542)	-	(10,878,676)	(4,542)
Estudio de Mercadeo	(48,120,251)	(20,090)	-	(48,120,251)	(20,090)
Margen Operación	1,425,251,077	595,037	(3,402,977)	1,421,848,099	593,617
Impuesto Renta 35%	(498,837,877)	(208,263)	1,191,042	(497,646,835)	(207,766)
Impuesto Remesas 7%	(64,848,924)	(27,074)	154,835	(64,694,089)	(27,010)
Neto Margen Operación	\$61,564,276	359,700	(2,057,100)	859,507,176	358,841

Comisión	(269,445,728)	(112,493)	284,358	(269,161,390)	(112,374)
Iva	(43,111,316)	(17,999)	45,494	(43,065,822)	(17,980)
Total Comisión + Iva	(312,557,044)	(130,491)	329,832	(312,227,212)	(130,354)

Neto a Girar	549,007,232	229,209	(1,727,268)	547,279,964	228,487
--------------	-------------	---------	-------------	-------------	---------

-fl.429: Nota Crédito 7000 de 13 de octubre de 2006, expedida por Abbott Laboratories de Colombia S.A., en la que registra un cruce de cartera por valor total de ciento treinta mil trescientos cincuenta y cuatro dólares (US\$130,354.00), por concepto de factura por comisión, deducible del pago realizado a Altana Pharma Ltda., con motivo de la venta en Colombia del producto Neosaldina.

-fl.496: Relación de Operaciones Cuenta Corriente de Compensación Formulario 10, de octubre de 2006, mediante el cual, la parte actora registra la siguiente operación:

**IV. DESCRIPCIÓN DE LAS OPERACIONES**

10 Numeral	11 Valor egresos
2903-MÁRCAS, PATENTES Y REGALÍAS	228.487.00

Analizadas las anteriores probanzas, se observa, que la decisión adoptada por la autoridad aduanera en los actos censurados tiene su origen en el pago de la suma equivalente a doscientos veintiocho mil cuatrocientos ochenta y siete dólares (US\$228,487.00), efectuado por la sociedad actora a favor de Altana Pharma AG de Brasil el día 17 de octubre de 2006; operación financiera sobre la cual quedó constancia a través de la Declaración de Cambio por Servicios, Transferencias y Otros Conceptos Formulario 5 # 217, así como también, por el documento denominado Relación de Operaciones Cuenta Corriente de Compensación Formulario 10, de octubre de 2006.

Bajo el criterio de la DIAN, dicho pago fue realizado por concepto de regalías, ya que en los documentos previamente reseñados se señala claramente que el giro a favor del proveedor en el extranjero obedece al mismo; aunado a lo anterior, se tiene, que también fue canalizado a través del Numeral Cambiario 2903 concerniente a marcas, patentes y regalías.

Sumado a esto, encuentra la Sala, que la liquidación presentada por la parte accionante acerca de éste pago, muestra en forma diáfana cuales fueron las condiciones acordadas para el mercadeo de la Neosaldina en Colombia, haciendo referencia entre otras, a las deducciones y a la comisión deducible del pago al proveedor por la venta de Neosaldina; datos que concuerdan con el valor registrado tanto en la Nota Débito 6999, como en la Nota Crédito 7000, ambas del 13 de octubre de 2006.

Llama la atención, el hecho de que la mentada liquidación no incluya valores por concepto de regalías o derechos de licencia, lo cual es apenas lógico, si se tiene en cuenta que para la mercantilización de la Neosaldina en Colombia tales derechos se encuentran pagos.

Valga la pena traer a cuento, que en un caso con iguales circunstancias fácticas al *sub examine*, el H. Consejo de Estado al respecto expuso<sup>1</sup>:

*“...Según estas condiciones, el comprador [Altana Pharma AG y su afiliado Altana Pharma Ltda] otorgan al vendedor Abbott GmbH y Co KG y sus afiliados, entre éstos Abbott Laboratories de Colombia S.A. “un derecho y licencia completamente pagada, no exclusiva, no transferible y no asignable para utilizar el Know-How y la propiedad intelectual transferida para utilizar, vender, ofrecer en venta, importar, exportar, registrar, mercar, distribuir y vender el producto en Colombia”. En consecuencia, para efectos de la comercialización del producto neosaldina en Colombia, los derechos de*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 11 de julio de 2013. Exp. 19153, C P Martha Teresa Briceño De Valencia

propiedad intelectual están pagados, sin que por tal concepto la demandante deba efectuar pago alguno a su proveedor en Brasil.

(...)

Dado que en el caso, se estableció que la transferencia realizada no fue de regalías sino de «ventas netas» no hay lugar a ajustar el “valor en aduana”, pues se reitera no se trata de pagos relativos a patentes, marcas comerciales y derechos de autor, de los enunciados en la normativa citada, sin que sea necesario revisar las circunstancias señaladas en el artículo 1° del Acuerdo de Valoración de la OMC.

Así, determinado por la Sala que la transferencia efectuada por la demandante al exterior no fue por concepto de “ cánones y derechos de licencia”, presupuesto de hecho en que se fundamentan los actos acusados, se considera que no es procedente el ajuste que en éstos se efectúa al valor en aduana de las declaraciones de importación...

...Por otra parte, si la utilización de un determinado numeral cambiario en los formularios de declaración constituye infracción cambiaria susceptible de ser sancionada, es a la autoridad competente a la que corresponde investigar y determinar la sanción correspondiente...” (Subrayado fuera de texto)

Tal como se desprende del análisis probatorio y jurisprudencial realizado sobre el caso bajo estudio, el pago efectuado por la sociedad demandante al proveedor de Neosaldina en Brasil, bajo ninguna circunstancia obedece a los conceptos de cánones por regalías o derechos de licencia respecto del referido producto, sino que por el contrario, corresponde al cumplimiento de la obligación en cabeza del importador plasmada en el Acuerdo sobre Compra de Activos, concerniente al giro del valor de las ventas netas trimestrales del mismo.

Para finalizar, esta Sala hace suyas las ideas expuestas por el H. Consejo de Estado en la providencia citada con anterioridad, en lo referente a que si realmente la utilización del Numeral Cambiario 2903 en los formularios de

declaración constituye alguna infracción cambiaria, la entidad competente para establecer si la sociedad demandante se hace acreedora a una sanción por tales motivos es la DIAN.

Así las cosas, al lograr desvirtuar la parte actora la legalidad de los actos administrativos demandados, no le queda otra opción a esta colegiatura que proceder a decretar la nulidad de los mismos y, a título de restablecimiento del derecho, declarar que la liquidación privada contenida en la declaración de importación modificada por la liquidación oficial de revisión de valor demandada, se encuentra en firme.

Igualmente, se deberá declarar que la sociedad accionante no debe cancelar suma alguna a favor de la DIAN por concepto de un mayor valor a pagar por IVA, arancel de aduanas, sanción, ni intereses moratorios en relación con la declaración de importación modificada por la liquidación oficial de revisión de valor enjuiciada.

En lo atinente a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo “...*el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil*”. En el *sub lite* no se evidencia en la actitud de la parte demandada temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de revocarse la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se concederán parcialmente.

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

### FALLA

**REVOCAR** la sentencia de 20 de marzo de 2012 emitida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A., contra la DIAN y, en su lugar, se dispone:

**“PRIMERO: DECLARAR** la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 2051 de 30 de septiembre de 2008, mediante la cual, el ente demandado profiere una liquidación oficial de revisión de valor y, Resolución 0002205 de 26 de febrero de 2009, a través de la cual, la DIAN resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por la División de Liquidación y la Dirección de Gestión Jurídica Aduanera – Subdirección de Gestión de Recursos Humanos de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, respectivamente, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se dispone **DECLARAR** que la liquidación privada contenida en la Declaración de Importación 0900406106779-4 de 22 de julio de 2005, modificada por la liquidación oficial de revisión de valor demandada, se encuentra en firme.

**TERCERO: DECLARAR** que la sociedad demandante no debe cancelar suma alguna a favor de la DIAN por concepto de un mayor

valor a pagar por IVA, arancel de aduanas, sanción, ni intereses moratorios en relación con la Declaración de Importación 0900406106779-4 de 22 de julio de 2005, modificada por la liquidación oficial de revisión de valor enjuiciada.

**CUARTO:** NO CONDENAR en costas a la parte vencida.

**QUINTO:** En firme esta providencia, DEVOLVER el remanente de gastos del proceso, si lo hubiere y ARCHIVAR el expediente.”

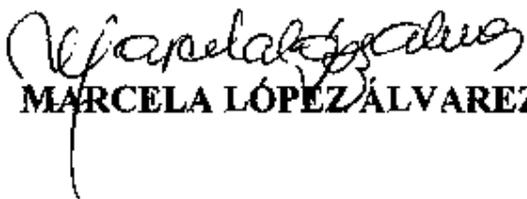
Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

### LOS MAGISTRADOS

  
JORGE ELIECER PATIÑO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-004-2009-00346-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0117  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE-SUCESORES &amp; CIA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: U-A-E DIAN</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-010-2010-00306-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE ENERO DELAÑO 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, TREINTA Y UNO(31) 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. dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013)

Sentencia de Segunda Instancia

**Magistrado Ponente** : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ  
**Radicación** : 13-001-33-31-010-2010-00306-01  
**Clase de proceso** : Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Demandante** : Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores &Cia.  
**Demandado** : DIAN

**Tema:** Liquidación Oficial de Revisión-inclusión servicio de transporte (tributario)

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 27 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

La sociedad EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE SUCESORES & CIA S. EN C en liquidación contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES – DIAN, tendiente a que se declaren las siguientes:

**PRETENSIONES**

A continuación se transcriben:

*"1. Que, ANULE el Acto Administrativo contenido en la LIQUIDACIÓN OFICIAL No. 62412009000046 de fecha 29 de Septiembre de 2009, mediante la cual se modificó la liquidación privada de mi Mandante, correspondiente al Impuesto sobre las VENTAS, Año Gravable de 2006 – 6, proferida por la Administración de Impuestos de Cartagena, contra mí Mandante, la Firma EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE- SUCESORES & CIA S EN C. EN LIQUIDACIÓN, identificada con el Nit: 890.404.291-0.*

Rad 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte Excursiones Roberto Lemaître – Sucesores & CIA  
Ddo: DIAN

2. Que. *ANULE* el Acto Administrativo contenido en la *RESOLUCIÓN* No. 062362010000008 de fecha 11 de Agosto de 2010, mediante la cual se confirmó la *Liquidación Oficial* No. 62412009000046 de fecha 29 de Septiembre de 2009, el cual modificó la liquidación privada de mi Mandante, correspondiente al Impuesto sobre las *VENTAS*, Año Gravable de 2006-6, proferida por la Administración de Impuestos de Cartagena, contra mi Mandante, la Firma *EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE- SUCESTORES & CIA S EN C. EN LIQUIDACIÓN*, identificada con el Nit: 890.404.291-0.

3. Que a título de *RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*, se *CONFIRME LA DECLARACIÓN PRIVADA* correspondiente al Impuesto sobre las *VENTAS*, Año Gravable de 2006- 6, presentada por mi Mandante, la Firma *EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE – SUCESTORES & CIA S EN C. – EN LIQUIDACIÓN*, identificada con el Nit: 890.404.291-0.

4. Que, a título de *RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO*, se ordene el *ARCHIVO DEL EXPEDIENTE* No. *DT-2006-2009-000195*, contentivo del proceso administrativo de determinación de los tributos, adelantado por la Administración de Impuestos Nacionales de Cartagena.”

## HECHOS

En resumen se destacan los más relevantes:

**Primero:** Narra la sociedad actora que presentó su declaración de IVA, correspondiente a la vigencia fiscal de 2006, periodo 6, el día 15 de enero de 2007, con el sticker No. 51571050017332, en la cual declaró la suma de \$27.150.000, por ingresos brutos por operaciones gravadas.

**Segundo:** Que la División de Fiscalización Tributaria de la Administración de Impuestos de Cartagena, formuló a la sociedad demandante Requerimiento Especial, indicando que habían recibido una denuncia contra ese contribuyente, por manejar doble contabilidad con facturas y planillas que se encuentran en sus oficinas.

**Tercero:** Que el día 22 de enero de 2007, la División de Fiscalización profiere el Auto de Apertura de Investigación No. 062382009000195, dentro del programa DT – DENUNCIA DE TERCEROS, con el fin de iniciar la investigación formalmente contra la sociedad demandante.

**Cuarto:** Señala que está plenamente demostrado que si la sociedad contribuyente, presta el servicio de transporte, éste es sólo el medio para trasladar a los huéspedes y demás clientes hasta las instalaciones del hotel que se encuentra ubicado en las Islas del Rosario (sic), lugar donde presta los demás servicios que incluyen el respectivo plan.

Rad 010-2010-00306-01 (Tributario)  
 Dte Excursiones Roberto Lemaître – Sucesores & CIA  
 Ddo DIAN

**Quinto:** Que la administración manifiesta que la actora factura servicios de tours a la Isla del Pirata, por lo que debe incluir dentro de la base gravable del IVA, el valor total de la operación por ser ésta integral; toda vez que el transporte a las islas es solo un servicio accesorio de los demás prestados, primando la esencia sobre la forma como lo establece la norma contable.

**Sexto:** Que el día 21 de mayo de 2009, una vez notificada la sociedad demandante del requerimiento especial, ésta da respuesta al mismo; no obstante, la División de Liquidación desestimó los argumentos esgrimidos por la actora, por lo que el día 29 de septiembre de 2009, expidió el acto de liquidación que No. 6241200900046 de fecha 29 de septiembre de 2009.

**Séptimo:** Que la sociedad EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE, interpuso recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial, el cual fue resuelto por la División Jurídica Tributaria, mediante Resolución No. 062362010000008, confirmando la liquidación oficial.

### **NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

Considera la accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

**Constitucionales:** Art. 228 de la Carta Política.

**Legales:** Arts. 447, 476 numeral 2, 638 del Estatuto Tributario.

Aduce que existe violación de la norma superior, por cuanto pretende por vía de una errada interpretación, ajena a todas las reglas de hermenéutica legal y de la voluntad del legislador, construir (sic) un paquete turístico, para entrar a desconocer la exclusión del servicio de transporte, señalado por la ley tributaria.

Que con los actos acusados, se desconoció el justo equilibrio previsto entre los derechos del contribuyente y los intereses de la Administración, dejando de lado de esa prerrogativa legal, y el órgano administrado en su política equivocada en este manejo tributario, desatendiendo la realidad procesal que se encuentra en sus propios expedientes, y sin acatar los procedimientos legales estatuidos.

Que la División de Liquidación modifica la Declaración Privada de la actora, correspondiente al IVA año 2006, en el periodo señalado, incluyendo el servicio público de transporte, el cual se encuentra excluido, en forma expresa, para gravarlo porque han considerado los funcionarios de la DIAN con esta caprichosa interpretación que los servicios prestados por la demandante es un paquete turístico integral.

### **DEFENSA**

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Rad 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte Excursiones Roberto Lemaître – Sucesores & Cia  
Ddo: DIAN

Explica que, la sociedad ROBERTO LEMAITRE – SUCESORES & CIA S. EN C., presta un servicio cuyo valor total constituye la base para la determinación del impuesto sobre las ventas, independientemente de la denominación que se le dé al servicio por parte de la empresa prestadora del mismo.

Señala además que, analizadas las pruebas que obran en el expediente administrativo, se encuentra suficientemente demostrado que el servicio prestado por la sociedad accionante abarca transporte, bebidas, comidas, pasadía en el Hotel de la Isla, servicio de hospedaje, buceo. Así mismo, aduce que, consta en el informativo fiscal, facturas donde se aprecia el registro contable que se realiza en la subcuenta 41451501 y cuyas cuentas auxiliares se denominan Tour del día Isla Pirata, excursiones hotel, ingresos buzos y alquiler lancha, lo cual conlleva a establecer que se trata de un servicio turístico que se encuentra gravado con el impuesto a las ventas, dado que no se encuentra excluido por la ley y la base gravable sobre la cual se cobra el IVA, lo constituye el valor total de la operación, de acuerdo con lo normado en el artículo 447 del E.T.

Afirma entonces que, no le asiste razón a la Sociedad Excursiones Roberto Lemaître – Sucesores & Cia S. en C., quien debió incluir dentro de la base gravable del IVA, el valor total de la operación por ser esta integral, sin embargo, no lo hizo, motivo por el cual la Administración en uso de sus facultades se ve precisada a modificar la liquidación privada y de esa manera formalizar la actuación que debió cumplir el contribuyente en su oportunidad.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendarada 27 de marzo de 2012, negó las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Señala la juez de primera instancia, que la actora ostenta la calidad de prestador ser servicio público de transporte marítimo, situación que conforme a las normas acredita con la resolución expedida por la DIMAR.

Afirma que no obstante, el servicio de transporte prestado por la sociedad actora, cuando desarrolla su objeto social no es un servicio público como tal, pues el mismo ostenta ciertas características, tales como que sea abierto al público en general o que esté dispuesto en cualquier horario sin necesidad de acogerse a otros servicios, situación que no cumple la firma demandante.

Por consiguiente concluye, que cuando se trata de servicio de transporte que no es público, como en este caso, la actividad está gravada con el impuesto a la venta. (fl. 133-142)

## **APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada interpuso recurso de apelación.

Señala que tanto la Administración de Impuestos como el Juzgado, para sustentar la modificación de la declaración privada de la sociedad demandante, desconocen que la misma presta el servicio de transporte público, tal como lo señala su objeto social, para incluirlo en un supuesto paquete turístico, para gravar la totalidad de la actividad, que está expresamente excluida del IVA, en los términos del artículo 476 del E.T.

Manifiesta en el recurso que el A-quo en su afán de acomodar el concepto de "servicio integral", en los servicios que presta la sociedad demandante, incluye el servicio de transporte de personas dentro del territorio nacional, el cual es un servicio excluido del IVA por expresa disposición legal, y lo convierte en un gasto accesorio, con una interpretación jurídica errónea.

Aduce además que el artículo 476 del Estatuto Tributario, de manera expresa exceptúa del IVA, el servicio de transporte público marítimo de personas dentro del territorio nacional y que en el objeto social de la sociedad Excursiones Roberto Lemaitre se encuentra el servicio de transporte marítimo, en todas sus expresiones y modalidades, por lo tanto, excluido del IVA.

Aclara que la sociedad demandante presta el servicio de hotelería sin condicionar a que las personas utilicen sus embarcaciones, ya que cualquier persona que requiera solo el servicio de hospedaje, puede contratar a la demandante.

Insiste en que no se puede modificar el objeto social de la demandante, para pretender involucrar el servicio que presta, como un paquete turístico, porque de ser así, se estaría solicitando como exentos, no solo el valor del transporte, sino que se estaría solicitando el total del mencionado paquete, conforme lo señala el Concepto Jurídico de la DIAN, contenido en el oficio No. 043272 de 6 de agosto de 2007.

Concluye que al tener la sociedad Excursiones Roberto Lemaitre licencia de explotación comercial, que la autoriza a prestar el servicio público de transporte marítimo, se encuentra protegido por la ley tributaria que señala la exclusión del IVA.

## **ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

**Parte demandante.**

Se ratifica en los argumentos expuestos en el recurso. (ff. 177- 191)

Rad. 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores & CIA  
Ddo: DIAN

### **Parte demandada.**

Reitera los argumentos señalados en su escrito de contestación; así mismo solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (fl. 192-200)

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

### **ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto de fecha 14 agosto de 2012, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (fl. 174)

Luego, por auto del 8 de noviembre de 2012, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 176)

Agotado todo lo anterior, y no existiendo nulidades que resolver, entra a Saha el expediente para resolver de fondo el proceso de referencia.

### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **Competencia.**

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 27 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

#### **Acto Acusado.**

Se pretende la nulidad de los siguientes actos:

- **Liquidación Oficial No. 62412009000046** de fecha 29 de septiembre de 2009, mediante el cual se modificó la liquidación privada de la sociedad actora.
- **Resolución No. 062362010000008** de fecha 11 de agosto de 2010, a través de la cual se confirmó la decisión inicial. Todas ellas proferidas por la demandada.

#### **Caducidad.**

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la **Resolución No. 062362010000008** de fecha 11 de agosto de 2010, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, se notificó personalmente a la apoderada de la actora el día 17 de agosto

Rad: 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores & CIA  
Ddo. DIAN

de 2010 (ff. 63 al reverso) y la demanda se impetró el día 10 de diciembre de 2010; es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

### **Problema Jurídico.**

¿Se encuentra excluido del Impuesto sobre las ventas el servicio de transporte marítimo que presta la sociedad Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores & S en C a sus huéspedes o por el contrario, dicho servicio constituye base gravable del impuesto sobre las ventas por cuanto hace parte del paquete turístico integral que ésta brinda en desarrollo de su objeto social?

Para dar respuesta a lo anterior advierte la Sala que la entidad demandada en sede administrativa modificó la liquidación privada del impuesto sobre las ventas presentada por la sociedad actora, por encontrar que ésta no puede considerarse como transporte público ya que se está frente a la necesidad de satisfacer la movilización de personas dentro de un ámbito exclusivo o turístico.

En ese orden, la Sala en primer lugar trae a colación las normas aplicables al caso bajo estudio, seguidamente destacara las pruebas pertinentes y conducentes para luego resolver la contienda.

### **Marco Normativo.**

El Estatuto Tributario, determina de manera general las actividades que constituyen el hecho generador del impuesto sobre las ventas. Así en su artículo 420, dispone:

*"ARTICULO 420. HECHOS SOBRE LOS QUE RECAE EL IMPUESTO. El impuesto a las ventas se aplicará sobre:*

*a. Las ventas de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidas expresamente.*

*b. La prestación de servicios en el territorio nacional.*

*c. La importación de bienes corporales muebles que no hayan sido excluidos expresamente.*

*(...)"*. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 447 del Estatuto Tributario consagra la regla general con relación a la base gravable del IVA, para la venta y prestación de servicios, en los siguientes términos:

*"ARTICULO 447. EN LA VENTA Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS, REGLA GENERAL. En la venta y prestación de servicios, la base gravable será el valor total de la operación, sea que ésta se realice de contado o a crédito, incluyendo entre otros los gastos directos de financiación ordinaria, extraordinaria, o moratoria, accesorios, acarreos, instalaciones, seguros, comisiones, garantías y*

Rad. 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte. Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores & CIA  
Ddo: DIAN

*demás erogaciones complementarias, aunque se facturen o convengan por separado y aunque, considerados independientemente, no se encuentren sometidos a imposición.*

*PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 34 de la Ley 49 de 1990. el nuevo texto es el siguiente>: Sin perjuicio de la causación del impuesto sobre las ventas, cuando los responsables del mismo financien a sus adquirentes o usuarios el pago del impuesto generado por la venta o prestación del servicio, los intereses por la financiación de este impuesto, no forman parte de la base gravable”.*

De las normas anteriores, se infiere que por regla general la venta de bienes y servicios se encuentra gravada por el Impuesto sobre las Ventas, salvo aquellos que se encuentran expresamente excluidos de dicho gravamen.

Así, el artículo 476 del Estatuto Tributario, establece cuáles son los servicios excluidos del impuesto sobre las ventas:

*“1. Los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, clínicos y de laboratorio, para la salud humana.*

*2. El servicio de transporte público, terrestre, fluvial y marítimo de personas en el territorio nacional, y el de transporte público o privado nacional e internacional de carga marítimo, fluvial, terrestre y aéreo. Igualmente, se exceptúan el transporte de gas e hidrocarburos” (Negrilla fuera de texto).*

De lo resaltado concluye la Sala que el transporte público marítimo de personas en el territorio nacional, constituye un servicio expresamente excluido del impuesto sobre las ventas, sin embargo, ha de entenderse que tal exclusión opera sólo en aquellos casos en que el servicio se preste de manera exclusiva, es decir, que tienen derecho al beneficio tributario quienes se dediquen a la prestación del servicio público de transporte, sin que haga parte de un paquete turístico donde se ofrezcan distintas actividades, además del servicio de transporte marítimo.

### **Lo probado**

Para la Sala de conformidad con el certificado de existencia y representación de la sociedad actora, se prueba que el objeto social de dicha entidad, consiste en: **“La inversión de dineros en valores bursátiles o no y en bienes productores de rentas más o menos fijas; la explotación económica de la industria turística, servicio de transporte marítimo, en todas sus expresiones y modalidades; la explotación económica de establecimientos de diversión y esparcimiento; la explotación económica de hostelerías y hoteles, restaurantes, bares...”**. (Negrilla fuera de texto) (fl. 35-37 Cdo Principal)

Rad 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte: Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores & CIA  
Ddo: DIAN

De la misma manera se acreditó que por Resolución No. 006-CP5-09-Enero-2004 y su modificatoria Resolución No. 012-CP5-01 – Junio -2007 de la Capitanía de Puerto de Cartagena (fl. 42 cuaderno No. 1), mediante la cual se otorga a la sociedad EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE – SUCESORES & CIA S. en C., autorización especial para prestar el Servicio Público de Transporte Marítimo dentro de la jurisdicción de la Capitanía de Puerto de Cartagena.

Es pertinente advertir en este contexto, que la autorización de referencia por sí sola, no da certeza de que los servicios prestados y facturados por la sociedad demandante, en el año gravable 2006 período 6, constituyan una prestación del servicio público de transporte marítimo excluido del pago del Impuesto sobre las Ventas.

Reposa igualmente un sin número de planillas, en las que se describe el servicio prestado en las Isla Pirata, tales como excusiones, hotel, restaurante, bar y el valor discriminado de cada uno de ellos, los cuales resultan ser sufragados por diversas personas. (fl. 113-156 ibidem; fl. 1-70 Cdno 2; fl. 1-62 Cdno 3)

Milita de la misma manera un sin número de facturas expedidas por Roberto Lemaitre, donde claramente se aprecia que únicamente se factura el valor del servicio de transporte sufragado por los pasajeros. (fl. 157-205 Cdno 1; fl. 151-184, 236-295 Cdno 2; fl. 63-133, 180-255 Cdno 3)

Ahora bien, se allega igualmente al expediente la declaración privada del Impuesto sobre las Ventas, presentada por la sociedad excursiones Roberto Lemaitre, correspondiente al sexto bimestre del año 2006 (fl. 146 cuaderno No. 1), identificada con sticker No. 515710500017332, en la cual consigna la suma de \$139.816.000, por concepto de ingresos brutos por operaciones excluidas y no gravadas (renglón 30) y un valor total a pagar por el impuesto de \$0. Dicha declaración fue presentada sin pago el 15 de enero de 2007.

Se constata que en el Requerimiento Especial de Impuesto sobre las Ventas No. 0623820090010 de 20 de febrero de 2009 (fl. 18-25 Cdno pruebas No. 1), la DIAN propone modificar mediante liquidación de Revisión, la liquidación privada No. 5157105001733 del 15 de enero de 2007. En la explicación sumaria del anotado requerimiento la administración señala que: *“...cuando la sociedad EXCURSIONES ROBERTO LEMAITRE SUCESORES Y CIA S. EN C. identificado con NIT 890.404.291, factura servicios de tours a la Isla del Pirata, debe incluir dentro de la base gravable del IVA, el valor total de la operación, por ser esta integral, toda vez que como se ha venido señalando el transporte a las islas es solo un servicio accesorio de los demás prestados, primando con esto la esencia sobre la forma como lo establece la norma contable”*.

La sociedad Excursiones Roberto Lemaitre, en su respuesta al requerimiento especial (fl. 27-35 ibídem), se opone a cada uno de los argumentos esbozados por la administración aduanera.

Rad 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores & CIA  
Ddo: DIAN

En ese orden, constata la Sala que la División de Liquidación de la Administración Local de Impuestos de Cartagena, profiere Liquidación Oficial de Revisión de Impuesto sobre las ventas (fl. 43-44 *ibidem*) confirmando las razones expuestas en el requerimiento especial de referencia y que se reiteran en el recurso de reconsideración desatado por la demandada.

#### **Análisis del Caso.**

En el sub lite, la parte actora (recurrente) pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos referenciados, con el argumento de que el artículo 476 del E.T., señala que el servicio de transporte público marítimo de personas en el territorio nacional, se exceptúa del impuesto sobre las ventas, y teniendo en cuenta que dicho servicio se encuentra expresamente incluido en el objeto social de la sociedad se tiene que ésta no está obligada a declararlo ni a tributarlo.

No obstante como bien se destaca en los actos acusados, la entidad demandada considera que el servicio de transporte desarrollado por la libelista, no es aquel que estipula la norma en cita, por cuanto el mismo se encuentra incluido en lo que se denomina tour o paquete turístico, el cual conlleva a establecer que se trata de un servicio turístico que se encuentra gravado con el impuesto a las ventas, dado que no está excluido por la ley y la base gravable sobre la cual se cobra el IVA, lo constituye el valor total de la operación.

Por su parte, el Juez de primera instancia, después de analizar la situación fáctica referenciada acoge el planteamiento de la DIAN y procede a denegar las pretensiones de la demanda.

En ese orden, surtido el recurso de alzada contra la decisión del *A quo*, esta Sala de Decisión después de verificar el acervo probatorio que soporta el proceso concluye lo siguiente:

El servicio de transporte ofrecido por la sociedad actora, sin lugar a dudas por sí sólo constituiría un servicio excluido del IVA, de conformidad con lo dispuesto en la norma previamente anotada, sin embargo al revisar las planillas allegadas al expediente, se observa que en ellas únicamente se relacionan los valores de los servicios prestados en la Isla Pirata, perdiendo de vista el valor del transporte hacia dichas instalaciones, dado que las mencionadas planillas frente a este servicio no arrojan ningún valor particular, pero que se encuentran detallados de forma separada en las facturas de ventas, igualmente allegadas y que especifican la suma cancelada por cada pasajero que utiliza el servicio de transporte, alojamiento, restaurante y bar

Nótese como ejemplo de lo anterior, la descripción que trae la factura de venta No. 23-004239 del 24 de agosto de 2006, 23-004236 del 7 de agosto de 2006, 23-004232 del 16 de agosto de 2006, 23-004231 del 16 de agosto de 2006, 23-004227 del 12 de agosto de

Rad 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte. Excursiones Roberto Lemaitre – Sucesores & CIA  
Ddo DIAN

2006, 23-004221 del 11 de agosto de 2006; 23-004213 del 1 de agosto de 2006, (fl. 70-73,77, 78,82, 89, 97. Cdno 3) entre otras que se aportaron al proceso, que la sociedad actora no solamente factura en exclusiva el servicio de transporte sino también el servicio de alojamiento, puesto que en ellas se consigna en la columna de referencia transporte y las noches que pasará cada huésped, como también se observa en otras facturas los servicios de restaurante, bar.

En esa medida para esta judicatura no cabe duda que el servicio de transporte marítimo que tanto alega la recurrente no solamente es el que ofrece sino que como lo expone la demandada está incluido dentro de un paquete turístico que oferta a los potenciales clientes y huéspedes del hotel, coincidiendo con la definición de paquete turístico incluida en el diccionario de términos turístico de la página web del Fondo de Promoción Turística de Colombia<sup>1</sup>: ***"1. Conjunto de servicios turísticos que se venden al viajero por conducto de las Agencias de Viaje o de líneas aéreas. Por lo general, el paquete turístico comprende: transporte, alojamiento, alimentación, recreación y excursiones"***.

Así las cosas esta Sala comparte el criterio del A-quo, según el cual la sociedad Excursiones Roberto Lemaitre cuando desarrolla su objeto social no es un servicio público como tal, pues el mismo ostenta ciertas características tales que sea abierto al público en general o que esté dispuesto en cualquier horario sin necesidad de acogerse a otros servicios, situación que no cumple la firma de la demandante.

Así mismo, no son de recibo para esta Sala de decisión; los argumentos expuestos por la recurrente, toda vez que, de las pruebas que obran en el expediente no se infiere que la conclusión a la que llegó la Administración de Impuestos de Cartagena, obedeciera a un simple capricho; dado que existe material probatorio suficiente para inferir, que si bien la sociedad Excursiones Roberto Lemaitre en el sexto bimestre del año 2006 prestó un servicio de transporte marítimo, el mismo hacía parte de un paquete turístico, en el que además se ofrecían diversos servicios en la Isla Pirata.

Luego entonces, no podía la demandante incluir en su declaración privada de IVA, correspondiente al sexto periodo de 2006, como ingresos no gravables el servicio prestado como TOUR ISLA PIRATA, el cual incluye una serie de actividades, entre los que se encuentra el transporte, pero no se limita de forma exclusiva al mismo, pues hace parte de lo que se denomina un paquete turístico.

No existen elementos probatorios, que permitan a la Sala afirmar que, para el periodo gravable que interesa en este caso, la sociedad demandante prestara un servicio de transporte público marítimo de forma exclusiva, sin que el mismo hiciera parte de un tour o un paquete.

<sup>1</sup><http://www.fondodepromocionturistica.com/>,<http://www.boletin-turistico.com/diccionarioturnismo/Diccionario-1/P/> Consultado el 26 de marzo de 2012 a las 11 10 a m

Rad. 010-2010-00306-01 (Tributario)  
Dte Excursiones Roberto Lemaître – Sucesores & CIA  
Ddo: DIAN

De igual manera se pronunció esta Corporación en el proceso con número de Radicado: 13-001-33-31-009-2009-00081-01, entre las mismas partes, con ponencia del Dr. José Fernández Osorio, en sentencia de fecha veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012), en la cual, se decidió denegar las pretensiones de la parte actora al verificarse que el servicio de transporte prestado por la sociedad Excursiones Roberto Lemaître hacía parte de un paquete turístico, y no se ejercía de manera independiente y exclusiva al resto de los servicios ofrecidos, razón por la cual, también se concluyó que no se encontraba exento del pago del IVA y de su respectiva declaración ante la autoridad competente.

En ese sentido, la Sala confirmará la decisión adoptada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda por no encontrar probados los argumentos de la demandante.

Cabe advertir que no se condenará en costas de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta de la demandada, al asumir una conducta que obedece única y exclusivamente al ejercicio de su derecho de defensa.

### DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 27 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

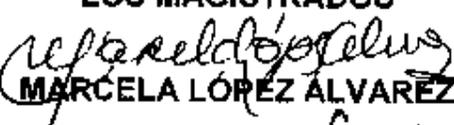
**SEGUNDO:** Sin condena en costas..

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

### 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

  
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0118  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: INES ADELINA ROBLES DE MCSWAIN</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR D E LA JUDICATURA</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-23-31-002-2010-00332-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIECISIETE (17) DE ENERO DE 2014</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 No. 002  
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014)

**Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Radicación : 13001-23-31-002-2010-00332-00  
Demandante : Inés Adelina Robles de Mcswain  
Demandado : Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura

**TEMA:** Traslado de funcionario de carrera judicial.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la señora Inés Adelina Robles de Mcswain en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Rama Judicial y el Consejo Superior de la Judicatura.

## I. ANTECEDENTES

### 1. DEMANDA

#### 1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora, que mediante sentencia de primera instancia, se declare lo siguiente:

Que se declare la nulidad de la Resolución No. PSA 09-577 del 28 de septiembre de 2009, expedida por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante la cual se ordenó trasladar al Doctor IVAN EDUARDO LATORRE GAMBOA, en su calidad de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la

Judicatura de Nariño, al cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a las demandadas, a que se dé estricto cumplimiento a la lista de elegibles, y se nombre a la demandante como Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Bolívar, ordenando al Director de la Unidad de carrera judicial, o a quien corresponda, adelante el trámite que corresponda.

Que se condene a la Nación – Rama Judicial, a reconocer y pagar a la actora, las sumas correspondientes a salarios y emolumentos dejados de percibir, hasta cuando efectivamente se produzca su nombramiento, incluidos los que se causen en el curso del proceso desde el 25 de septiembre de 2010.

Que se actualice la condena, y que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 178 y 176 del Código Contencioso Administrativo.

Que se liquiden los intereses comerciales y moratorios de acuerdo con lo establecido en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Que se condene en costas y agencias en derecho.

## **1.2. HECHOS**

Relata el escrito introductor, que el Consejo Superior de la Judicatura en septiembre de 2002, convocó a concurso de méritos para la provisión de cargos de carrera de la Rama Judicial, dirigido a los interesados en vincularse como Magistrados de la Sala Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura; y que la actora, participó en el mismo ocupando el primer lugar en la lista de elegibles.

Afirma la parte actora que su nombramiento no ha sido posible, toda vez que las vacantes en Antioquia y Bolívar han sido ocupadas por magistrados que ya habían sido nombrados como es el caso del Doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa, quien se encuentra ocupando la vacante del Departamento de Bolívar por un traslado el cual se considera irregular, ya que éste venía desempeñándose como Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de Nariño.

Cuenta el libelo, que el doctor Iván Latorre participó en el mismo concurso de méritos que la actora, y que escogió sede en Nariño, Antioquia y Sucre, haciendo uso de su derecho, para finalmente obtener su nombramiento en el departamento de Nariño, lo cual conllevó a que éste saliera de la lista de elegibles.

Que la lista de elegibles era encabezada por la actora, por lo que se encontraba legitimada para acceder a las vacantes de Antioquia y Bolívar; sin embargo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura decidió conceder traslados a dos magistrados que participaron en el mismo concurso y que pertenecen a la misma lista de elegibles, entre ellos el doctor Latorre, quien invocó razones de salud de su hija para fundamentar su traslado y ser nombrado en Bolívar, dándose con ello un trato preferencial para una persona que ya había ingresado a la Rama Judicial y que había salido de la lista de elegibles. Por lo anterior, se considera que las posteriores vacantes deben seguir siendo en primer lugar dejadas en consideración de quien continúa en la lista de elegibles, ya que las razones invocadas para el traslado eran enfermedades preexistentes a la fecha en que inicialmente optaron por sedes, por tanto, eran conocidas por ellos.

Señala que el traslado autorizado al Doctor Latorre a la vez de impedir la designación de la actora en la Sede de Bolívar, violó el debido proceso, ya que no se cumplió con el procedimiento establecido en el Acuerdo PSAA4536 de febrero 8 de 2008; así como tampoco se verificó cuidadosamente la necesidad y obligatoriedad del traslado.

### **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Constitucionales: Arts. 1, 2, 4, 5, 13, 25, 26, 29 C.P.

Legales: Ley 7871 de 2002 Art. 1 y 10; Ley 771 de 2002 Art. 1º; Ley 270 de 1996 Art. 134; Acuerdo 1581 de 2002.

Señala que el acto acusado está viciado de nulidad, pues la actora optó para las plazas vacantes de Antioquia y Bolívar, y obtuvo resultados negativos pese a estar en el primer lugar; pues se prefirió realizar los traslados para quienes ya habían sido nombrados. Por consiguiente, la resolución demandada y el consecuente acto de posesión del doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa lesionan el derecho al trabajo y el acceso a las funciones públicas de la demandante.

Que las razones invocadas para el traslado esgrimidas por el señor Latorre son inaceptables, pues éste se encuentra divorciado de su esposa; y que para efectos del traslado en su oportunidad, el solicitante debe cumplir con lo establecido en el artículo 10 del Acuerdo 1581 de 2002.

## 2. LA DEFENSA

### 2.1. La entidad demandada.

Por conducto de su apoderada, se opuso a las pretensiones de la demanda que nos ocupa.

Señala que el artículo 134 de la Ley 270 dispuso el traslado para los cargos en la rama judicial de funcionarios o empleados en carrera, y en desarrollo de dicha norma la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo 1581 de 2002.

Que en el presente caso se trataba de un Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, quien solicita su traslado, el cual es concedido a la Seccional de Bolívar, por razones de salud de su hija menor y realiza el siguiente recuento de hechos:

*“El 02 de junio de 2009, el doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa solicitó por escrito a la Unidad de Administración de Carrera Judicial su traslado en razón del estado de salud de su hija de doce años que padece una enfermedad degenerativa. Esta solicitud fue acompañada de los certificados de nacimiento, afiliación de la menor a la EPS Saludcoop, y de los conceptos emitidos por los médicos tratantes de la menor, cumpliendo plenamente con los requisitos establecidos en el Acuerdo 1581 de 2002 para la presentación de la solicitud de traslado (Art. 8º).*

*El doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa se encuentra vinculado a la Rama Judicial en el cargo de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional, desde el 26 de enero de 2007. La vinculación en propiedad al cargo que desempeña actualmente el doctor Latorre Gamboa, se hizo efectiva, en virtud de su participación en el concurso de*

*meritos convocado mediante Acuerdo No. 1547 de 2002, y sus últimos puntajes clasificados fueron los siguientes:*

<i>Prueba de conocimiento</i>	<i>Entrevista</i>	<i>Experiencia adicional</i>	<i>Capacitación</i>	<i>Total</i>
<i>524.23</i>	<i>68.75</i>	<i>150.00</i>	<i>0.00</i>	<i>742.98</i>

*El 17 de junio de 2009, la Unidad de Administración de Carrera Judicial, mediante memorando dirigido al presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, presentó la solicitud de traslado del señor Iván Eduardo Latorre.*

*El 25 de junio de 2009, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – en Sesión Ordinaria de Decisión y de Deliberación, conoció la relación de aspirantes y el proyecto de lista de candidatos para proveer el cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura y acogió el concepto presentado por la Unidad de Administración de Carrera Judicial de trasladar al funcionario Iván Eduardo Latorre por razones de salud, de la sede de Pasto a la sede de Bolívar*

*Mediante Resolución No. PSAR09-292 de 2009, el dos (2) de Julio de 2009, se concede el traslado del Dr. Iván Enrique (sic) Latorre Gamboa, en su calidad de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, al cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar; cargo del que toma posesión el día 06 de julio de 2009*

*... inconforme con la decisión tomada, la Dra. Inés Adelina Robles de Mcswain, mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – por considerar que esta entidad vulneró sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos, al trasladar, por razones de salud, a otro funcionario a la vacante solicitada previamente por ella, a pesar que ocupa el primer lugar en la lista de elegibles y que las razones aducidas por el funcionario, no son suficientes para autorizar el traslado.*

*... en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, repite el procedimiento y en consecuencia a él, expide la Resolución N° PSAR09-577 DE 2009, del 28 de septiembre, en la que se resuelve trasladar al DR. Iván Enrique Latorre Gamboa, en su calidad de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, al cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.*

*Como resultado de la segunda instancia, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria, mediante sentencia del 22 de octubre de 2009, negó por improcedente la acción de tutela instaurada por Inés Adelina Robles de Mcswain contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa – al no haberse probado la ocurrencia de un perjuicio irremediable, revocando para todos sus efectos del fallo de primera instancia y por ende dejando sin efecto (sic) los actos administrativos proferidos en virtud de él, por lo cual se entiende que el Dr. Latorre, fue trasladado a la seccional Bolívar, mediante Resolución N° PSAR09-292 de 2009.”*

Adujo que la Corte Constitucional en sede de revisión no se limitó simplemente a estudiar la procedencia o improcedencia de la acción, sino que habiéndola considerado procedente, resolvió de fondo el asunto y niega la protección de los derechos invocados por la accionante.

#### **Excepciones:**

- Carencia de objeto por decaimiento del acto administrativo demandado.
- Ineptitud de la demanda por error en la identificación del acto administrativo que concede el traslado. Considera la entidad demandada, que si la intención de la parte actora es demandar el acto administrativo que concedió el traslado al doctor Iván Latorre Gamboa en calidad de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, la Resolución que debió demandar fue la No. PSAR09-292 de 2009, pues existió un error en la identificación del acto administrativo demandado.
- Falta de requisitos sustanciales para la interposición de la acción de nulidad. Alega que no se advierte en las pretensiones de la demanda, la solicitud de

nulidad del acto administrativo que supuestamente generó el agravio que pretende le sea reparado. Además de lo anterior, considera que las pretensiones invocadas por la parte demandante, corresponden a una acción de reparación directa, y no a la de nulidad y restablecimiento del derecho.

- Carencia del derecho que se invoca, y correlativamente, inexistencia de la obligación que se demanda.

## **2.2. Iván Eduardo Latorre Gamboa.**

Solicitó fueran despachadas desfavorablemente las pretensiones de la demanda, considerando que por una parte no le asiste derecho a la actora, que no se indicó el tipo de acción que se invocaba, pues no solicitó la nulidad de ningún acto.

Señala que no se argumentó la violación de las normas de rango constitucional, por lo que no da elementos para emitir una pronunciación de los cargos invocados.

Considera que en lo relativo a los requisitos que debe contener la solicitud de traslado a que hace referencia el artículo 1º de la Ley 771 de 2002, en nada afecta el hecho de ser el demandado divorciado, pues dicha circunstancia siempre la puso en conocimiento.

### **Excepciones:**

**Inepta demanda.** Considera que el acto administrativo contenido en la Resolución PSAAR09-577 de septiembre 28 de 2010 perdió sus efectos de acuerdo con el fallo de tutela del 22 de octubre de 2009; y que por tanto, debió demandar la Resolución PSAR09-292 de julio 2 de 2009, por ser el que contiene la relación jurídica que se discute.

**Caducidad de la acción y no cumplimiento del requisito de procedibilidad.** Señala que la Resolución PSAR09 292 de julio 2 de 2009 quedó en firme el 4 del mismo mes y año; y la solicitud de conciliación se presentó el 22 de enero de 2010, esto es, por fuera del término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

**Indebida formulación y acumulación de pretensiones.** Afirma que la parte actora no solo no cumplió con la exigencia de invocar la nulidad de acto administrativo

especifico, sino que además incurrió en una indebida acumulación de pretensiones al integrar en una sola pretensión el restablecimiento del derecho y la reparación del daño, las cuales no pueden subsistir sin que medie la declaratoria judicial que deje por fuera del ordenamiento jurídico a un acto administrativo particular.

**Procedimiento adecuado y conforme a la Constitución, la ley.** Señala que las actuaciones relativas al traslado del doctor Iván Latorre se realizó conforme a lo dispuesto en los Acuerdos 4536 de 2008, 1581 de 2001 y en la Ley 771 de 2002.

### **3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Las partes se abstuvieron de presentar sus alegatos, al igual que el Agente del Ministerio Público<sup>1</sup>.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

Mediante auto de 14 de julio de 2010 se admitió la demanda (folio 530-531).

Por auto de fecha 31 de mayo de 2011 se abrió a pruebas el proceso (folio 648-650).

El 29 de octubre de 2012, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, sin embargo, las partes guardaron silencio en esta oportunidad (folio 776).

## **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. Competencia**

Es competente esta Corporación para conocer del presente proceso en primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo; ya que la cuantía de este asunto al momento de presentación de la demanda superaba los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

---

<sup>1</sup>Ver folio 776 reverso

## 2. Las excepciones

En relación con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, la cual es formulada por las demandadas, bajo el argumento de una errónea identificación del acto administrativo acusado por decaimiento del mismo, pues se alega que éste perdió fuerza de ejecutoria al haberse proferido fallo de tutela de segunda instancia, y fallo en sede de revisión por parte de la Corte Constitucional, mediante los cuales se declara improcedente la acción, y desestima desfavorablemente la vulneración de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados a la actora negando la acción, respectivamente. Sin embargo, considera la sala que dicha excepción no tiene vocación de prosperidad, razón por la que se realizarán las siguientes anotaciones:

Mediante Resolución PSAAR09-577 de septiembre 28 de 2010 (acto acusado), se ordenó el traslado del doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa, en virtud del fallo de tutela proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca de fecha 28 de agosto de 2009, por medio del cual se declaró sin efectos lo dispuesto mediante Resolución No. PSAR09-292 de 2009, y se ordenó la realización de un nuevo procedimiento para la designación en propiedad de cargos de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

Si bien el acto que aquí se demanda, perdió sus efectos al proferirse el fallo de tutela de fecha 22 de octubre de 2009<sup>2</sup>, y mucho más, con el fallo en sede de revisión proferido por la Corte Constitucional en fecha 26 de julio de 2010 que revocó los fallos de primera y segunda instancia, y que dispuso negar el amparo a los derechos fundamentales invocados; considera la Sala que dicha circunstancia no es impedimento para que se continúe con el estudio de fondo de este asunto por encontrarse probada la excepción, pues si bien a la fecha de interposición de la demanda<sup>3</sup> ya había fallo de segunda instancia, aún permanecía la posibilidad que se pronunciara el órgano de cierre constitucional por excelencia, que aún no emitía un concepto.

---

<sup>2</sup>Proferido por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria en virtud de la impugnación al fallo de tutela de primera instancia proferido en fecha 28 de agosto de 2009 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, y mediante el cual se amparan los derechos fundamentales alegados por la hoy demandante, disponiendo se realizara un nuevo procedimiento de nombramiento de vacantes.

<sup>3</sup>La demanda se interpuso el día 16 de abril de 2010. Ver folio 13.

En ese orden de ideas, y atendiendo a que se trataba de un acto administrativo que tenía exactamente el mismo contenido del anterior, se hará el estudio de fondo de este asunto, en aras de garantizarle a la demandante, el acceso a la administración de justicia.

En relación con las demás excepciones, por concernir al fondo del asunto, serán resueltas en las consideraciones que a continuación expondrá la Sala.

### 3. Caducidad

De acuerdo con los argumentos antes expuestos, considera la Sala que la presente acción no se encuentra caducada, pues el acto que se acusa en este caso, es de fecha 28 de septiembre de 2009, lo que en principio permitía interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho hasta el día 29 de enero de 2010. Sin embargo, en fecha 22 de enero de 2010, se presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 66 Judicial I para asuntos administrativos ante los Jueces Administrativos, y le fue expedida la certificación de no conciliación en fecha 15 de abril de 2010<sup>4</sup>, y el 16 de abril de 2010 se interpuso la presente demanda, esto es, cuando no había operado el fenómeno de la caducidad<sup>5</sup>.

### 4. El acto acusado

En este caso, se pretende la declaratoria de nulidad de la **Resolución No PSAR09-577 del 28 de septiembre de 2009**, por medio de la cual la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura traslada al doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa del cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, al cargo de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

Alega la parte actora que el anterior acto de contenido particular, se encuentra viciado de nulidad, porque desconoció la posibilidad de que fuera nombrada la demandante en el cargo que se encontraba vacante en Bolívar, al cual había aspirado en el que se encontraba en el primer lugar según la lista de elegibles.

---

<sup>4</sup>Ver folio 31.

<sup>5</sup>Ver folio 13.

#### **4. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala determinar si el acto acusado se encuentra viciado de nulidad al vulnerar los derechos de la actora al debido proceso y al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos; al disponer el traslado del doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa del cargo de Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño al de Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, sin tener en cuenta que la accionante ocupaba el primer lugar en el listado de elegibles conformado para proveer la misma plaza.

#### **5. Tesis de la Sala**

La Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda, toda vez que el traslado solicitado por el doctor Latorre Gamboa por razones de salud de su hija menor, sobrepasaban la ponderación que se efectuó con relación a las calidades y méritos que tanto éste como la actora podían tener para acceder al cargo vacante en la Seccional de Bolívar.

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

#### **6. Hechos probados**

En el presente asunto resultó acreditado lo siguiente:

6.1. Que mediante Acuerdo No. 1547 del 17 de septiembre de 2002, el Consejo Superior de la Judicatura convocó a los interesados en vincularse a la Rama Judicial, al X Concurso de Méritos para la provisión de cargos de Magistrado de la Sala Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura.<sup>6</sup>

6.2. Que según Resolución No. 049 del 4 de febrero de 2004, la actora obtuvo un puntaje de 823.71 en la prueba de conocimiento, para el cargo de Magistrado de Sala Administrativa de Consejo Seccional.<sup>7</sup>

6.3. Que según Resolución No. PSAR05-285 del 17 de agosto de 2005, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, expide el listado que contiene los

---

<sup>6</sup>Ver folios 662-670.

<sup>7</sup>Ver folios 671-673.

resultados finales obtenidos por los participantes en el Concurso de Formación Judicial Inicial, obteniendo la actora una puntuación de 774.86.<sup>8</sup>

**6.4.** Que según el Registro de Elegibles, la actora obtuvo un puntaje de 664.04, lo cual la ubicaba en el puesto 10º; en tanto que el doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa ocupó el tercer lugar con un puntaje de 742.98.<sup>9</sup>

**6.5.** Que según el listado de integrantes del Registro de Elegibles para Magistrados de la Sala Administrativa de Consejo Seccional de la Judicatura, en fecha 5 de julio de 2007, la actora ocupaba el tercer lugar con una puntuación de 691,87; el 20 de junio de 2008, ocupaba el primer lugar con un puntaje de 740,48; y el 2 de julio de 2009 permanecía en el primer lugar con una puntuación de 740,48.<sup>10</sup>

**6.6.** Que en fecha 2 de junio de 2009, el señor Iván Eduardo Latorre Gamboa, quien para esa fecha se desempeñaba como Magistrado del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, solicitó traslado al cargo que se encontraba vacante en la ciudad de Cartagena, alegando razones de salud de su hija menor de edad, quien residía en la ciudad de Valledupar y padece una enfermedad llamada “Atrofia Espinal Progresiva Tipo IIB”. Lo anterior fue acompañado de los siguientes documentos<sup>11</sup>:

- Certificación expedida por la Corporación IPS Saludcoop Santander, en la que se indica la enfermedad padecida por la menor MILVANA KATHERINE LATORRE URBINA, y además anotándose que recibe manejo integral por la especialidad médica de fisioterapia.

- Certificación del médico fisiatra Ernesto Auza Gómez de la cual se destaca lo siguiente:

*“Después de revisada la historia clínica de la niña MILVANA KATHERINE URBINA (sic) ..., encuentro que viene desde los años de edad (sic) por presentar debilidad generalizada y dificultad para marcha. Su déficit progreso hasta requerir silla de ruedas para sus traslados y en la actualidad está presentando escoliosis de origen neurogénico.*

*Su cuadro clínico y los estudios pertinentes llevaron al diagnostico (sic) de ATROFIA MUSCULAR ESPINAL TIPO IIB. Esta enfermedad se caracteriza*

<sup>8</sup>Ver folios 682-685.

<sup>9</sup>Ver folios 686-688.

<sup>10</sup>Ver folios 689-691.

<sup>11</sup>Ver folios 714-723.

*por debilidad de todos los grupos musculares de carácter progresivo e irreversible. Se trata de un trastorno genético, autosómico recesivo con una frecuencia de uno en 20000 nacidos vivos y hasta la fecha no se conoce un tratamiento que modifique su curso.*

*El tratamiento consiste en programas de rehabilitación integral que incluyen fisioterapia, apoyo escolar, terapia ocupacional y recientemente se ha incorporado la hidroterapia que ha mostrado resultados favorables en estas patologías y la cual recomendamos en MILVANA dada su gran debilidad muscular y el sobrepeso que presenta.*

*En MILVANA, la enfermedad ha progresado hasta llevarla a dependencia en todas sus actividades, por lo que requiere ayuda y acompañamiento permanente, tanto en el hogar como en el Colegio.*

*Por su debilidad en los músculos respiratorios y ahora por su escoliosis la ventilación pulmonar es difícil, razón por la que se recomienda que viva (sic) en ciudades cuya altura sea cercana o a nivel del mar donde la concentración de oxígeno es superior.*

*El curso progresivo de la enfermedad hace prever que en el futuro, sea necesario adoptar ayudas ortopédicas adicionales, posibles procedimientos quirúrgicos e incluso apoyo ventilatorio.”*

- Informe psicológico de la doctora Adriana Viña Asís, en el que señalaba que era necesario que por el caso de la niña MILVANA se reforzara la relación padre e hija, pues el deterioro a causa de la lejanía impedía que se diera un buen desarrollo de la menor, pues los padres son la mayor fuente de apoyo y seguridad en niños discapacitados; sobre todo, teniendo en cuenta que se encontraba en una de las etapas más importantes del desarrollo que es la adolescencia donde los cambios físicos y psicológicos hacen que se cree un conflicto en ellos y donde es básica la imagen de los padres. Por lo anterior, consideró la psicóloga, que debía darse la proximidad, unión, cercanía y buena comunicación con su padre, pues ello le ayudaría a mejorarla emocionalmente dándole seguridad en sí misma y favoreciendo su rehabilitación.

- Registro Civil de nacimiento de la menor MILVANA KATHERINE LATORRE URBINA, nacida el 24 de julio de 1996, y es hija del señor IVAN EDUARDO LATORRE GAMBOA con la señora MILENA KATHERINE URBINA BAUTTE.

6.7. Que mediante Resolución No. PSAR09-292 de 2 de julio de 2009, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, autoriza trasladar al doctor IVAN EDUARDO LATORRE GAMBOA en su calidad de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Nariño, al cargo de Magistrado de la Sala

Administrativa del Consejo Seccional de Bolívar; y en fecha 6 de julio de 2009 dicho funcionario toma posesión del cargo ante el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.<sup>12</sup>

**6.8.** Que mediante fallo de tutela de fecha 28 de agosto de 2009 proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Cundinamarca, se dispuso conceder la acción de tutela interpuesta por la señora Inés Adelina Robles de Mcswain contra la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y el Director de la Carrera Judicial, protegiendo el derecho al debido proceso en el acceso a cargos públicos. Además de ello, se ordenó:

- Declarar sin efectos lo aprobado en la Sala Administrativa de 25 de junio de 2009 y que fue condensado en la Resolución PSAR09-292 de 2 de julio de 2009 que dispuso el traslado del doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa.

- Se ordenó al Director de la Carrera Judicial, que en el término de diez (10) días se diera aplicación al Acuerdo PSAA08-4536 de 8 de febrero de 2008 conformando y publicando a través de la página web en orden descendente de puntajes, la relación de aspirantes a la vacante definitiva de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar respetando el orden señalado en el registro nacional de elegibles.

- Que efectuado lo anterior, lo remitiera a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura junto con los conceptos favorables de traslado relacionados con la vacante para que dicho nominador repitiera el procedimiento para el nombramiento en propiedad de Magistrado (a) de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

**6.9.** Que de acuerdo con el Memorando de fecha 11 de septiembre de 2009<sup>13</sup> suscrito por el Director de la Unidad de Administración de Carrera Judicial del Consejo Superior de la Judicatura dirigido al Presidente de la Sala Administrativa de dicha Corporación, se indicaba que en cumplimiento del fallo proferido en virtud de la acción de tutela interpuesta por la actora que dejó sin efectos el traslado autorizado al doctor Iván Latorre Gamboa; se indicó lo siguiente:

- Que se hacía necesario un nombramiento en provisionalidad del cargo vacante.

---

<sup>12</sup>Ver folios 614-615.

<sup>13</sup>Ver folios 694-704.

- Que se presentaba nuevamente y de forma conjunta, las hojas de vida de los señores Iván Eduardo Latorre Gamboa y de la actora Inés Adelina Robles Mcswain como única integrante del registro de elegibles, según las publicaciones en página web efectuadas por orden del fallo de tutela.<sup>14</sup>

- Que se remitían los correspondientes conceptos favorables acerca del traslado solicitado, por considerarlo favorable argumentando entre otras razones las siguientes:

*“ – El traslado procede cuando el servidor (interesado) lo solicite por razones de salud debidamente comprobadas, que le hagan imposible continuar en el cargo. Esta hipótesis se centra y ubica en las condiciones particulares y concretas del servidor judicial; de tal suerte, que si es él quien tiene un quebranto de salud, la misma ha de ser de tal entidad que le hagan imposible continuar en el cargo.*

*- Ahora, también procede este especial tipo de traslado cuando por razones de salud, se encuentre afectado un descendiente en primer grado de consanguinidad, como lo son las hijas (sic) del servidor y, por ende, dentro de sus elementos no se predica que la misma le haga imposible continuar en el cargo; pues, por obvias razones el quebranto de salud de su núcleo familiar no le minan su capacidad laboral, más allá de su normal preocupación. (...)*”

**6.10.** Que mediante fallo de segunda instancia de fecha 22 de octubre de 2009, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dispuso revocar el fallo de primera instancia de fecha 28 de agosto de 2009, para en su lugar declarar la improcedencia de la acción; por lo que se dejaba sin efectos las medidas cautelares decretadas.<sup>15</sup>

**6.11.** Que mediante sentencia de fecha 26 de julio de 2010 la Corte Constitucional en sede de revisión,<sup>16</sup> dispuso lo siguiente:

*“Primero.- REVOCAR los fallos proferidos, en segunda instancia, por el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria -, el veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009) y en primera instancia, por el Consejo Superior de la Judicatura de Cundinamarca – Sala Jurisdiccional Disciplinaria – el veintiocho (28) de agosto de dos mil nueve (2009), contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa, por las razones expuestas en esta providencia.*

<sup>14</sup>Ver folios 694-704.

<sup>15</sup>Ver cuaderno de pruebas.

<sup>16</sup>Ver cuaderno de pruebas.

*Segundo.- NEGAR la protección de los derechos invocados por la señora Inés Adelina Robles de Mcswain al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos Públicos, dentro de la acción de tutela instaurada contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por las consideraciones expuestas en esta providencia.”*

## **7. Análisis del caso.**

### ***Los traslados y el Registro de Elegibles para la provisión de cargos en carrera judicial.***

De acuerdo con jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, el mérito y el concurso público son los dos pilares fundamentales de la carrera administrativa dentro de la Constitución Política.<sup>17</sup>

De conformidad con el inciso 4º del artículo 130 de la Ley 270 de 1996 - Ley Estatutaria de la Administración de Justicia la provisión de cargos de carrera al interior de la Rama Judicial, se da a partir de las solicitudes de traslados de funcionarios que ocupan en propiedad cargos de funciones afines en sedes territoriales distintas, de la misma categoría y para los que se exijan los mismos requisitos (artículo 134 ibídem); o bien mediante el nombramiento del primer candidato del listado de elegibles elaborado con dicha finalidad por las Salas Administrativas de los Consejos Superior o Seccionales de la Judicatura, según corresponda (artículo 164 ibídem).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 771 de 2002, que modificó el artículo 134 de la Ley 270 de 1996, los traslados de funcionarios de carrera pueden llevarse a cabo por las siguientes situaciones:

***“1. Cuando el interesado lo solicite por razones de salud o seguridad debidamente comprobadas, que le hagan imposible continuar en el cargo o por estas mismas razones se encuentre afectado o afectada su cónyuge, compañera o compañero permanente, descendiente o ascendiente en primer grado de consanguinidad o único civil, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el funcionario y medie su consentimiento expreso.***

---

<sup>17</sup> Ver sentencias como la T- 569 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

*2. Cuando lo soliciten por escrito en forma recíproca funcionarios o empleados de diferentes sedes territoriales, en cuyo caso sólo procederá previa autorización de la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccional de la Judicatura.*

*Cuando el traslado deba hacerse entre cargos cuya nominación corresponda a distintas autoridades, sólo podrá llevarse a cabo previo acuerdo entre éstas.*

*3. Cuando lo solicite un servidor público de carrera para un cargo que se encuentra vacante en forma definitiva, evento en el cual deberá resolverse la petición antes de abrir la sede territorial para la escogencia de los concursantes.*

*4. Cuando el interesado lo solicite y la petición esté soportada en un hecho que por razones del servicio la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura califique como aceptable.<sup>18</sup>*

El numeral primero del artículo 134 de la Ley 270 de 1996 fue modificado por el artículo 1º de la Ley 771 de 2002, que agregó los motivos de salud a las causales que justifican los traslados de funcionarios de la carrera judicial.

Para efectuar el anterior trámite, el procedimiento que se debe seguir es el siguiente:

1. La solicitud de traslado debe ser presentada por escrito ante la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, y debe ir acompañada de los dictámenes médicos que fundamentan la petición del funcionario (artículo 8º Acuerdo 1581 de 2002).
2. Recibida la solicitud, la Unidad de Administración de la Carrera Judicial debe consultar a la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura que corresponda, sobre las sedes y cargos a los que podría ser trasladado el servidor, información que luego deberá ser comunicada a éste para que manifieste su consentimiento expreso sobre su traslado a la sede de su interés (parágrafo artículo 8º *ibídem*).

---

<sup>18</sup> Negrillas fuera del texto.

3. Corresponde a la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccionales de la Judicatura, según sea el caso, emitir un concepto sobre tales solicitudes de traslado, para lo que deberán tener en cuenta, como indica el artículo 10º del Acuerdo 1581 de 2002, entre otros aspectos, los que a continuación se mencionan:

*"- El diagnóstico clínico sobre las condiciones de salud en que se encuentre el servidor judicial o su familiar, expedido por el médico tratante de la EPS o refrendado por ésta o, por la ARP, cuando sea el caso, en el cual se recomiende el traslado.*

*- La certificación de vacancia definitiva en el cargo a proveer, expedida por la Dirección Ejecutiva o Seccional de la Administración Judicial.*

*- El consentimiento expreso del servidor judicial, aceptando la sede donde prestará sus servicios."*

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha dicho que el concepto favorable emitido no es vinculante, pues la decisión final sobre quién ocupará el cargo vacante compete al ente nominador.<sup>19</sup> Sin embargo, sin el aludido concepto, la hoja de vida del funcionario que solicita el traslado no podrá ser valorada por el ente nominador.

Conforme con lo anterior, las peticiones de traslado de los funcionarios judiciales deben ser estudiadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, entidad que debe valorar, cuando las solicitudes sean por razones de salud, documentos tales como los dictámenes médicos que acreditan el problema de salud del funcionario o de sus familiares, la existencia del certificado de vacancia definitiva del cargo al que se pretende el traslado, y la manifestación expresa del deseo del funcionario de ser trasladado a la plaza que se encuentra vacante. Ahora, si bien el concepto emitido no es vinculante para el ente nominado, sí es un requisito para que el funcionario sea tenido en cuenta a la hora de elegir quien ocupará la vacante a proveer.

Ahora, en lo que tiene que ver con la elaboración de los listados de elegibles, se tiene que éstos son conformados por las Salas Administrativas de los Consejos Superior o

---

<sup>19</sup> Ver sentencia de la Corte Constitucional T-953 de 2004 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Por otro lado, la Corte también afirmó en la Sentencia C-295 de 2002, que la Sala Administrativa de los Consejos Superior o Seccionales de la Judicatura era la encargada de evaluar las solicitudes, sin perjuicio de la competencia propia de cada nominador, a quien corresponde la decisión de aceptar o no el traslado.

Seccionales de la Judicatura, dependiendo del tipo de cargo del que se trate, con las personas que han superado el concurso de méritos previsto por el artículo 164 de la Ley 270 de 1996, y de conformidad con los puntajes obtenidos en el proceso de selección, las sedes territoriales para las que han optado y sus respectivas especialidades.

Cuando se presenta una vacante definitiva en un cargo de carrera, el correspondiente ente nominador debe comunicar tal situación a las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura para que éstas, a más tardar dentro de los tres días siguientes, informen los aspirantes que de acuerdo con el Registro de Elegibles, pueden ocupar el cargo y han optado por la sede territorial en la que se encuentra la vacante. Recibida dicha información, el ente nominador debe realizar el nombramiento del primero de la lista dentro de los diez días siguientes (artículo 167 de la Ley 270 de 1996).

A grandes rasgos, estos son los parámetros generales que rigen los sistemas de provisión de vacantes de carrera con funcionarios que solicitan su traslado por razones de salud y con listados de elegibles.

Ahora, en casos como el que ahora nos ocupa, en el que ambos sistemas concurren, el Órgano de cierre Constitucional también se ha referido al respecto, para lo cual será necesario revisar algunos pronunciamientos.

En la Sentencia T-488 de 2004, esta Sala afirmó, acogiendo la interpretación efectuada por la Corte en la Sentencia C-295 de 2002 del numeral tercero del artículo 1º de la Ley 771 de 2002, que cuando concurren una solicitud de traslado horizontal y un listado de elegibles, la elección de quién debe ocupar la vacante debe hacerse atendiendo al mérito y a las calidades de los aspirantes, cuyas hojas de vida deben ser cotejadas.

La Corte sostuvo:

*"Es así como, en concordancia con la sentencia C-295 de 2002 de esta Corporación, cuando un ente nominador debe elegir entre un servidor que solicita su traslado y el aspirante que ocupa el primer lugar en el listado de candidatos conformado para proveer una misma vacante, éste tiene la obligación de cotejar las hojas de vida de las dos personas, previo concepto favorable de la respectiva Sala Administrativa del Consejo*

*Superior o Seccional de la Judicatura, dependiendo del tipo de cargo, en el caso de la solicitud de traslado.*

*Además, para realizar esta comparación, es necesario que el ente nominador evalúe el mérito y las calidades profesionales, tanto en el ingreso a la carrera, como en el desempeño de las funciones asignadas (tratándose de los servidores que desean ser trasladados), para que con base en estos criterios objetivos elija al mejor candidato para ocupar el cargo.*

*En resumen, en tanto el mérito es el único criterio que debe regir el ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera judicial, es con base en éste, exclusivamente, que las entidades nominadoras deben elegir a los servidores que ocuparán las vacantes que surjan en sus respectivas jurisdicciones, sin importar el sistema o sistemas que se empleen para la provisión de los cargos."*

Sin embargo, mediante sentencia T – 953 de 2004, la Corte precisó, que la anterior regla encuentra su excepción en materia de traslados por razones de salud al considerarse que no basta con una ponderación de las calidades y méritos de uno y otro, sino que el ente nominador debe también tener en cuenta la situación fáctica en la que se encuentra quién solicita el traslado por razones de salud, toda vez que no sólo está en juego la protección del derecho a acceder a cargos públicos en igualdad de oportunidades, sino también la del derecho a la salud e, incluso, a la vida del funcionario y sus familiares.

### ***Solución al problema jurídico.***

La parte actora alega que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad, pues con éste se prefirió ordenar el traslado para quien ya había sido nombrado en propiedad, siendo que aquella ocupaba el primer puesto en la lista de elegibles, lo cual le hacía el mérito suficiente para acceder al cargo vacante. Alegó la violación al derecho al trabajo y el acceso a las funciones públicas de la demandante.

Además de lo anterior, aduce que las razones invocadas por el doctor Latorre Gamboa para acceder al traslado son inaceptables, pues considera que la solicitud debía cumplir con lo previsto en el artículo 10 del Acuerdo 1581 de 2002; además, de afirmar que en la actualidad el magistrado se encuentra divorciado de su esposa.

De acuerdo con las razones invocadas en la demanda, y revisado el material probatorio, se tiene que en el presente asunto el traslado autorizado al doctor Iván Eduardo Latorre Gamboa estuvo justificado en la ley que reglamentaba la materia.

Al respecto, considera la Sala oportuno citar las razones que invocó la Corte Constitucional<sup>20</sup> en sede de revisión, para justificar la no violación a los derechos al debido proceso, al trabajo y al acceso a cargos públicos supuestamente vulnerados a la actora:

*(i) La accionante contó con la posibilidad de concursar para ocupar el cargo de magistrado de la Sala Administrativa de los Consejos Seccionales, según los términos del Acuerdo No 1547 de 2.002 de septiembre 17 de 2002 “por medio del cual se convoca al X concurso de Méritos para la provisión de Cargos de Carrera de la Rama Judicial.” En el punto 4.2. de tal Acuerdo, Fase III. Clasificación, numeral 8. Opción de sedes, se lee: “El concursante que obtenga mayor puntaje tendrá la primera opción para elegir entre las vacantes existentes o que se presenten, lo cual deberá informar a la Unidad de Administración de la Carrera Judicial, dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación de la existencia de las mismas por parte de dicha Unidad. Si no se produce la respuesta en el tiempo indicado se entenderá declinado el turno.”*

*En el caso concreto, no se presenta el supuesto de haberle dado preferencia a un candidato de la lista que se encontraba en un puesto inferior al ocupado por la accionante, situación que, en principio, sí conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales de quien ocupa el primer lugar en la lista de elegibles. Por el contrario se está frente a una situación donde el ente nominador debió elegir entre una candidata que por sus méritos y calidades ocupaba el primer lugar en el listado de elegibles, y ejerció su opción para elegir una sede de su preferencia entre las vacantes existentes y un magistrado que solicita un traslado horizontal al mismo cargo por razones de salud de su hija menor de edad, quien como se expuso, es sujeto de especial protección constitucional. Lo anterior, sustentado en que, aun cuando por regla general el mérito es el único criterio que debe regir el ingreso, la permanencia y el ascenso en la carrera judicial, esta regla*

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional Sentencia T-588 de 2010. Revisión de la acción de tutela promovida por la actora y que fue seleccionada por la Corporación de Cierre.

*encuentra su excepción en materia de traslados por razones de salud, entre otros, al considerarse que en estos casos, es necesario ponderar el derecho a la salud y la vida del funcionario o de sus familiares frente al derecho a acceder a cargos públicos, máxime si se trata como en esta ocasión, de proteger el interés superior de una menor de edad.*

*(ii) La tutelante pudo acceder efectivamente al cargo para el cual concursó siendo designada como Magistrada de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el Departamento del Caquetá,<sup>21</sup> y aunque había ejercido su opción de elegir entre las vacantes que se presentaron, una sede distinta, es claro que las condiciones del Concurso no garantizaban que el cargo pudiera ocuparse en una sede territorial determinada.<sup>22</sup>*

*(iii) El traslado horizontal del magistrado Iván Eduardo Latorre Gamboa a la sede de Bolívar obedece a razones objetivas tal como se expuso en el aparte 5.8 de esta providencia.*

*Finalmente, el nombramiento de la doctora Inés Adelina Robles como magistrada del Consejo Superior de la Judicatura del Caquetá se da sin perjuicio de su derecho a solicitar en el futuro un traslado, por las razones establecidas en el artículo primero 1° de la Ley 771 de 2002.*

Adicionalmente, considera oportuno la Sala realizar las siguientes anotaciones:

Analizado el material probatorio arrimado al proceso, se tiene que el traslado solicitado por el doctor Latorre Gamboa por razones de salud de su hija menor, sobrepasaban la ponderación que se efectuó con relación a las calidades y méritos que tanto éste como la actora podían tener para acceder al cargo vacante en la Seccional de Bolívar; pues tal como lo sostuvo la Corte, la situación fáctica en la que se encuentra quién solicitó el traslado por razones de salud, se encontraban plenamente justificadas, pues no solo estaba en juego la protección de acceder a un cargo público, sino que se comprometía derecho a la salud de una menor, el cual es preferente por disposición de la Carta Política.

<sup>21</sup> Resolución No. PSAR10-140 del 23 de marzo 2010 “*mediante la cual se hace nombramiento en propiedad.*”

<sup>22</sup> Acuerdo No 1547 del 17 septiembre de 2002 “*Artículo Primero.- Convocar a los interesados en vincularse a la Rama Judicial en los cargos de Magistrado de Sala Administrativa de los Consejos Seccionales de la Judicatura, para que se inscriban en el Concurso de Méritos destinado a la conformación del correspondiente Registro Nacional de Elegibles.*”

Contrario a lo aducido por el libelista, la Sala considera que la solicitud de traslado presentada por el doctor Latorre Gamboa, se encontraba ajustada a los requisitos establecidos por la ley, pues tal como se describió en el acápite de hechos probados, la misma fue acompañada con los certificados que acreditaban la condición de su hija menor, los conceptos no solo del médico fisiatra tratante, sino además de una psicóloga que conceptuó la necesidad de la presencia de la figura paterna, como la mayor fuente de apoyo y seguridad para ayudar a la menor en su discapacidad.

En lo que tiene que ver con los argumentos de la parte actora, y que se refieren al hecho de encontrarse el doctor Latorre divorciado o separado legalmente de la madre de la menor, deberá decirse, que ello no constituye un motivo que impida merecer el traslado, pues se reitera, que lo que se pretende preservar en este caso, son los derechos a la salud de una menor que se encuentra en situación de discapacidad, y que por tal circunstancia ameritan la presencia permanente de la compañía de sus padres.

De acuerdo con las motivaciones expuestas por la Corporación de Cierre Constitucional, se tiene que la actora finalmente accedió a una vacante en la Seccional de Caquetá, lo cual le permite en cuanto reúna los requisitos y se den las condiciones, acceder a un cargo vacante previa solicitud de traslado.

Así las cosas, considera la Sala que en este caso tampoco se encontró acreditada la supuesta nulidad que se le endilga al acto demandado, razón suficiente para que se denieguen las pretensiones de la demanda, como se pasara a decir en la parte resolutive de esta providencia.

#### **IV. LA DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO:** DECLÁRASE no probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda propuesta por los demandados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

**TERCERO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, y si no es apelada, RCHÍVESE el expediente, previa liquidación del remanente, si lo hubiere.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**LOS MAGISTRADOS**

  
**MARCELA LÓPEZ ALVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

  
**LILIA RAMÍREZ CASTAÑO**

**Hoja de firmas:** sentencia de PRIMERA INSTANCIA proferida dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicado No. 13001-23-31-002-2010-00332-00.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0119  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: IRIS DEL CARMEN TERAN GUERRA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA Y OTROS</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-004-2010-00300-02</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIECISIETE (17) DE ENERO DE 2014</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 DECISIÓN No. 002  
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014)

**Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

Acción : Reparación directa  
Radicación : 13001-33-31-004-2010-00300-02  
Demandante : Iris del Carmen Teran Guerra  
Demandado : Nación – Ministerio del Interior y de Justicia y otros

**TEMA: DESPLAZAMIENTO FORZADO – AYUDAS HUMANITARIAS - REPARACIÓN**

La Sala de Decisión de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Adjunto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. DEMANDA**

**1.1. PRETENSIONES**

Se invocaron las siguientes:

**PRIMERA.** Que se declare que LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, ACCIÓN SOCIAL Y/O UNIDAD TERRITORIAL DE BOLÍVAR Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL; son responsables administrativamente de los

perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo a los hechos o desplazamiento del actor donde perdió todos sus bienes materiales.<sup>1</sup>

**SEGUNDA:** Que se condene a las demandadas como reparación del Daño ocasionado con la pérdida de todos sus bienes, a pagar al actor los perjuicios del orden material y moral, subjetivados y objetivados, actuales y futuros, los cuales se estiman como mínimo en la suma de \$105.114.881,00, conforme a lo probado dentro del proceso, la suma anterior la demandada se obligó a pagar y restituir los daños a mi mandante conforme a la Ley 387/1997 y demás decretos reglamentarios, haciéndose acreedor de las siguientes ayudas humanitarias, así:

**A.-** Las demandadas se encuentran en mora con la parte actora, toda vez que no han pagado dichas ayudas como son alojamiento transitorio, asistencia alimentaria y elementos de aseo personal, que ascienden a la suma de \$25.606.080,00.

**B.-** Para utensilios de cocina y elementos de alojamiento, otorgado por una sola vez, hasta una suma máxima equivalente al 50% del smlmv.

**C.-** Para transporte, otorgado por una sola vez, hasta una suma máxima equivalente al 50% del smlmv.

**D.-** De la estabilización socioeconómica o proyecto productivo la suma CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000.00) M-CTE.

**E.-** Por concepto de subsidio de vivienda, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00)M-cte.

**TERCERA:** Que se actualice la condena de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

**CUARTO:** Que se dé cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

## 1.2. HECHOS

Se resumen así:

---

<sup>1</sup>Corrección de la demanda fl 34.

Se narra en el libelo, que la actoranació en el Municipio de San Onofre (Sucre), desplazada desde el año 2001, desempeñándose toda su vida en actividades de agricultura y/o comerciante, sin empleo y madre cabeza de familia.

Que por razones de violencia fue forzada a desplazarse a esta ciudad, siendo inscrita en el “Sistema Único de Registro – SUR”, para obtener la ayuda humanitaria prevista en la Ley 387 de 1997 la cual, sin embargo no le ha sido otorgada, por lo que se han vulnerado sus derechos adquiridos por ley.

Afirma, que con ocasión del desplazamiento, el actor tiene derecho a recibir ayuda humanitaria y una indemnización correspondiente a perjuicios materiales, representada en el daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, por un valor de \$105.114.881,oo.

## **2. LA DEFENSA**

### **2.1. Ministerio del Interior y de Justicia**

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, y solicitó que fueran desestimadas las mismas, pues alega que carece de legitimación procesal y material en la causa por pasiva, debido a que no participó ni directa ni indirectamente en los hechos que dan lugar a la presente demanda.

Por lo anterior, formula la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la entidad sobre la cual recaen las obligaciones legales presuntamente incumplidas, es sobre la AGENCIA SOCIAL PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y LA ACCIÓN SOCIAL, pues ésta tiene la función legal de entrega de ayudas humanitarias a grupos de especial protección como lo son los desplazados por la violencia, víctimas del conflicto armado.

### **2.2. Acción Social**

Guardó silencio.

## **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Adjunto Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia de primera instancia en la que decidió lo siguiente:

***“PRIMERO:*** Declarar no probada la excepción de falta de legitimación procesal por pasiva propuesta por el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

***SEGUNDO:*** Declarar probada la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva, propuesta por el MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA.

***TERCERO:*** Declarar probada de oficio la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva de la ACCION SOCIAL – hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL.

***CUARTO:*** Negar las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

(...)

Consideró la Juez *a quo*, que en el presente proceso se encontró demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por las dos entidades accionadas, toda vez que quedó establecido en el plenario que conforme a sus funciones, no dieron lugar a la producción del daño consistente en el desplazamiento forzado aducido por el accionante, pues no se encuentra dentro de estas la obligación de brindar seguridad y protección a los ciudadanos, y por ende impedir el desplazamiento forzoso de estos debido a los ataques de los grupos armados del país.

Señaló, que al Ministerio del Interior le corresponde la formulación de la política pública del sector administrativo del interior, dirigir y promover las políticas tendientes a la prevención de factores que atenten contra el orden público interno y también promover; y apoyar la generación de infraestructura para la seguridad, pero no su ejecución.

En cuanto a la Agencia Presidencial para la Acción Social y Cooperación Internacional hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, adujo la Juez que tampoco se encuentra legitimada por la pasiva conforme a los hechos que se le imputan en la demanda, por las mismas razones anotadas para el Ministerio, en cuanto a su responsabilidad de brindar seguridad al demandante o la omisión de poner en movimiento todos los medios puestos a su disposición para evitar el hecho dañoso, esto es el desplazamiento, ya que su intervención se produce con posterioridad, a fin de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia y apoyar el retorno y la consolidación y estabilización socioeconómica de quien ha sido víctima de la violencia.

#### **4. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Adjunto Administrativo del Circuito de Cartagena, y expresó su inconformidad con el fallo manifestando que no está solicitando, en forma alguna, responsabilidad de las entidades demandadas por el desplazamiento de que fue objeto la actora, sino que la responsabilidad se deriva del actuar omiso de las mismas, con relación a la pérdida de bienes y la entrega de las ayudas humanitarias que se vienen reclamando con la demanda.

#### **II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto de 26 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (f. 277).

El 14 de enero de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (f. 279).

Dentro de dicha oportunidad, únicamente presentó alegatos la Agencia del Ministerio Público, quien señaló mediante concepto<sup>2</sup>, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el pago retroactivo de las ayudas humanitarias es improcedente, por lo que consideró que las pretensiones no están llamadas a prosperar.

#### **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **1. Competencia**

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Adjunto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

##### **2. La caducidad**

Advierte la Sala que dos son los hechos dañosos invocados por la parte demandante, por un lado, lo que tiene que ver con el desplazamiento forzado del que fue víctima en

---

<sup>2</sup>Ver Concepto folios 281-290.

el año 2001, que determinó para ella la pérdida de sus bienes materiales y; un segundo hecho, que se concreta en la omisión de las autoridades demandadas en la entrega de las ayudas humanitarias previstas en la Ley 387 de 1997.

En ese orden de ideas, debe la Sala definir si el fenómeno jurídico de la caducidad se ha configurado, o no, en este caso, en relación con los dos hechos dañosos que se han referenciado.

### **2.1. De la caducidad de la acción por el desplazamiento forzado.**

Al respecto, ha de tenerse en cuenta la orden que viene impartida por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, en cuanto dispone en su parte resolutive:

*“VIGÉSIMO CUARTO.- DETERMINAR que para efectos de la caducidad de futuros procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta traspasos de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.”*

Pues bien, para lograr la comprensión de la orden impartida por la corte Constitucional, es necesario acudir a la sentencia T-299/09, a la que se refiere dicha Corporación mediante sentencia de unificación que se cita, en torno al derecho de la población desplazada a ser beneficiaria de una reparación integral, donde se lee:

### ***“3.5. Los derechos de los desplazados y el derecho a la verdad la justicia y la reparación.***

**3.5.1.** *La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia tiene, conforme lo señaló la Corte en la Sentencia la Corte en la Sentencia T-025 de 2004 <sup>[113]</sup>,: i) derecho a ser incluido en el Registro Único de Población Desplazada bien individualmente o con su núcleo familiar, ii) derecho a que se reconozca su condición de sujeto de especial protección, iii) derecho a recibir ayuda humanitaria que comprende, como mínimo, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c)*

*vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales, iv) derecho a que se les proporcione una certificación o documento que los acredite como inscritos en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud, v) derecho al retorno a su lugar de origen en condiciones de seguridad, sin que se les pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional, vi) derecho a que se establezcan, con su participación, las circunstancias de su situación personal y familiar para determinar, cómo pueden trabajar con miras a generar ingresos que le permita vivir en forma digna y autónoma, vii) derecho de los menores de 15 años, a acceder a un cupo en un establecimiento educativo, y, viii) derecho a la verdad la justicia y la reparación como víctimas de un delito.*

*3.5.2. El derecho a la verdad exige que dentro del proceso penal se establezcan claramente las circunstancias del desplazamiento y de los otros delitos de que hubiese sido víctima el desplazado, autores y partícipes, al igual que la posibilidad de que la víctima participe dentro del proceso. El derecho a la justicia incluye la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la eficiente actividad estatal para evitar que los hechos queden en la impunidad. El derecho a la reparación conlleva, una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente.*

*3.5.3. Los demandantes tendrían por tanto el derecho a que se establezcan las condiciones que generaron su desplazamiento y los autores y de haber sido víctimas no solo de ese delito sino de otros, y en esos casos también tendrían derecho a que se revele la verdad, se castiguen los autores, y a obtener una reparación judicial o administrativa.”*

De acuerdo con lo anterior, aún cuando se dirá que la caducidad de la acción en este caso no será tenida en cuenta como presupuesto procesal, estima la Sala Especial de Descongestión que es necesario precisar que tal determinación se acoge, no solo por tratarse de una determinación adoptada por la Corte Constitucional con miras a efectivizar la protección reforzada de la que ya se ha revestido a la población desplazada, sino también porque ello responde a los criterios de integralidad normativa contenidos en los arts. 93 y 94 de la Carta Superior<sup>3</sup>, que remiten a los tratados y

<sup>3</sup>ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

convenios internacionales que conforman el llamado Bloque de Constitucionalidad, así como a los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas y la protección especial que también cabe respecto de los derechos y garantías que, aún cuando no se encuentren enlistados en la Carta superior o en los convenios internacionales, son inherentes a la persona humana.

## **2.2. De la caducidad de la acción por la no entrega de ayudas humanitarias.**

Sea lo primero decir que, como se vio en el acápite anterior, la regla de caducidad de la acción, en materia de reparación directa, no se agota en su contenido literal, sino que queda abierta para su integración normativa de acuerdo con las reglas de los artículos 93 y 94 Superior, cuando se tienen en cuenta los especiales eventos y las precisas circunstancias en que ocurrieron los hechos determinantes del daño.

En punto a la caducidad de la acción, *por la no entrega de las ayudas humanitarias en forma oportuna a la población desplazada*, esta Sala analizará la ocurrencia de dicho fenómeno no desde el punto de vista de la omisión en la que incurrió el Estado, porque en ese evento la caducidad de la acción se iniciaría a partir del momento en que la entidad demandada incurrió en omisión, entendida dicha omisión como conducta única e instantánea; sino que se dirá que dicho fenómeno encuentra como extremo temporal inicial el momento a partir del cual se inició la distribución de las mencionadas ayudas, analizado ello desde la óptica del retardo o inactividad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En efecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha construido una línea jurisprudencial en torno a la omisión en la actividad estatal como hecho configurativo del daño que da lugar a reclamar la responsabilidad del Estado a la luz de las previsiones contenidas en el Art. 90 de la Carta Superior, de manera que el cómputo del término de caducidad de la acción según las reglas del numeral 8º del Art. 136 del C.C.A., debe iniciar a partir del día siguiente a aquel en que *ha tenido lugar dicha*

---

*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

*El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.*

*La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.*

**ARTICULO 94.** *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*

*omisión*, y fenece de manera perentoria en el último día de los dos (2) años siguientes atendiendo el carácter objetivo e improrrogable del término de caducidad de la acción.<sup>4</sup>

No obstante, dicha posición se ha ido moderando para reconocer la existencia de circunstancias que siendo dañosas, no pueden ser confundidas con el daño antijurídico propiamente dicho, como resultan serlo las consecuencias del daño cuando estas se prolongan o se extienden en el tiempo; porque en tales casos, ha dicho el Consejo de Estado<sup>5</sup>, la caducidad corre de manera autónoma e independiente a partir de la ocurrencia del daño, y no de la extensión en el tiempo de sus efectos nocivos.

Conforme con las anteriores posturas, forzoso resultaría concluir que en el caso que ahora se estudia, se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, como quiera que en este caso se alega que el Estado incurrió en omisión frente a la demandante, cuando no le hizo entrega de las ayudas humanitarias en el momento en que anunció haber sido desplazada de manera forzada de su lugar de habitación.

Sin embargo, en este caso encuentra la Sala que no se trata de una *omisión del Estado* sino de una prolongada *inactividad estatal*, un *retardo institucional* frente a las necesidades de la población desplazada al interior del territorio colombiano, lo que fue resaltado por la Corte Constitucional al declarar el *estado de cosas inconstitucional* a través de la sentencia T-025/04<sup>6</sup>; inactividad o retardo que eventualmente se configura como causante del daño antijurídico del que derivaría la responsabilidad estatal y cuya cesación determina el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción, pues es en ese momento cuando cesa la causación del daño.

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099)

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON. Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109)

<sup>6</sup> ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirma ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas.

Atendiendo tales parámetros, debe entonces afirmarse que el daño que se le endilga a la Administración cesa en su causación, precisamente cuando el Estado entra en acción para dar cumplimiento a la obligación que le viene impuesta por mandato legal, y es a partir de ese momento cuando inicia el computo del término de caducidad de la acción.

### **3. Problema jurídico**

Deberá la Sala determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) son responsables a título de falla del servicio por los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento forzado de la parte actora, hecho en el que perdió todos sus bienes materiales; así como la falla del servicio o de la administración en la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, ordenadas por la ley con destino a la población desplazada.

Como problemas jurídicos asociados habrá de estudiarse: i) si como requisito de prosperidad de las pretensiones referidas al daño causado por el desplazamiento forzado, se debe establecer cuál fue el hecho violento que lo determinó, para a partir de allí establecer la responsabilidad estatal; ii) cómo se demuestra la condición de persona desplazada; iii) qué perjuicios deben repararse por el Estado por la ocurrencia del desplazamiento forzoso; iv) qué perjuicios deben repararse con ocasión de la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.

### **5. Tesis de la Sala**

Debe decirse, que esta Corporación mediante providencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013<sup>7</sup>, expuso su criterio en relación con este tema, tomando como punto de partida la sentencia SU-254/13 proferida por la Corte Constitucional, reforzada con los lineamientos jurisprudenciales que vienen dados por el Consejo de Estado en materia de reparación del daño antijurídico causado a la población desplazada; y arribó a las siguientes conclusiones:

---

<sup>7</sup>Tribunal Administrativo de Bolívar, sentencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013 Exp 13001-33-31-504-2010-00287-00. Ponencia de la Dra Ligia del Carmen Ramírez Castaño

1. *La inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es prueba de la condición de persona desplazada, a menos que se demuestre en juicio lo contrario.*
2. *La responsabilidad del Estado ante el daño causado por el desplazamiento forzado, debe analizarse frente al hecho particular de violencia que lo determinó.*
3. *El daño moral se presume en los eventos en que ha tenido ocurrencia el desplazamiento forzoso.*
4. *El daño material reclamado por la ocurrencia del desplazamiento forzado, debe ser plenamente demostrado por el demandante en el marco del proceso judicial en el que se debate la responsabilidad estatal.*
5. *La inactividad o retardo del Estado en la entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, se configura como un daño antijurídico que agrava las condiciones de vulnerabilidad de ese grupo poblacional, aun cuando dicha obligación no tenga un componente de carga legal, sino que se soporta en el principio de solidaridad.*
6. *La no entrega oportuna de ayudas dirigidas a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, no se configura como un daño antijurídico al soportarse en el principio de solidaridad y no ser el Estado el único titular de dicha obligación.*

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la Sala los acogerá en su integridad, bajo los argumentos que a continuación se exponen.

## **6. Análisis de la Sala**

### **6.1. La responsabilidad extracontractual del Estado**

La acción promovida por el actor es la de reparación directa, cuya fuente constitucional se encuentra en el artículo 90 Superior<sup>8</sup>, desarrollado legalmente por el Código

---

<sup>8</sup>“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”

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

Contencioso Administrativo y cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos<sup>9</sup>:

A. **El Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.

B. **El Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

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

## **6.2. De la responsabilidad del estado en la ocurrencia del desplazamiento forzado y en la entrega de ayudas humanitarias.**

Como se anotó en la parte precedente de esta providencia, la Sala tomará como referente constitucional y jurisprudencial la Sentencia SU-254/13 de la Corte Constitucional, en la medida en que la misma se ocupa de analizar lo referente al daño causado a la población sometida a desplazamiento forzoso, la categorización de la conducta delictiva que dio ocurrencia al desplazamiento como un delito de lesa humanidad, los alcances de la reparación judicial y la indemnización administrativa a que tiene derecho la población desplazada, teniendo como punto de partida la Ley 398 de 1997 hasta llegar a la Ley 1448 de 2011, valorando en extenso las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado, y fijó, además, los efectos *inter communis* que dicha decisión abarca.

## **6.3. Del desplazamiento forzoso**

---

<sup>9</sup>Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación

Acerca de la configuración y magnitud de este fenómeno social y partiendo de las dimensiones del daño por éste causado, la Corte Constitucional en la sentencia de la cual partimos nuestro estudio, declaró lo siguiente: *(i)...el estado de cosas inconstitucional en relación con la vulneración masiva, continua, sistemática del desplazamiento forzado; (ii) la obligación y responsabilidad del Estado en materia de prevención y de atención integral desde la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización socioeconómica y la reparación integral a las víctimas; (ii) ha evidenciado las carencias y falencias por parte de la respuesta estatal e institucional en relación con la prevención y atención integral del desplazamiento y ha adoptado medidas que fijan parámetros constitucionales mínimos para la superación de dichas falencias y del estado de cosas inconstitucional, para el logro del goce efectivo de los derechos de esta población; y (iii) ha insistido en que el proceso de restablecimiento y de reparación integral a las víctimas de desplazamiento forzado es una cuestión de justicia restaurativa y distributiva y no puede tener un carácter asistencialista.*

#### **6.4. Del título de imputación en la responsabilidad del estado**

En cuanto se refiere al título con base en el cual se hace la imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, por la ocurrencia del fenómeno del desplazamiento forzado en el territorio nacional, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho en relación a la condición de desplazado la tiene “... *quien se vea obligado a migrar internamente en las circunstancias y por los motivos señalados en la ley, porque, se reitera, ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica*”.<sup>10</sup>

Para esa Corporación, es claro que ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica que se adquiere con la inscripción en una lista oficial o por el hecho de recibir atención humanitaria estatal<sup>11</sup>.

Por lo que ha dicho además, que se justifica el trato preferencial que se debe otorgar a la población desplazada como causa del conflicto interno, lo cual es una situación excepcional que permite al juez interpretando la cláusula social de nuestro Estado Social de Derecho, proteger su situación de indefensión a la que se ve sometido por motivos ajenos a su querer.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006)

<sup>11</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3. Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006). Caso del desplazamiento de la Gabarra.

<sup>12</sup> Sentencia 279-01 AC de 2001 S3. Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2.001)

Por otro lado, en relación con las víctimas del desplazamiento como víctimas de un delito, la jurisprudencia también ha reconocido que *“Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento y, por lo tanto, tiene derecho a conocer la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueron causados.”*<sup>13</sup>

En lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado por acción o por omisión ante hechos de desplazamiento forzado, y su obligación de atender y reparar a las víctimas una vez ocurrido el desplazamiento forzado, se ha considerado que al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, en razón a que las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los asociados, pero si éste no es capaz de impedir que sus asociados sean expulsados de sus lugares de origen, tiene al menos que garantizarles la atención necesaria para reconstruir sus vidas.<sup>14</sup> Por consiguiente, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación.<sup>15</sup>

Ahora, respecto a la acreditación de la responsabilidad del Estado por omisión, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos: *“(...) a) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño.”*<sup>16</sup>

En este mismo sentido, reiteró el Consejo de Estado en otra oportunidad, que en relación con la responsabilidad del Estado por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se

<sup>13</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú. Esto fue reiterado en la Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo.

<sup>14</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>15</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>16</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad.<sup>17</sup>

### **6.5. De la reparación del daño causado por el desplazamiento forzoso.**

En cuanto a la forma de reparar el daño antijurídico causado a la población desplazada, partiendo de la base de que el Estado ha incurrido en una falla del servicio, que en cada caso debe ser analizada en concreto, en la misma sentencia de unificación que por vía de revisión ha proferido la Corte Constitucional, con soporte en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, sostuvo que *“una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio.”*<sup>18</sup>

En lo que tiene que ver con los daños materiales y morales que ocasionan el desplazamiento forzado, la Corte también adujo que: *“[n]o es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional”*<sup>19</sup>

Por su parte, el Consejo de Estado en otra ocasión accedió también al reconocimiento de la indemnización por daño moral, por *“el dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural.”*<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gringo

<sup>18</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3

<sup>19</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú.

<sup>20</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gringo, zona del Catatumbo

Finalmente, en cuanto al tema de la indemnización, el Consejo de Estado consideró que la misma tiene como causa la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, por la causación de un daño antijurídico que le es imputable de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política; y que de la misma, no se descontará el valor de los bienes que hubieren recibido por parte del Estado durante el desplazamiento porque tales bienes le son entregados a las víctimas de los delitos no a título de indemnización sino en desarrollo del principio de solidaridad.<sup>21</sup>

#### **6.6. De la prueba del desplazamiento forzoso**

En lo que se refiere a la prueba de la condición de persona o población sometida a desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional en la sentencia que se comenta, precisó:

*“(iii) En relación con la condición de desplazado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha condición se adquiere y se constituye a partir de un presupuesto fáctico, que es el hecho mismo del desplazamiento forzado, hecho que es el requisito constitutivo de esta condición y en consecuencia, de la calidad de víctima de desplazamiento forzado. Por tanto, la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, que la actual Ley 1448 de 2011 prevé sea el soporte para el “Registro Único de Víctimas”, de conformidad con el artículo 154 de esa normativa, es un requisito meramente declarativo y no constitutivo de la condición de víctima, en donde, a través de un trámite de carácter administrativo, se declara la condición de desplazado, a efectos de que las víctimas de este delito puedan acceder a los beneficios legales y a los diferentes mecanismos de protección de derechos, con carácter específico, prevalente y diferencial, para dicha población.*

*(...) No obstante, cabe advertir que si por algún hecho sobreviniente se encuentra y establece que uno de los actores no ostenta la calidad de víctima de desplazamiento forzado, éste no será beneficiario de las medidas que se adopten en la presente decisión.”*

De acuerdo con los anteriores argumentos, ha de decirse entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación de falla en el servicio, por la ocurrencia misma del hecho del desplazamiento forzado en la medida

<sup>21</sup>Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

en que ha venido a establecerse que la Administración siempre pudo haber evitado la causación del hecho o, por lo menos, haber minimizado los efectos dañinos del mismo, responsabilidad que deriva del contenido obligatorio que la Constitución y la ley imponen al Estado de preservar y proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

**6.7. De la responsabilidad del estado en la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.**

De los apartes ya transcritos de la sentencia SU-254 de 2013, se destaca que la Corte Constitucional no encuentra que el daño causado por la no entrega de ayudas humanitarias se torne antijurídico, en la medida que tal obligación encuentra sustento en el principio de solidaridad de asistencia en casos de emergencia, y no en una disposición que conlleve tal obligación como carga impositiva para la Administración, de manera que no se configura la responsabilidad estatal en la forma como la contempla el Art. 90 Superior.

Sin embargo, como quiera que dicha consideración se expresa en la mencionada sentencia a título de *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, al no responder al problema jurídico que en dicha providencia se desata, la misma se apreciará por esta Sala a título de ilustración; pero, aún así, se abocará al estudio de la configuración del daño y su eventual imputación de responsabilidad al Estado, tomando como referente la sentencia C-278 de Abril 18 de 2007 a través de la cual esa misma Corporación efectuó el estudio de constitucionalidad de los artículos 15 y 18 de la Ley 387 de 1997.

Como ya se anunció al abordar el estudio de la caducidad de la acción frente a la reclamación de reparación por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, esta Sala de Decisión parte del principio del *retardo estatal*, de la *prolongada inactividad estatal*, y no de la *omisión estatal*, como elemento que configura el hecho dañoso en estos casos, tal como se explica a continuación.

**a) Naturaleza de la obligación de entregar ayudas humanitarias de emergencia.**

A través de la Ley 387 de 1997 se consagró como a cargo del Estado, la obligación de proveer ayudas humanitarias de emergencia a la población que resultara afectada por el desplazamiento forzado, una vez se produjera el mismo; obligación cuyo contenido

es definido por el Art. 15<sup>22</sup> de la Ley en cita como garantista, de socorro, de asistencia y protección para atender las necesidades básicas de este grupo poblacional, incluso mientras subsista la condición de emergencia.

Como ya se dijo en aparte anterior, a través de la sentencia T-025 de 2004 fue necesario que la Corte Constitucional declarara el *estado de cosas inconstitucional* de la población desplazada, para conminar al Estado a que diera cumplimiento a las previsiones de la Ley 387 de 1997 incluso las referidas a la entrega de ayudas humanitarias, y fue necesario que se hiciera el seguimiento de las *órdenes de ejecución compleja* impartidas, para lograr que finalmente se implementaran las políticas de atención preferencial a este grupo humano y se apropiaran los recursos dirigidos a cumplir tales políticas.

Ahora bien, al resolver sobre la exequibilidad de este articulado, a través de la sentencia C-278/07, la Corte Constitucional reafirma su extensa línea jurisprudencial de protección a la población desplazada, calificando el desplazamiento forzado como un problema de humanidad, como una verdadera tragedia nacional, un estado de emergencia social y un serio peligro para la estabilidad política del país. Se refiere a la inactividad del Estado como contraria a la racionalidad implícita en el constitucionalismo, al causar una *evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenida en el Texto Fundamental y la diáña y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos*, contradicción que se hace patente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad que padecen los desplazados y la negación del Estado a cumplir el deber constitucional de prevenir las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

A más de lo anterior, aplicando el principio de interpretación por convencionalidad a que se refieren los arts. 93, 94 y 224 de la Carta Superior, la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante a los ***Principios Rectores de los Desplazamientos***

---

<sup>22</sup> ARTICULO 15 DE LA ATENCION HUMANITARIA DE EMERGENCIA. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas.

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario.

Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos internstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales.

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento.

PARAGRAFO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible Apartes tachados INEXEQUIBLES> A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables

**Internos**, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos, pese a que tales principios no han sido aprobados mediante un tratado internacional, considerando que deben ser apreciados como parámetros en la creación normativa y la interpretación en la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado.

Para resolver sobre la constitucionalidad del Art. 15 de la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional centra su atención en los Principios Rectores relativos a la asistencia humanitaria; y al hacer el análisis sobre lo que ha sido la respuesta institucional del Estado colombiano, en especial en relación con las ayudas humanitarias, se expresa:

*“Al analizar el **diseño de la atención humanitaria de emergencia**, observó que **“hace énfasis en el factor temporal, resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada”** y anotó que **“el límite temporal de tres meses no responde a la realidad de la continuación de la vulneración de sus derechos, de tal forma que la prolongación en el tiempo de dicha prestación no depende de las condiciones objetivas de la necesidad de la población, sino del simple paso del tiempo”** (no está en negrilla en el texto original).*

*En cuanto al **grado de implementación** de la política de atención a la población desplazada, halló una **“insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones”**, pues varias de las instituciones comprometidas **“no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales”**, lo cual se evidencia en casi todos los componentes, incluyendo la atención humanitaria de emergencia, que **“se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos”**.*

*Por lo que hace al **cumplimiento y continuidad** de la política de atención al desplazamiento forzado, la Corte señaló que aun cuando no se es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas, por no contarse con mecanismos de seguimiento de la gestión de*

*las distintas entidades implicadas, “las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hace de manera discontinua y demorada” y agregó que según esos informes “no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención”, problema que para la Corte está presente en casi todos los componentes de la política, incluida la atención humanitaria de emergencia, que “puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias”.*

*Por último, la Corte encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas, han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria de emergencia, donde halló que “los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación”.*

También, encontramos que el Art. 1º de la Ley 387 de 1997<sup>23</sup>, anterior al documento internacional que se ha referenciado, incluye algunos principios en materia de atención a la población desplazada, por lo que vemos entonces, que si bien la obligación de prestar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada se cimienta en un principio de humanidad y solidaridad que compromete a toda la sociedad, también tiene un componente legal y supralegal que radica en cabeza del Estado la primera obligación de asistencia en la **situación de emergencia** y mientras subsista la misma, como efectivización del deber de satisfacer los derechos mínimos a la subsistencia digna garantizados por los estándares nacionales e internacionales del Derecho

---

<sup>23</sup> ARTICULO 2o. DE LOS PRINCIPIOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios:

1o. Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria.  
2o. El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente.  
3o. El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física  
4o. La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar.  
5o. El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación.  
6o. El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen  
7o. Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.  
8o. El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley.  
9o. Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social

Humanitario, como realización y observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho; y, también se consagra para este grupo poblacional la facultad de reclamar la efectividad de la ayuda humanitaria de emergencia, puesto que la norma se refiere a ella como un derecho que le asiste a la población desplazada a recibir y reclamar por ellas.

Ahora bien, el incumplimiento del Estado en su deber de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada, a más de ser un hecho notorio y por tanto no necesario de demostración, se hizo evidente con el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004 por medio de la cual se declara el estado de cosas inconstitucional para la población desplazada, que, de acuerdo con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, se configuró por: *(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

De acuerdo con lo antes expuesto, para esta Sala de Decisión es incuestionable que la población desplazada fue obligada, por la prolongada inactividad del Estado, a permanecer en condición de emergencia de manera indefinida, a soportar sin justificación alguna la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales mínimos y relacionados con la subsistencia digna, fue forzada a reclamar sus derechos por vía de acción de tutela, ante la actitud impasible de la Administración que se escudaba en la falta de los recursos económicos necesarios para atender las penurias de este grupo poblacional.

Todo lo anterior se configura, según el criterio de esta Colegiatura, en un daño antijurídico causado por el Estado, que debe ser reparado, como quiera que la población desplazada debió ser atendida en forma prioritaria y/o preferente para obviar su condición de emergencia; de manera que se acredita así la existencia del daño sufrido por la población desplazada y, la antijuridicidad de tal daño determinado por la inactividad estatal al no hacer entrega oportuna de las ayudas humanitarias de emergencia, como lo exige el Art. 90 Superior. Lo anterior, encuentra además respaldo en la sentencia No. 14721 de Junio 4 de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.<sup>24</sup>

### ***b) De las ayudas para la estabilidad socioeconómica***

En relación con las ayudas que se deben prestar a través de la implementación de programas de estabilización socioeconómica, consistentes en la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001), no encuentra esta Sala de Decisión que ante su no entrega se configure daño antijurídico alguno, como quiera que esta obligación, que *prima facie* puede ser enmarcada como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto debe promover la prosperidad general de sus asociados, no está radicada únicamente en el Estado sino que, a su atención concurren también organismos humanitarios nacionales e internacionales, a más de la sociedad en general, aún cuando le corresponda al Estado implementar los programas que serán los canales para la adecuada distribución de tales prestaciones asistenciales, sin olvidar que en estos casos debe el Estado contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

### ***6.8. De los perjuicios materiales***

Ahora bien, respecto de la forma cómo se ha de reparar el daño antijurídico así causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, esta Sala advierte la imposibilidad de derivar un daño material por dicho concepto, como quiera que el concepto mismo de *ayuda humanitaria* reprime la eventualidad de obtener un lucro de tales ayudas, precisamente por su carácter humanitario y su componente de solidaridad, aunque no se desconoce por la Sala que el recibo a tiempo de la ayuda humanitaria de emergencia habría significado para la

---

<sup>24</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008). Radicación número 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721)

población desplazada el alivio a necesidades básicas que podían ser traducidas en un componente pecuniario, más no patrimonial, es decir, tales ayudas no pueden ser consideradas – en ningún caso – como factor de acrecentamiento del patrimonio o peculio personal de los individuos que integran el grupo de población desplazadas.

A más de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado en claro que no es posible efectuar el pago retroactivo de las ayudas humanitarias, como quiera que su no pago o entrega oportuna no se torna en un crédito.<sup>25</sup>

Con base en lo anterior se dirá, entonces, que no hay lugar a reconocer perjuicio material alguno por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, al no tener ellas un componente patrimonial o crediticio.

#### **6.9. De los perjuicios morales**

En este punto, advierte la Sala que el perjuicio moral causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, encuentra su razón de ser en la forma como el Estado agravó la condición de sufrimiento y aflicción de ese grupo social, circunstancia que para esta Colegiatura no requiere demostración si se toma como referente lo tantas veces dicho por la Corte Constitucional frente a las condiciones de desprotección, vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra este grupo poblacional.

En ese orden de ideas, para la tasación del perjuicio moral, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta factores objetivos que permitan determinar la intensidad del mismo, a efectos de proceder a su reconocimiento acorde con los principios que informan la regla *arbitrio iuris*

#### **6.10. Análisis del caso**

La demanda afirma que la NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, son responsables administrativa y patrimonialmente por los daños, perjuicios materiales y morales causados ala demandante IRIS DEL CARMEN TERAN GUERRA, en primer lugar por el desplazamiento al que fue sometida donde perdió todos sus bienes

---

<sup>25</sup> Así lo dejó ratificado en la sentencia T-840 de 2009, citando la sentencia T-600 de 2009

materiales, y en segundo lugar, por la omisión de las demandadas en otorgar las ayudas humanitarias a que estaban obligados a entregar conforme a lo estatuido en la Ley 387 de 1997.

De acuerdo con los parámetros que antes se han expuesto, el estudio de las pretensiones del actor se efectuará en los siguientes términos:

**A. Prueba de la condición de persona desplazada.**

Atendiendo las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, contenidas en el Art. 177 del C.P.C., al que se llega en virtud del expreso principio de remisión previsto en el Art. 267 del C.C.A., le corresponde en este caso ala demandante acreditar que se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada, actualmente Registro Único de Víctimas, para a partir de dicha probanza permitir el estudio de sus pretensiones.

En este caso, dicha prueba no fue arrimada al plenario y tampoco fue solicitada por la actora como prueba a su favor, lo que sería suficiente para denegar las súplicas de la demanda; no obstante, al alegar de conclusión en primera instancia, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (antes AGENCIA PRESIDENCIA PARA LA ACCION SOCIAL Y LA COOPERACION INTRNACIONAL “ACCION SOCIAL”), manifestó que la demandante, como portadora de la cédula de ciudadanía número 45.514.991, se encuentra inscrita en el citado Registro desde el 24 de noviembre de 2010 (fl. 128 y ss), con lo que se acredita la condición de persona desplazada.

**B. De la caducidad de la acción por los daños ocasionados al actor por el desplazamiento forzado.**

Atendiendo lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia SU-254 de 2013, no hay lugar a efectuar el estudio de la caducidad de la acción por la ocurrencia de este hecho.

**C. Del daño causado por el hecho mismo del desplazamiento forzado.**

Se afirma en la demanda que la señora IRIS DEL CARMEN TERAN GUERRA fue desplazada de su domicilio de origen, ubicado en el Municipio de San Onofre (Sucre), pero nada informa acerca del hecho de violencia que determinó su movilización

forzosa, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a las demandadas por esta circunstancia, lo que determina que se denieguen las pretensiones que se han formulado en la demanda derivadas del hecho mismo del desplazamiento forzoso, lo que se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

#### **D. Conclusión**

En el presente caso, se tiene que si bien la actora afirma ser desplazada desde el año 2001, solo hasta el día 31 de agosto de 2010<sup>26</sup> presentó la declaración ante la Agencia Presidencial para la Acción y la Cooperación Internacional en tal calidad, de la cual resultó inscrita hasta el día 24 de noviembre de 2010<sup>27</sup>. También se observa, que la presentación de la demanda se hizo hasta el día 15 de diciembre de 2010, es decir, cuando aún no había operado el fenómeno de la caducidad.

Igualmente, encuentra la Sala por una parte, que el tiempo que transcurrió entre la declaración de la calidad de desplazada y la inscripción al registro, fue un lapso apenas prudencial para los trámites que requiere la entidad, que entre otras cosas, debe verificar las condiciones del desplazamiento; y por otro lado, que entre la fecha de la inscripción en el registro, y la de presentación de la demanda que nos ocupa, no se advierte una afectación grave a los perjuicios morales alegados en la demanda, por lo que no se accederá al reconocimiento de éstos.

Tal como quedó expuesto, la omisión en la entrega de las ayudas humanitarias lo que conlleva es al pago de perjuicios morales, y como quiera que su causación no fue sustentada en la demanda resulta imposible reconocerlos, por lo que en el caso concreto deberá modificarse el fallo de primera instancia para negar las pretensiones, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

#### **7. Condena en costas**

De acuerdo con las previsiones del art. 151 del C.C.A., no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

### **IV. LA DECISIÓN**

---

<sup>26</sup>Ver folio 9-11

<sup>27</sup>Ver folio 129 y ss

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: MODIFÍCASE** la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, la cual quedará así:

1. **NIEGANSE** las pretensiones de la señora **IRIS DEL CARMEN TERAN GUERRA** relacionadas con el daño que afirma le fue causado por las demandadas, por el desplazamiento forzoso al que fue sometida en el año 2001, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.
2. **NIEGANSE** las súplicas de la demanda relacionadas con la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias a la población desplazada.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

#### LOS MAGISTRADOS

  
**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

  
**LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0120  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: MERCEDES MELENDEZ MARTINEZ</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: E-S-E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-23-31-002-2004-00982-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISESIS (16) DE DICIEMBRE DE 2013</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

**JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL**



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

---

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002  
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

**Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación : 13001-33-31-002-2004-00982-00  
Demandante : MERCEDES MELÉNDEZ MARTÍNEZ  
Demandado : ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA

**TEMA:** Prestaciones Laborales

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la señora Mercedes Meléndez Martínez contra la ESE Hospital Universitario de Cartagena.

## I. ANTECEDENTES

### 1. DEMANDA

#### 1.1. PRETENSIONES

*Textuales:*

*"PRIMERA: Que se declare la nulidad de los actos administrativos expedidos por el Agente Liquidador de la demandada, resoluciones: No. 053 del 16 de diciembre de 2003, por medio de la cual se pronunció sobre las reclamaciones laborales dentro del proceso de liquidación de la misma, especialmente respecto a mi representada, desconociendo sus derechos laborales y la 036 del 30 de marzo de 2004, por medio de la cual se desató el recurso de reposición interpuesto por mi representada, denegando parte de las peticiones respectivas.*

- a) *A las acreencias laborales pagadas extemporáneamente desde la fecha en que se hicieron exigibles y hasta cuando efectivamente se cancelaron.*
- b) *A las acreencias reconocidas en las liquidaciones derivadas de las resoluciones demandadas, desde que se hicieron exigibles, pero aún no pagadas, hasta que se paguen efectivamente.*
- c) *A las acreencias laborales distintas a las ya reconocidas, que se reconozcan en virtud a este proceso, hasta que se cancelen.*

*CUARTA: Indexación de todas las acreencias, con fundamento en el art. 178 del C.C.A., así:*

- a) *De las acreencias laborales pagadas extemporáneamente desde las fechas en que se hicieron exigibles y hasta cuando efectivamente se cancelaron.*
- b) *De las acreencias laborales reconocidas en las liquidaciones derivadas de las resoluciones demandadas, pero aún no pagadas, desde que se hicieron exigibles, hasta cuando efectivamente se paguen.*
- c) *De las acreencias laborales distintas a las ya reconocidas, que se reconozcan en virtud a este proceso, hasta que se cancelen.*
- d) *Condenar a la demandada al pago de las costas, incluidas las agencias en derecho.*

## **1.2. HECHOS**

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

Señala que, la señora Mercedes Meléndez Martínez, ingresó a laborar en la ESE Hospital Universitario de Cartagena, en el cargo de enfermera, desde el 14 de agosto de 1976 hasta el 5 de septiembre de 2003, fecha en que el agente liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, le comunicó que quedaba retirada del servicio, por supresión del cargo, de acuerdo a la Resolución 002 de 22 de agosto de 2003.

Aduce que, por reunir los requisitos solicitó su inscripción en el escalafón de la carrera administrativa el 11 de mayo de 1995, documentación de la que hizo entrega a la oficina de personal de la demandada, sin embargo nunca tuvo respuesta.

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

El agente liquidador de la ESE, mediante Resolución 056 del 30 de diciembre de 2003, aceptó parcialmente las reclamaciones presentadas por la actora, razón por la cual interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante Resolución 036 de 30 de marzo de 2004, acto que a pesar de despachar favorablemente algunos de los aspectos objetos del recurso respectivo, no hace un pronunciamiento respecto de los puntos negados o sobre de los actos demandados.

### **1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

#### ***Violación de normas constitucionales.***

Manifiesta la actora que, con la expedición de los actos acusados se han vulnerado normas de carácter constitucional, como el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, que en esencia constituye una declaración formal del orden filosófico y político que orienta el ordenamiento constitucional de la República; el artículo 1 que prescribe que Colombia es un Estado Social de Derecho; el artículo 4 que pregona la supremacía de las normas constitucionales sobre otras normas; el artículo 13 que establece el derecho a la igualdad, el que considera violado por el agente liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, por no reconocer derechos plenos y absolutos, con claros y expuestos fundamentos legales, como las acreencias laborales de la actora.

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

#### ***Violación de normas legales.***

Al respecto, afirma que de conformidad con el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, la actora era empleada pública, y como tal, su régimen de prestaciones sociales está reglamentado por el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1045 de 1978 y otras disposiciones.

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

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

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

Finalmente, señala que la actora en su calidad de empleada pública y por encontrarse su cargo dentro de los clasificados como de carrera administrativa, tenía derecho a solicitar su inscripción en dicho escalafón, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1223 de 1993, modificado por el Decreto 2311 de 1997, es decir, a que se le paguen cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año laborado, y cuarenta (40) días adicionales sobre los primeros cuarenta y cinco (45) y proporcional, por cada año siguiente al primero, ya que tenía antigüedad superior a diez (10) años.

## 2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó<sup>1</sup> la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos se pronuncia diciendo que algunos no le constan y que otros no son ciertos, puesto que a su juicio constituyen apreciaciones subjetivas de la parte demandante, y resalta que los actos administrativos demandados fueron expedidos con observancia del ordenamiento jurídico y por funcionario legalmente competente.

De igual manera, propuso las siguientes excepciones:

**PAGO:** Expresa que la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación reconoció a la demandante un crédito por valor de \$51.996.310.00 según lo dispuesto en Resoluciones 053 de diciembre 16 de 2003, 057 de diciembre 30 de 2003 y 036 de marzo 30 de 2004. Que la demandada le canceló todo lo adeudado, razón por la cual no debe suma alguna a la accionante.

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

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

---

<sup>1</sup> Folio 216 a 232

**LEGALIDAD DE LOS ACTOS QUE SE SOLICITAN DECLARAR NULOS:** Esboza que los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho, porque el Gobierno Nacional a través de la Superintendencia de Salud, dispuso mediante Resolución No. 1021 de 2003 dar por terminada la intervención administrativa que existía sobre la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena y ordenó dar inicio a la toma de posesión para su liquidación definitiva. Que la finalidad de suprimir algunos cargos de la planta de personal del Hospital, se debió a que sus funciones no eran necesarias para llevar a cabo el proceso liquidatorio, lo cual se hizo estrictamente en cumplimiento de lo previsto en el literal j) del artículo 3° de la Resolución 1021 del 25 de julio de 2003.

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

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

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

**IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE INDEXACIÓN, INTERESES Y COSTAS:** Manifiesta que en cuanto a la indemnización moratoria de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949 que supone el ingrediente de "mala fe" por parte del patrono conforme a lo establecido por vía jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

es pertinente advertir que dicha disposición no es aplicable al caso que nos ocupa, por cuanto que la normatividad que rige el proceso liquidatorio contenida en el Decreto Ley 663 de 1993, en la Ley 510 de 1999 y en el Decreto 2211 de 2004 se aplica en forma preferente, por ser un régimen especial que ordena el cumplimiento de una serie de etapas, tales como: emplazamiento a acreedores, presentación de acreencias, calificación y graduación de acreencias, resolución de recursos de reposición, y disponibilidad presupuestal para proceder al pago conforme a las reglas de prelación de créditos establecida en el Código Civil.

Expone igualmente que sería improcedente el reconocimiento de la figura de la indexación e intereses moratorios dentro del proceso de liquidación obligatoria de una Empresa Social del Estado, en atención a los principios que rigen dicho proceso, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 95 de 1980 y el inciso 2° del artículo 1616 del Código Civil.

**DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO:** Señala que si el Agente Liquidador no cumple con lo previsto en la ley, omitiendo el deber de reconocer solamente conceptos a que está obligado, podría estar incurso en investigaciones disciplinarias, fiscales y penales, ya que causaría un detrimento patrimonial a la parte demandada.

**LAS QUE SE RESULTEN PROBADAS CONFORME LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y LAS PRUEBAS PRACTICADAS:** Cita el contenido del artículo 306 del C. de P.C., determinando que en el momento de proferir la respectiva sentencia, si el funcionario encuentra probados los supuestos de hecho que den lugar a una excepción de fondo, tiene el deber legal de reconocerla de oficio.

En cuanto a las normas violadas y el concepto de la violación de las mismas, concluye y sintetiza lo siguiente:

*“1.- La vinculación de la demandante con la ESE Hospital Universitario de Cartagena, fue mediante una relación legal y reglamentaria, que se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y posesión del funcionario, por lo cual el régimen al cual queda sometido está previamente determinado en la ley.*”

2.- *El cargo que estaba ejerciendo la demandante fue suprimido, y por lo tanto, la desvinculación obedeció a los pormenores de la Resolución 1021 de agosto 22 de 2003, que faculta al agente liquidador para dar por terminado los contratos de trabajo, suprimir los cargos de la planta de personal.*

3.- *La ESE Hospital Universitario de Cartagena en liquidación, dentro de la oportunidad legal, reconoció las indemnizaciones a quienes estaban inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tal como está determinado en la Resolución 036 de marzo 30 de 2004. Se anota, que MERCEDES MELENDEZ MARTINEZ, no estaba inscrita en el escalafón de la carrera administrativa, razón por la cual no se le reconoció suma alguna por este concepto.*

4.- *La ESE Hospital Universitario de Cartagena en liquidación, reconoció y pagó todos los conceptos reclamados por el demandante, y a la fecha no le adeuda ninguna suma de dinero.*

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

Mediante auto de 6 de diciembre de 2004 se admitió la demanda. (f. 212)

El 4 de junio de 2007, se abrió a pruebas el proceso (f. 261)

Con auto de fecha 29 de octubre de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 307).

Al respecto, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en tanto la parte demandante no alegó y el Ministerio Público no rindió concepto.

## **III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

## **EXCEPCIONES**

El apoderado judicial de la demandada propuso las siguientes excepciones:

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

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

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

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

*“2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.*

En el presente caso, se demandan actos administrativos mediante los cuales se reconocieron parcialmente ciertas prestaciones sociales, que a juicio de esta Sala no tienen el carácter de periódicas. De acuerdo con lo anterior, la demanda de la referencia

fue presentada en tiempo, toda vez que, de los actos administrativos demandados, el que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la demandante, fue expedido el 30 de marzo de 2004 y notificado el 5 de abril del mismo año (folio 140), y la demanda fue presentada el 3 de agosto de 2004 (Fl. 9), es decir, dentro del término de cuatro (04) meses que para la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contempla el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

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

Las demás excepciones propuestas por el apoderado de la parte demandada, serán resueltas cuando se estudie el fondo del asunto, por guardar éstas directa relación con el contenido del mismo.

### **1. Problema jurídico.**

El problema jurídico a resolver en el presente caso, se contrae a establecer si la señora Mercedes Meléndez Martínez en calidad de trabajadora de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, tiene derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales reclamadas, que afirma dejó de pagar la entidad demandada, y si en consecuencia, es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

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

Del texto de las Leyes 100 de 1993 y 10 de 1990, se colige que, en la estructura administrativa de las entidades que prestan los servicios de salud, tanto nacionales como territoriales o de sus entidades descentralizadas, por regla general, los empleos

de la planta de personal son de carrera, exceptuándose los cargos de dirección y representación.

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

Adicionalmente, el procedimiento a observar cuando se dispone la liquidación de una empresa prestadora de servicio de salud es el contemplado en el Decreto 663 de 1993, el cual respecto al régimen aplicable al liquidador, dispone que el mismo será el encargado de **dar por terminados los contratos de trabajo**, haciendo referencia a la finalización de todos los vínculos laborales de los trabajadores, de la correspondiente entidad.

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

## **2. Caso concreto**

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

La señora Mercedes Meléndez Martínez, laboró en la Empresa Social del Estado Hospital Universitario de Cartagena, desde el primero (1°) de junio de 1976 hasta el 5 de agosto de 2003, desempeñando el cargo de auxiliar de enfermería.

Mediante Resolución 1021 de 25 de julio de 2003, la Superintendencia Nacional de Salud, resolvió dar por terminada la intervención administrativa sobre el Hospital Universitario de Cartagena Empresa Social del Estado, y ordenó el inicio de la toma de posesión para su liquidación. (fls. 130 – 133)

Por Resolución 002 de 22 de agosto de 2003 (fl. 73), el Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, suprimió de la planta de personal de dicha entidad, varios cargos, debido a que no se requerían para adelantar la liquidación. Entre esos cargos, se encontraba el de auxiliar de enfermería, desempeñado por la actora.

El Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, el 27 de agosto de 2003, envió comunicación a la demandante (fl. 101 cuaderno de pruebas), donde se le informó que quedaba retirada del servicio, por haberse suprimido el cargo que ella desempeñaba. Así mismo, se le indicó que para el pago de los salarios y prestaciones sociales que legalmente le adeudara el hospital, debía presentar la respectiva reclamación con los soportes pertinentes, durante el término de veinte días, contados a partir del 25 de agosto de 2003, hasta el 22 de septiembre del mismo año.

El 18 de septiembre de 2003, la señora Mercedes Meléndez Martínez, presentó la solicitud de pago de acreencias laborales, ante el Agente Liquidador de la entidad demandada (fls. 12- 14).

Por Resolución 053 de 16 de diciembre de 2003 (fls. 141 – 166), el Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, resolvió sobre las solicitudes de acreencias laborales presentadas por los empleados de dicha entidad, aceptando algunas y rechazando otras.

En cuanto a la señora Mercedes Meléndez Martínez, del Anexo No. 1, correspondiente a la Resolución 053 de 16 de diciembre de 2003 (fl. 167), se desprende que, la E.S.E. Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, le reconoció las sumas que a continuación se indican:

RECLAMANTE	CUANTIA SOLICITADA	DEUDA SALARIOS	CESANTIAS	DESCUENTOS	NETO A PAGAR	DEUDA PRESCRITA	NETO SALARIOS	TOTAL A PAGAR
MERCEDES MELÉNDEZ MARTÍNEZ		24 097 002	21 325 171		45.422 173	0	24 097.002	45 422 173

Los conceptos tenidos en cuenta para el pago de dicho reconocimiento, fueron los siguientes (folios 90- 91 cuaderno de pruebas):

SUELDO JULIO 1999	\$710.609
SUELDO AGOSTO 1999	\$509.654
SUELDO SEPTIEMBRE 1999	\$788.186
SUELDO OCTUBRE 1999	\$518.934
SUELDO NOVIEMBRE 1999	\$518.934
RETROACTIVO 2000	\$971 984
PRIMA DE SERVICIO 2001	\$661.407
SUELDO AGOSTO 2001	\$633.868
SUELDO SEPTIEMBRE 2001	\$633.868
SUELDO OCTUBRE 2001	\$633.868
SUELDO NOVIEMBRE 2001	\$633.868
SUELDO DICIEMBRE 2001	\$633.868
RETROACTIVO 2001	\$266.241
PRIMA DE NAVIDAD 2001	\$1.196.461
DEJADO DE PAGAR ENERO 2002	\$0
DEJADO DE PAGAR FEBRERO 2002	\$0
DEJADO DE PAGAR MARZO DE 2002	\$0
SUELDO ABRIL 2002	\$671.894
SUELDO MAYO 2002	\$633.868
SUELDO JUNIO DE 2002	\$2 293.703
PRIMA DE SERVICIO 2002	\$642.855

RETROACTIVO 2002	\$412.223
DEJADO DE PAGAR SEPTIEMBRE 2002	\$173.951
DEJADO DE PAGAR OCTUBRE 2002	\$0
DEJADO DE PAGAR NOVIEMBRE DE 2002	\$274.879
DEJADO DE PAGAR DICIEMBRE 2002	\$190.893
DEVOLUCIÓN RETEF. P. DE NAVIDAD	\$0
DEJADO DE PAGAR ENERO 2003	\$622.339
DEJADO DE PAGAR FEBRERO 2003	\$277.673

SUELDO MARZO 2003	\$832.339
SUELDO ABRIL 2003	\$938.753
SUELDO MAYO 2003	\$941.289
SUELDO JUNIO 2003	\$2.199.041
SUELDO JULIO 2003	\$803.222

SUELDO AGOSTO 2003	\$594.786
PRIMA DE SERVICIOS 2003	\$705.724
AUXILIOS EDUCATIVOS	\$726.406
PRIMA DE ALIMENTACIÓN	\$849.200
AUXILIO FUNERARIO Y/O M.M.	\$0
DEVOLUCIÓN DE EMBARGOS	\$0
	\$24.097.002

Contra la mencionada resolución, varios de los empleados de la demandada presentaron recursos de reposición, los cuales fueron resueltos mediante la Resolución 036 de 30 de marzo de 2004 (fls.31 - 48), en la que se explican los factores que se tuvieron en cuenta para la liquidación definitiva de prestaciones sociales, y la forma en que aplicaron los mismos. En dicha resolución, se le reconoció a la señora Mercedes Meléndez Martínez, la suma de \$6.574.137 por concepto de reliquidación. En el cuadro descriptivo de los conceptos reconocidos en la mencionada resolución (folio 96 cuaderno de pruebas), se encuentra:

SUELDO JULIO 1999	0
SUELDO AGOSTO 1999	0
SUELDO SEPTIEMBRE 1999	0
SUELDO OCTUBRE 1999	0
SUELDO NOVIEMBRE 1999	0
RETROACTIVO AÑO 2003	564.505
AUXILIOS EDUCATIVOS 2002 y 2003 SOPORTADOS	0
DIFERENCIA PRIMA DE ALIMENTACIÓN 2003	61.040
AUXILIO FUNERARIO Y/O M.M.	0
DEVOLUCIÓN DE EMBARGO	
BONIFICACIÓN POR ANTIGÜEDAD	1.230.786
DOTACIÓN DE UNIFORMES 1997 A 2003	2.200.000
DIFERENCIA LIQUIDACION DEFINITIVA ANTERIOR	2.517.806
INDEMNIZACIÓN POR CARRERA ADM.	0
<b>VALOR RECONOCIDO RES. 036/30-03-04</b>	<b>6.574.137</b>
<b>VALOR RECONOCIDO RES.053/03 y 057/03</b>	<b>45.422.173</b>
<b>TOTAL DEFINITIVO</b>	<b>51.996.310</b>

La Unidad de Recursos Humanos de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, expidió certificación (fls. 56 – 62, cuaderno de pruebas) en la que se relacionan las prestaciones devengadas por la actora, desde 1997 a 2003:

- Salario básico
- Subsidio de Transporte
- Prima de Alimentación

- Bonificación por servicio
- Bonificación por antigüedad
- Prima de vacaciones
- Prima semestral
- Prima de navidad proporcional
- Promedio recargo mensual

A folio 94 (cuaderno de pruebas), aparece la liquidación definitiva de prestaciones sociales de la señora Mercedes Meléndez Martínez, desde el 1° de junio de 1976, hasta el 27 de agosto de 2003. Los factores que se tuvieron en cuenta para dicha liquidación fueron:

Salario básico: \$770.531  
Auxilio de Transporte \$37,500  
Prima de alimentación \$34,550  
Bonificación por servicios \$269.685  
Prima de servicios \$813.931  
Prima de vacaciones \$881.759  
Prima de navidad \$1.494.868

Lo anterior indica que, los factores salariales que se tuvieron en cuenta para la liquidación definitiva de prestaciones sociales, fueron los que de acuerdo con la certificación antes relacionada, devengaba la demandante.

Ahora bien, la actora afirma que en la liquidación definitiva de prestaciones sociales que se hizo a través de las Resoluciones No. 053 de 16 de diciembre de 2003 y 036 de 30 de marzo de 2004, deben incluirse los recargos de horas extras diurnas, nocturnas, días domingos y festivos. Respecto a dichos recargos, en la Resolución No. 036 de 30 de marzo de 2004, se recalcó que para el pago de los mismos, se requería autorización escrita y reconocimiento mediante resolución; dentro del expediente no se encuentra documento alguno, que permita a la Sala concluir que a la actora se le hubieran reconocido horas extras o recargos nocturnos y de domingos y festivos, y que en consecuencia, tenga derecho al pago de las mismas, y aun más a la reliquidación de sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta tales conceptos.

Así las cosas, las pretensiones relacionadas con reliquidación de prestaciones, serán denegadas, teniendo en cuenta que no se acreditó en el proceso que la señora Mercedes Meléndez Martínez tuviera derecho al reconocimiento y pago de los factores salariales, que pretende sean tomados como base para la reliquidación.

Para la Sala, la entidad demandada liquidó las prestaciones sociales adeudadas a la demandante, tomando como base para ella los factores salariales efectivamente devengados, circunstancia que indica que los actos administrativos demandados, fueron expedidos de conformidad con el ordenamiento legal, ya que no se encuentra acreditado, que tuviera derecho a devengar factores adicionales.

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

Por todo lo hasta aquí considerado, concluye la Sala que, los actos administrativos demandados fueron expedidos de conformidad con las normas aplicables, que no logró la actora desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos, y que en consecuencia no se han violado las normas constitucionales y legales invocadas. Por tanto, no hay lugar a declarar la nulidad de las resoluciones No. 053 de 16 de diciembre de 2003 y la 036 de 2004, proferidas por el Agente Liquidador de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN.

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

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

#### IV. LA DECISIÓN

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

**FALLA**

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

**SEGUNDO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda instaurada por la señora Mercedes Meléndez Martínez, contra la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación.

**TERCERO:** Sin costas.

**CUARTO:** Ejecutoriada esta providencia, archivar el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**LOS MAGISTRADOS**

  
**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

  
**LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO**

(Hoja de firmas: expediente radicado con el No. 13001-33-31-002-2004-00982-00.)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0121  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: ELSA DEL SOCORRO LOPEZ VALENCIA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-001-2010-00040-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISIETE (17) DE ENERO DE 2014</b>	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) 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 ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 002**  
**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014)

**Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**  
**Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación : 13-001-33-31-001-2010-00040-01**  
**Demandante : ELSA DEL SOCORRO LÓPEZ VALENCIA**  
**Demandado : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTROS**

**Tema:** Caducidad de la acción por haberse demandado el acto que resolvió una solicitud de revocatoria directa.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena que niega las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. DEMANDA**

#### **1.1. PRETENSIONES**

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se hagan las siguientes declaraciones:

Que se declare la nulidad del Oficio 10100 RAD 212294 de 13 de julio de 2009, por medio del cual el Ministerio de la Protección Social le negó al demandante el

y otros

pago de todos los salarios, y prestaciones e indemnizaciones de carácter convencional dejados de pagar durante su vinculación a la ESE José Prudencio Padilla, lo anterior en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad contemplada en artículo 4° de la Constitución Nacional frente al artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó a título de restablecimiento le sean reconocidos y pagados los salarios, prestaciones e indemnización de carácter convencional, de acuerdo con lo dispuesto en la convención colectiva de trabajo de la que aduce era beneficiario.

## 1.2. HECHOS

Se narra en la demanda que la señora ELSA DEL SOCORRO LÓPEZ VALENCIA prestó sus servicios, al Instituto de los Seguros Sociales (ISS), desde el 15 de octubre de 1991 al 26 de junio de 2003, fecha en la que pasó sin solución de continuidad como empleada pública a la ESE José Prudencio Padilla en virtud del Decreto-Ley 1750 de 2003 que escindió el ISS, en la cual permaneció hasta el día 4 de septiembre de 2006 cuando fue desvinculada de la empresa por supresión del cargo de Profesional Universitario, grado 14.

Que durante su vinculación, percibió los beneficios de la convención colectiva de 31 de octubre de 2001, suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de Seguridad Social – Sintraseguridadsocial –; sin embargo, al momento del traslado de vinculación con la ESE José Prudencio Padilla, dejó de percibir los beneficios prestacionales y salariales que le otorgaba la convención en mención, muy a pesar de que las sentencias C-314 del 2.004, C-349 del 2004 y en especial la T-1166 del 2.008 establecen para ella derechos convencionales.

Por lo anterior, considera que 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 entre el 26 de julio de 2003 al 4 de septiembre de 2006.

Que en fecha 16 de junio de 2009 agotó vía gubernativa ante el ISS y ante el Ministerio de la Protección Social, mediante Oficio No. 10100 RAD 212294 de fecha 13 de junio de 2009 (acto acusado) negó las prestaciones reclamadas.

### 1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con el acto acusado se trasgreden las siguientes disposiciones:

Artículos 13 y 53 de la Constitución Política; Carta de Derechos Humanos artículos 1 y 17; Pacto de Derechos Político y Civiles artículo 26; Declaración Americana de los Derechos del Hombre artículo 2; Convenio 151 de 1978 aprobado por la Ley 411 del 5 de Noviembre de 1997; y Convenio 154 de 1981 aprobado por la Ley 524 del 12 de Agosto de 1999.

Del concepto de la violación se transcribe en los siguientes apartes:

*“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 principios 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 (sic) Humanos arts. 1 y 17, Pacto de Derechos Político y Civiles Art. 26, Declaración Americana de los Derechos del Hombre Art 2 y en especial el convenio 151 de 1978 aprobado por la ley 411 del 5 de noviembre de 1997 “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 1981 aprobado por la ley 524 del 12 de Agosto de 1999, 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 1998, 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*

y otros.

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 en el 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

y otros.

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 (sic).

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 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 (sic) 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. (...).<sup>1</sup>

## 2. LA DEFENSA

---

<sup>1</sup> Ver folio 3 a 7 de la demanda.

**2.1. Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.** No contestó la demanda.

**2.2. Ministerio de la Protección Social.** No contestó la demanda dentro de la oportunidad legal.

**2.3. Instituto de Seguros Sociales.** No presentó defensa.

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 10 de Noviembre de 2011, resolvió negar las pretensiones de la demanda, porque no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos demandados.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Consideró el juez de primera instancia, que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato de Trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de Octubre de 2004, fecha que terminó la vigencia de la misma, y la actora pretende las mejoras salariales a partir del 1º de Noviembre de 2004 conforme con la copia de dicha convención obrante en el expediente.

Lo anterior, considerando 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

y otros.

diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable.

#### 4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación<sup>2</sup> contra la sentencia de fecha 10 de Noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso lo siguientes argumentos:

Consideró la recurrente que conforme a la Sentencia de Tutela 1166 de 2008 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, ella como beneficiaria de la Convención Colectiva de 2001 a 2004 tiene derechos adquiridos derivados de la misma los cuales conforme al Artículo 58 de la Constitución Política son intangibles, por tanto se debe concluir que la demandante tenía derecho adquirido en materia salarial, prestacional, e indemnizatoria el cual no se puede desconocer y en consecuencia debe ordenarse el pago de las diferencias salariales, prestacionales e indemnizatorias dejadas de pagar a la señora ELSA DEL SOCORRO LÓPEZ VALENCIA, durante todo el tiempo que laboró para la E.S.E. José Prudencio Padilla, es decir, desde el 26 de Julio de 2003, hasta el 04 de Septiembre de 2.006.

Por ello, manifestó que en los argumentos utilizados por el *a quo* le dio un alcance inadecuado a las sentencias C-314 y C-349 y se olvidó que la misma Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 1166 de 2008 condicionó la exequibilidad del Artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia 314 de 2004 y al hacerlo y al declarar vigente la convención colectiva 2001-2004 esta ordenando expresamente a las E.S.E. creadas por el Gobierno Nacional luego de la escisión del 26 de Junio de 2006 respeten los derechos adquiridos por los trabajadores oficiales de las ahora extintas clínicas del Instituto de Seguros Sociales.

Con relación a la existencia en la responsabilidad solidaria, la recurrente reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el concepto de la violación.

---

<sup>2</sup> Folio 681 - 688.

y otros.

Finalmente, solicitó se revoque la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

## II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 16 de Abril de 2012 se admitió el recurso de apelación<sup>3</sup>.

Por auto de fecha 13 de Diciembre de 2012, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto<sup>4</sup>.

Las partes no alegaron de conclusión, y la Representante del Ministerio Público se abstuvo expresamente de emitir concepto, tal como lo indicó en el Oficio de fecha 06 de Junio de 2013<sup>5</sup>.

Finalmente el expediente ingresa para fallo el día 27 de Noviembre de 2013<sup>6</sup>.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 10 de Noviembre de 2011, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el Artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

### 2. El acto acusado

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 10100 RAD 212294 del 13 de Julio de 2009, expedido por el Coordinador de Grupo de Administración de Entidades Liquidadas del Ministerio de la Protección Social<sup>7</sup>, mediante el cual se negó el reconocimiento de los derechos reclamados en la petición presentada la parte actora, relativos al reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones sociales de carácter

---

<sup>3</sup> Folio 692

<sup>4</sup> Folio 694

<sup>5</sup> Folio 696

<sup>6</sup> Folio 698

<sup>7</sup> Folio 19 - 24

y otros

convencional y la indemnización convencional, que no fueron reconocidos y pagados con ocasión de su desvinculación de la extinta E.S.E. José Prudencio Padilla.

### 3. Problema jurídico

En el presente caso, solicita la parte actora que se declare que la señora Elsa del Socorro López Valencia le era aplicable el régimen convencional durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, hasta el momento de su desvinculación, régimen que fue establecido en la Convención Colectiva suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato de Trabajadores Sintraseguridadsocial, que le venía siendo aplicada al momento de escindir al Instituto de Seguros Sociales mediante el Decreto 1750 de 2003.

La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, argumentando que no se había desvirtuado la presunción de legalidad que rodea los actos acusados, toda vez que los beneficios derivados de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el I.S.S. y el Sindicato de Trabajadores SINTRASEGURIDADSOCIAL debieron extenderse hasta el 31 de Octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma y la actora pretende las mejoras salariales a partir del 1º de Noviembre de 2004...

También señaló 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 del C.S.T, 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.

Pues bien, de acuerdo con los anteriores planteamientos, deberá la Sala determinar si los factores prestacionales y los salarios reclamados por el demandante y que fueron liquidados mediante Resolución THLPSI-EP No. 00845 del 30 de Octubre de 2006, son prestaciones sociales de carácter periódico y por ende, pueden ser demandados en cualquier tiempo o, si por el contrario ha operado la caducidad de la acción, por no haber sido presentada la demanda

y otros

dentro del término de cuatro (4) meses desde la notificación del que acto que liquidó definitivamente las prestaciones.

#### 4. De lo probado dentro del proceso

1. Copia auténtica de la reclamación administrativa de fecha 16 de Junio de 2009<sup>8</sup>
2. Copia auténtica del Oficio 10100 RAD 212294 del 13 de Julio de 2009, expedido por el Coordinador de Grupo de Administración de Entidades Liquidadas del Ministerio de la Protección Social<sup>9</sup>
3. Copia auténtica de la reclamación administrativa al Seguro Social de fecha 16 de Junio de 2009<sup>10</sup>
4. Copia auténtica del Oficio 15000-003488 del 1º de Septiembre de 2009, expedida por el vicepresidente administrativo del Seguro Social<sup>11</sup>
5. Copia de la Resolución THLPSI-EP No. 000845 del 30 de Octubre de 2006<sup>12</sup>
6. Copia de Oficio SADRHLIQ-No.00765 del 29 de Julio de 2006, mediante la cual notifican a la señora ELSA LÓPEZ VALENCIA de la Supresión y Liquidación de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, suscrita por el Liquidador Fiduagraria S.A.<sup>13</sup>
7. Certificación de vinculación laboral expedida por la Jefe de Departamento Social de Recursos Humanos del Seguro Social Seccional Atlántico<sup>14</sup>
8. Certificación laboral expedida por el Subdirector Administrativo y Jefe (E) del Departamento de Recursos Humanos de la Unidad Hospitalaria Clínica Henrique de la Vega Cartagena<sup>15</sup>
9. Copia de Oficio DSRH-492 de fecha 13 de Junio de 2006 expedido por el Gerente (E) del Seguro Social Seccional Bolívar<sup>16</sup>
10. Copia de respuesta de Derecho de Petición en Interés Particular RAD 6820-06 de fecha 12 de Mayo de 2006 expedida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la E.S.E José Prudencio Padilla<sup>17</sup>
11. Copia de Acta de Posesión No.01468 de fecha 15 Octubre de 1991 del Instituto de Seguros Sociales Seccional Bolívar<sup>18</sup> y Acta de posesión No.0101 de fecha 20 de Abril de 1992<sup>19</sup>

---

<sup>8</sup> Folio 12 -17

<sup>9</sup> Folio 19 - 25

<sup>10</sup> Folio 26 -32

<sup>11</sup> Folio 33

<sup>12</sup> Folio 34 - 39

<sup>13</sup> Folio 40

<sup>14</sup> Folio 41

<sup>15</sup> Folio 42

<sup>16</sup> Folio 43 - 44

<sup>17</sup> Folio 45 - 48

<sup>18</sup> Folio 49

y otros.

12. Copia de Solicitud de Conciliación Prejudicial de fecha 30 de Septiembre de 2009<sup>20</sup>
13. Constancia de Conciliación Prejudicial No.00160 de fecha 7 de Diciembre de 2009<sup>21</sup>
14. Copia simple de la Circular No.693 del Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales<sup>22</sup>

## 5. La caducidad

La caducidad es el fenómeno procesal en virtud del cual, por el sólo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de la acción judicial, se pierde la posibilidad de demandar el acto administrativo en la vía jurisdiccional. Así, la caducidad, como presupuesto para interponer la acción, obedece a la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas y, en ese sentido, ésta juega un papel trascendente en la medida que tiene como finalidad cerrar toda posibilidad al respectivo debate jurisdiccional.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, prescribe lo siguiente:

*“Artículo 136.- Caducidad de las acciones. Modificado. Decr. 2304 de 1989, art. 23. modificado Ley 446 de 1998, art. 44.*

*(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.*

De la anterior normatividad, se desprende que el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de cuatro (4) meses, salvo cuando se trate de prestaciones periódicas, las cuales podrán ser demandadas en cualquier tiempo.

---

<sup>19</sup> Folio 50

<sup>20</sup> Folio 51 - 60

<sup>21</sup> Folio 62

<sup>22</sup> Folios 63 - 135

y otros.

Advierte la Sala, que en fecha 16 Junio de 2009, la parte actora presentó reclamación administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales<sup>23</sup>, Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>24</sup>, en su orden, solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones convencionales a que supuestamente tendría derecho por su vinculación a la E.S.E. José Prudencio Padilla hasta la fecha de su desvinculación.

El Ministerio de la Protección Social, a través del acto acusado, negó lo pretendido por el accionante, y lo propio hizo el Instituto de los Seguros Sociales a través de Oficio 15000-003488 del 1º de Septiembre de 2009<sup>25</sup>.

No obstante que la parte demandante, en ejercicio del derecho fundamental de petición, provocó los anteriores actos administrativos, emanados del Ministerio de la Protección Social y del I.S.S., advierte la Sala que mediante Resolución THLPSI-EP 000845 de 30 de Octubre de 2006, la E.S.E. José Prudencio Padilla reconoció y ordenó el pago de algunas prestaciones sociales y otras acreencias laborales, e indemnización por desvinculación del cargo de la demandante<sup>26</sup>; por lo que fuerza concluir a la Sala, que este acto administrativo, de carácter definitivo, fue el que definió la situación jurídica de la actora y que presuntamente lesionó sus derechos convencionales ahora reclamados.

Pues bien, en la resolución antes descrita se liquidaron factores al demandante, tales como: a) Prima de Servicios, b) Indemnización de Vacaciones, c) Prima de Vacaciones, y d) Prima de Navidad; las cuales es preciso estudiar, a fin de determinar qué tipo de prestaciones sociales constituyen cada una de ellas, y con ello establecer si las mismas se encuentran caducadas o no.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Dr. WILLIAM GIRALDO GIRALDO, mediante providencia de fecha 26 de Octubre de 2009, Radicación No. (16761), manifestó el concepto de prestaciones sociales en los siguientes términos:

*“Las prestaciones sociales son el mecanismo de seguridad social establecido por el legislador para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador y como ha considerado la Corte Suprema de Justicia, “cualquier otro régimen, legal o convencional, orientado*

---

<sup>23</sup> Folio 26 - 32

<sup>24</sup> Folio 12 - 18

<sup>25</sup> Folio 33

<sup>26</sup> Folio 34 - 40

y otros.

*a amparar estas contingencias, constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad o invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las “prestaciones sociales”, porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales.”*

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior, no toda prestación social es una prestación periódica, éstas últimas son las que percibe el trabajador habitualmente, y por tanto pueden ser demandadas en cualquier tiempo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 136 numeral 2º del Código Contencioso Administrativo.

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>27</sup>, ha dicho lo siguiente:

*“El numeral 2º del artículo 136 del C.C.A., prevé que los actos que reconocen prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados.*

*La posibilidad de demandar en cualquier tiempo, apunta a los actos que tienen el carácter de “prestación periódica”, es decir, aquellos actos que reconocen emolumentos que habitualmente percibe el beneficiario.*

*En ese sentido, los actos que reconocen prestaciones periódicas, comprende no sólo decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino que también envuelve los actos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.” (Subrayas fuera de texto)*

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la periodicidad de las prestaciones radica en la manera en que las mismas son sufragadas y devengadas en el tiempo, es decir, apunta a la vigencia en que las prestaciones sociales son causadas.

Así las cosas, considera la Sala que de las prestaciones laborales reconocidas mediante Resolución THLPSI – EP No. 000845 del 30 de Octubre de 2006 que

<sup>27</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, en sentencia de fecha 8 de Mayo de 2008, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren, Rad. 0932-07

y otros.

fueron citadas precedentemente, ninguna de ellas encierra el carácter de prestación social periódica, toda vez que las mismas se causaron en el pasado y en la actualidad, la demandante no se encuentra gozando de esos derechos, más aún si se tiene en cuenta que también se pretende el reconocimiento de la indemnización por el retiro del cargo y los salarios. Si bien es cierto son prestaciones sociales, también lo es que **NO** son prestaciones periódicas como lo pretende hacer ver la accionante en la parte petitoria.

Atendiendo lo anteriormente expuesto, al no tenerse las prestaciones laborales solicitadas en esta demanda como prestaciones periódicas, el demandante debió interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro (04) meses a los cuales hace referencia el Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

En el presente caso, como se dijo, la petición de nulidad se dirigió únicamente contra el Oficio 10100 RAD 212294 del 113 (Sic) de Julio de 2009, que negó la solicitud elevada por la parte actora respecto al reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones sociales de carácter convencional y la indemnización convencional solicitados. La provocación de este acto es indiferente para efectos del cómputo del término de caducidad, en vista de que existía previamente un acto definitivo, notificado en debida forma al demandante, el cual debió demandarse dentro de los 4 meses siguientes a su notificación.

Así las cosas, tenemos que las prestaciones reclamadas por la demandante y las cuales, no tienen el carácter de prestaciones periódicas, fueron reconocidas por la E.S.E. José Prudencio Padilla en Liquidación mediante Resolución THLPSI – EP No. 000845 del 30 de Octubre de 2006, acto administrativo que como bien se señaló anteriormente, definió la situación del actor y culminó la actuación administrativa, esto es, la liquidación final por desvinculación definitiva. Por consiguiente, era frente a éste acto administrativo que la parte interesada debía interponer el recurso facultativo de reposición o en su defecto demandarlo directamente ante ésta jurisdicción, y no respecto de la respuesta dada a los derechos de petición formulados con posterioridad a su desvinculación, los cuales no tuvieron fines de agotamiento de vía gubernativa sino que, a través de ellos, se

y otros.

pretendió revivir los términos de la caducidad, lo cual no es posible conforme a lo dispuesto en el Artículo 72 del Código Contencioso Administrativo<sup>28</sup>.

De tal suerte, que el conteo de la caducidad de la acción debe hacerse teniendo en cuenta la notificación de la resolución mencionada, esto es, la THLPSI – EP No. 000845 del 30 de Octubre de 2006, mediante la cual se liquidaron definitivamente las prestaciones laborales del demandante.

Al respecto y para un caso similar, el Consejo de Estado al resolver una acción de tutela contra providencia judicial, en la que se rechazó una demanda de nulidad y restablecimiento, donde se reclamaba el reconocimiento de prestaciones sociales y en la cual se declaró la caducidad de la acción, expresó:

*“En el caso fuente de reclamo constitucional, lo primero que debe resaltarse es que la Sala considera irrefutable, razonable y argumentada la tesis expuesta por el Tribunal accionado relacionada con el hecho de que los conceptos que se reclaman dentro del proceso contencioso administrativo en que se profirieron los Autos aquí cuestionados no pueden considerarse como no sometidos al fenómeno extintivo de la acción, pues, tal como él lo afirmó, lo que se reclama es la reliquidación de una suma fija que se generó como consecuencia del retiro del servicio por lo que, en consecuencia, no se trata de conceptos periódicos.*

*Por la misma razón, entonces, debe desestimarse el cargo de violación al derecho a la igualdad, pues la accionante lo sustenta en el hecho de que en otras providencias se ha considerado bajo similares circunstancias que la acción no caduca por referirse a prestaciones que gozan de periodicidad, pues, se reitera, dio argumento no tiene -bajo las estrictas condiciones señaladas en este caso- dicha condición. Así, en principio y mientras está vigente la relación laboral es claro que los salarios y prestaciones sociales se devengan con periodicidad, pero el concepto de periodicidad no irradia dicho pago cuando la vinculación cesa y, por tanto, lo que se genera es un pago definitivo, tal como -se reitera- consideraron las autoridades accionadas.*

<sup>28</sup> “ARTÍCULO 72. Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo.”

y otros

- Bajo las anteriores circunstancias, pues, es claro que en el presente asunto, -como lo hicieron las autoridades demandadas-, debía enmarcarse el litigio en la regla de caducidad general contenida en el numeral 2º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (...)<sup>29</sup>

En este orden de ideas, la Resolución THLPSI-EP 000845 de 30 de Octubre de 2006, fue notificada la señora Elsa del Socorro López Valencia el día **2 de Noviembre** de 2006, por lo que los cuatro (04) meses de que trata la ley vencían **el día 3 de Marzo de 2007**.

Así las cosas, revisada la demanda de la referencia observa la Sala que la misma fue presentada **el día 26 de Febrero de 2010**, hecho que se desprende del recibido de la Dirección de la Oficina Judicial<sup>30</sup>. Lo anterior indica, que la presente demanda fue presentada por fuera del término establecido por la ley para el efecto, por lo que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad.

Es importante aclarar, que cuando se trate de actos que reconocen prestaciones periódicas no existe término de caducidad tal como lo establece el Artículo 136-2 Código Contencioso Administrativo<sup>31</sup>; no obstante, la Resolución THLPSI-EP 000845 de 30 de Octubre de 2006 expedida por el Liquidador de la E.S.E. José Prudencio Padilla, sólo reconoció determinadas acreencias laborales al demandante, entre ellas algunas prestaciones sociales, ninguna de las cuales es de carácter periódico o de tracto sucesivo, como antes se anotó.

Por último, en cuanto a la condena en costas, se tiene, que conforme al Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo "...el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil". En el sub-lite no se evidencia en la actitud de la parte demandada temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 12 de abril de 2012, Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01295-01(AC), CP: Víctor Hernando Alvarado Ardila

<sup>30</sup> Folio 1

<sup>31</sup> "Artículo 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. (...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe."

y otros.

Por lo anteriormente expuesto, esta Corporación procederá a confirmar la sentencia de primera instancia de fecha 10 de Noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, pero declarando de oficio la excepción de caducidad de la acción, por las razones antes citadas, debido a que las demás consideraciones expuestas por el juez a-quo están de más, teniendo en cuenta que la excepción de caducidad una vez probada impone al juez la obligación de proferir decisión de fondo consistente en la negación de las pretensiones de la demanda, sin consideración a las demás anotaciones.

#### IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2011, en el sentido de declarar probada de oficio la caducidad de la acción incoada.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

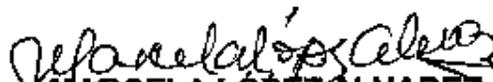
**TERCERO:** Sin condena en costa.

**CUARTO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

#### LOS MAGISTRADOS

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SECRETARIA GENERAL  
EDICTO N° 0122  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-23-31-000-2012-00236-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIECISIETE (17) DE ENERO DE 2014</b>

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-  
Cartagena, VEINTINUEVE (29) DE 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, TREINTA Y UNO(31) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 002  
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de enero de dos mil catorce (2014)

**Magistrado Ponente** : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ  
**Acción** : REPARACIÓN DIRECTA  
**Radicación** : 13001-23-31-000-2012-00236-00  
**Demandante** : SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA  
**Demandado** : NACIÓN - MINISTERIO DEL INTERIOR Y  
DE JUSTICIA - AGENCIA PRESIDENCIAL PARA  
LA ACCIÓN SOCIAL Y COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL  
**Tema** : Falla en el servicio - Entrega de Ayudas  
Humanitaria - Desplazamiento Forzado.

I. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA

1. LAS PRETENSIONES.

**Textualmente:**

*"PRIMERA. La demandada, LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, ACCIÓN SOCIAL O UOA UNIDAD TERRITORIAL DE BOLÍVAR Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL son responsable administrativamente y extracontractualmente por daños antijurídicos causados perjuicios materiales y morales a la demandante a la señora SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA y, a sus menores hijos naturales, por falla o falta del servicio o de la administración que condujo al DESPLAZAMIENTO al demandante donde perdió todos sus bienes (sic) materiales.*

*"SEGUNDA. QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a LA NACIÓN COLOMBIANA, MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA, ACCIÓN SOCIAL Y/O UOA UNIDAD TERRITORIAL DE BOLÍVAR Y AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL, como reparación del daño ocasionado con la pérdida de Todos sus bienes, a pagar a los actores, 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 TRECIENTOS OCHENTE Y NUEVE MILLONES TRESCIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$389.355.481.00) M-cte, conforme a lo probado y los valores que vienen relacionados en los hechos dentro del proceso, la suma anterior la demanda se obligó a pagar y restituir los daños a ml mandante conforme a la Ley 387/1997 y demás*

decretos reglamentarios, haciéndose acreedor de las siguientes ayudas humanitarias, así:

A.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar a pagar al demandante por concepto de la pérdida de sus bienes materiales. Un Negocio de Aguacate, Maíz, yuca, y ñame, Animales como Gallinas, cerdos, toros, cameros, pavo, patos y vacas, le Destruyeron una vivienda y todos los enseres, para un promedio en pérdida de (\$284.220.000.00).

B.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de asistencia alimentaria y elementos de aseo personal la suma de veinticinco millones seiscientos seis mil ochenta pesos (\$25.606.080.00) M-CTE, equivalente a los daños materiales.

C.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de utensilios de cocina y elementos de alojamiento la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$257.500.00) M-cte, equivalente a los daños Materiales.

D.- QUE SE CONDENE a la reparación de los daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de transporte la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS PESOS (\$257.500.00) M-CTE, equivalente a los daños materiales.

E.- QUE SE CONDENE a la reparación de daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de la estabilización socioeconómica o proyecto productivo la suma CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS MILLONES UN PESOS (\$48.993.801.00) M-CTE, equivalente a los daños Morales.

F.- QUE SE CONDENE a la reparación de daños causados, en consecuencia, a la demandada a pagar al demandante por concepto de subsidio de vivienda, la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00)M-cte, equivalente a los daños de Indemnización futura.

#### ESTIMACIÓN RAZONADA PERJUICIOS

DAÑOS MATERIALES ....perdida de bienes....	\$284.000.000.00
Arriendos dejados de percibir.....	\$25.606.080.00
Utensilios	\$267.800.00
"	\$267.800.00

Representado en los arriendos y Utensilios dejados de percibir y los mismos debía recibir mes a mes una vez apareciera inscrito en la base de datos de la demandada, lo anterior a raíz de la pérdida de sus bienes materiales que perdió al momento del desplazamiento.

DAÑOS MORALES:..... \$48.993.801.00) M-CTE,  
Representada en la estabilidad socio económica (Microempresa o estabilidad Laboral)  
Indemnización futura:.....\$30.000.000.00 representada en subsidio de vivienda.

#### RESUMEN DE LOS PERJUICIOS:

DAÑOS MATERIALES.....\$284.220.000.00

\$25.606.080.00  
\$267.800.00  
\$267.800.00  
DAÑOS MORALES :..... \$40.993.801.00 M-CTE  
Indemnización futura:.....\$30.000.000.00.

*Total perjuicios causados:*

*Como mínimo, por el desplazamiento la suma de TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL PESOS (sic) (\$389.355.481.00) M-cte. Los cuales fueron objeto de audiencia de conciliación en la cual no existió ánimo conciliatorio.*

*“TERCERO: 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 de la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.*

*“CUARTO: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

*“QUINTO: Que las entidades demandadas debe pagar a mi poderdante los intereses moratorios a la tasa más alta permitida por la ley, por no haberse cancelado las ayudas humanitarias que vienen pretendida en esta demanda dentro del término que estipula ley. La presente condena debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago.*

*“SEXTO: Que las entidades demandadas debe pagar las costas Del presente proceso.*

*“SÉPTIMO: Si no se efectúa el pago en forma oportuna, que por secretaria se liquiden los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del C. C. A.*

*“OCTAVO: El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C. C. A.”*

## **2. HECHOS**

Los fundamentos fácticos de las anteriores peticiones, se consignan a folios 2 a 8 del expediente, los cuales la Sala se permite resumir de la siguiente manera:

Cuanta el libelo introductor que el accionante es oriundo de un corregimiento perteneciente al Municipio del Carmen de Bolívar; y que por razones de violencia fue forzado a desplazarse junto con su núcleo familiar a esta ciudad, siendo inscrito en el “Sistema Único de Registro – SUR”, para obtener la ayuda humanitaria prevista en la Ley 387 de 1997, la cual sin embargo no le ha sido otorgada, por lo que se han vulnerado sus derechos adquiridos por ley.

Sostiene el libelista que con ocasión del desplazamiento el actor tiene derecho a recibir ayuda humanitaria y una indemnización correspondiente a perjuicios materiales, representado en el daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, por un valor de

TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$389.355.481.00) M-te.

Así mismo señala que el daño sufrido al accionante fue causado por una falla de la administración, ligada también a la fuerza brutal de los grupos al margen de la Ley, por falta de presencia en la zona del Estado, vulnerándose así los derechos de la actora, al no protegerlo en su vida y bienes.

## **B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

### **1. NACIÓN – MINISTERIO DE INTERIOR Y JUSTICIA.**

Contestó la demanda como consta a folio 61 a 63 del expediente oponiéndose a cada una de las pretensiones y propuso la excepción de falta de legitimación material en la causa por pasiva con fundamento en lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta que el Ministerio del Interior, no tiene asignada dentro de sus competencias legales ninguna atribución relacionada con las que tiene la Unidad de Atención y Reparación Integral a las víctimas, de conformidad con el artículo 149 del CCA, en sana lógica jurídica se impone la absolución del Ministerio del Interior por cuanto no fue la autoridad que intervino material y sustancialmente en los hechos que, eventualmente, pudieron haber causado daños y perjuicios a los demandantes.”*

### **2. AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.**

No contestó.

## **C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

### **1. DEMANDANTE**

No alegó.

### **2. PARTE ACCIONADA.**

#### **2.1. NACIÓN – MINISTERIO DE INTERIOR Y JUSTICIA.**

No alegó.

## **2.2. AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.**

No alegó.

## **2.3. MINISTERIO PÚBLICO.**

No rindió concepto.

### **II. TRAMITE**

1. Por auto de fecha 8 de mayo de 2012 se admitió la demanda y se notificó a las partes como consta al reverso del folio 36 y folios 51 y 52.
2. Por auto de fecha 29 de abril de 2013 se prescindió del periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión folio 64.
3. El 25 de noviembre de 2013 ingreso al Despacho para dictar sentencia (folio 65).

### **III. CONSIDERACIONES**

Surtidas a cabalidad las etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala a proferir decisión de fondo, no sin antes precisar las siguientes cuestiones previas:

#### **1. COMPETENCIA.**

Esta Acción de Reparación Directa es de competencia de los Tribunales administrativos en primera instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo, como ocurre en el presente caso, donde la pretensión mayor de la parte actora supera los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

#### **2. CUESTIÓN PREVIA**

La entidad demandada, MINISTERIO DE INTERIOR Y DE JUSTICIA, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva la cual será estudiada en forma conjunta con el análisis de fondo en el presente asunto, por referirse al objeto de la Litis.

### 3. LA CADUCIDAD

Advierte la Sala que dos son los hechos dañosos invocados por la parte demandante, por un lado, lo que tiene que ver con el desplazamiento forzado del que fue víctima en el año 2007, que determinó para ella la pérdida de sus bienes materiales y; un segundo hecho, que se concreta en la omisión de las autoridades demandadas en la entrega de las ayudas humanitarias previstas en la Ley 387 de 1997.

En ese orden de ideas, debe la Sala definir si el fenómeno jurídico de la caducidad se ha configurado, o no, en este caso, en relación con los dos hechos dañosos que se han referenciado.

#### **3.1. De la caducidad de la acción por el desplazamiento forzado.**

Al respecto, ha de tenerse en cuenta la orden que viene impartida por la Corte Constitucional a través de la sentencia de unificación SU-254 de abril 24 de 2013, en cuanto dispone en su parte resolutive:

*“VIGÉSIMO CUARTO.- DETERMINAR que para efectos de la caducidad de futuros procesos judiciales ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los términos para la población desplazada sólo podrán computarse a partir de la ejecutoria del presente fallo y no se han de tener en cuenta trascurros de tiempo anteriores, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, en atención a sus circunstancias de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta.”*

Pues bien, para lograr la comprensión de la orden impartida por la corte Constitucional, es necesario acudir a la sentencia T-299/09, a la que se refiere dicha Corporación mediante sentencia de unificación que se cita, en torno al derecho de la población desplazada a ser beneficiaria de una reparación integral, donde se lee:

***“3.5. Los derechos de los desplazados y el derecho a la verdad la justicia y la reparación.***

***3.5.1. La persona que ha sido desplazada de su territorio a causa de la violencia tiene, conforme lo señaló la Corte en la Sentencia la Corte en la Sentencia T-025 de 2004<sup>[113]</sup>; i) derecho a ser incluido en el Registro Único de Población Desplazada bien individualmente o con su núcleo familiar, ii) derecho a que se reconozca su condición de sujeto de especial protección,***

iii) derecho a recibir ayuda humanitaria que comprende, como mínimo, a) alimentos esenciales y agua potable, b) alojamiento y vivienda básicos, c) vestido adecuado, y d) servicios médicos y sanitarios esenciales, iv) derecho a que se les proporcione una certificación o documento que los acredite como inscritos en una entidad promotora de salud, a fin de garantizar su acceso efectivo a los servicios de atención en salud, v) derecho al retorno a su lugar de origen en condiciones de seguridad, sin que se les pueda obligar a regresar o a reubicarse en alguna parte específica del territorio nacional, vi) derecho a que se establezcan, con su participación, las circunstancias de su situación personal y familiar para determinar, cómo pueden trabajar con miras a generar ingresos que le permita vivir en forma digna y autónoma, vii) derecho de los menores de 15 años, a acceder a un cupo en un establecimiento educativo, y, viii) derecho a la verdad la justicia y la reparación como víctimas de un delito.

**3.5.2.** *El derecho a la verdad exige que dentro del proceso penal se establezcan claramente las circunstancias del desplazamiento y de los otros delitos de que hubiese sido víctima el desplazado, autores y partícipes, al igual que la posibilidad de que la víctima participe dentro del proceso. El derecho a la justicia incluye la posibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo y la eficiente actividad estatal para evitar que los hechos queden en la impunidad. El derecho a la reparación conlleva, una actuación diligente del Estado en la efectiva recuperación de los bienes que se vieron compelidos a abandonar con motivo del desplazamiento, o su equivalente.*

**3.5.3.** *Los demandantes tendrían por tanto el derecho a que se establezcan las condiciones que generaron su desplazamiento y los autores y de haber sido víctimas no solo de ese delito sino de otros, y en esos casos también tendrían derecho a que se revele la verdad, se castiguen los autores, y a obtener una reparación judicial o administrativa.”*

De acuerdo con lo anterior, aún cuando se dirá que la caducidad de la acción en este caso no será tenida en cuenta como presupuesto procesal, estima la Sala Especial de Descongestión que es necesario precisar que tal determinación se acoge, no solo por tratarse de una determinación adoptada por la Corte Constitucional con miras a efectivizar la protección reforzada de la que ya se ha revestido a la población desplazada, sino también porque ello responde a los criterios de integralidad normativa

contenidos en los arts. 93 y 94 de la Carta Superior<sup>1</sup>, que remiten a los tratados y convenios internacionales que conforman el llamado Bloque de Constitucionalidad, así como a los estándares mínimos de derecho internacional en materia de reparación a víctimas y la protección especial que también cabe respecto de los derechos y garantías que, aún cuando no se encuentren enlistados en la Carta superior o en los convenios internacionales, son inherentes a la persona humana.

### **3.2. De la caducidad de la acción por la no entrega de ayudas humanitarias.**

Sea lo primero decir que, como se vio en el acápite anterior, la regla de caducidad de la acción, en materia de reparación directa, no se agota en su contenido literal, sino que queda abierta para su integración normativa de acuerdo con las reglas de los artículos 93 y 94 Superior, cuando se tienen en cuenta los especiales eventos y las precisas circunstancias en que ocurrieron los hechos determinantes del daño.

En punto a la caducidad de la acción, *por la no entrega de las ayudas humanitarias en forma oportuna a la población desplazada*, esta Sala analizará la ocurrencia de dicho fenómeno no desde el punto de vista de la omisión en la que incurrió el Estado, porque en ese evento la caducidad de la acción se iniciaría a partir del momento en que la entidad demandada incurrió en omisión, entendida dicha omisión como conducta única e instantánea; sino que se dirá que dicho fenómeno encuentra como extremo temporal inicial el momento a partir del cual se inició la distribución de las mencionadas ayudas, analizado ello desde la óptica del retardo o inactividad del Estado en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

En efecto, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha construido una línea jurisprudencial en torno a la omisión en la actividad estatal como hecho configurativo del daño que da lugar a reclamar la responsabilidad del Estado a la luz de las previsiones contenidas en el Art. 90 de la Carta Superior, de manera que el cómputo del término de caducidad de la acción según las reglas del numeral 8º del Art. 136 del C.C.A., debe iniciar a partir del día siguiente a aquel en que *ha tenido lugar dicha*

<sup>1</sup> **ARTICULO 93.** Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno  
Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él

**ARTICULO 94.** La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos

omisión, y fenece de manera perentoria en el último día de los dos (2) años siguientes atendiendo el carácter objetivo e improrrogable del término de caducidad de la acción.<sup>2</sup>

No obstante, dicha posición se ha ido moderando para reconocer la existencia de circunstancias que siendo dañosas, no pueden ser confundidas con el daño antijurídico propiamente dicho, como resultan serlo las consecuencias del daño cuando estas se prolongan o se extienden en el tiempo; porque en tales casos, ha dicho el Consejo de Estado<sup>3</sup>, la caducidad corre de manera autónoma e independiente a partir de la ocurrencia del daño, y no de la extensión en el tiempo de sus efectos nocivos.

Conforme con las anteriores posturas, forzoso resultaría concluir que en el caso que ahora se estudia, se ha configurado el fenómeno de la caducidad de la acción, como quiera que en este caso se alega que el Estado incurrió en omisión frente a la demandante, cuando no le hizo entrega de las ayudas humanitarias en el momento en que anunció haber sido desplazada de manera forzada de su lugar de habitación.

Sin embargo, en este caso encuentra la Sala que no se trata de una *omisión del Estado* sino de una prolongada *inactividad estatal*, un *retardo institucional* frente a las necesidades de la población desplazada al interior del territorio colombiano, lo que fue resaltado por la Corte Constitucional al declarar el *estado de cosas inconstitucional* a través de la sentencia T-025/04<sup>4</sup>; inactividad o retardo que eventualmente se configura como causante del daño antijurídico del que derivaría la responsabilidad estatal y cuya cesación determina el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción, pues es en ese momento cuando cesa la causación del daño.

Atendiendo tales parámetros, debe entonces afirmarse que el daño que se le endilga a la Administración cesa en su causación, precisamente cuando el Estado entra en acción para dar cumplimiento a la obligación que le viene impuesta por mandato legal, y es a partir de ese momento cuando inicia el cómputo del término de caducidad de la acción.

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA- Consejero ponente. ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número 23001-23-31-000-2000-08951-01(19099)

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA - Consejero ponente HERNAN ANDRADE RINCÓN Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número 19001-23-31-000-1998-00451-01(20109)

<sup>4</sup> ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Elementos/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN LA POBLACION DESPLAZADA-Declaración formal

Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela, confirman ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los

medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas

#### 4. PROBLEMA JURÍDICO

Deberá la Sala determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL (Hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL) son responsables a título de falla del servicio por los perjuicios materiales y morales causados al demandante por la falla del servicio o de la administración que condujo al desplazamiento forzado de la parte actora, hecho en el que perdió todos sus bienes materiales; así como la falla del servicio o de la administración en la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, ordenadas por la ley con destino a la población desplazada.

Como problemas jurídicos asociados habrá de estudiarse: i) si como requisito de prosperidad de las pretensiones referidas al daño causado por el desplazamiento forzado, se debe establecer cuál fue el hecho violento que lo determinó, para a partir de allí establecer la responsabilidad estatal; ii) cómo se demuestra la condición de persona desplazada; iii) qué perjuicios deben repararse por el Estado por la ocurrencia del desplazamiento forzoso; iv) qué perjuicios deben repararse con ocasión de la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.

#### 5. TESIS DE LA SALA

Debe decirse, que esta Corporación mediante providencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013<sup>5</sup>, expuso su criterio en relación con este tema, tomando como punto de partida la sentencia SU-254/13 proferida por la Corte Constitucional, reforzada con los lineamientos jurisprudenciales que vienen dados por el Consejo de Estado en materia de reparación del daño antijurídico causado a la población desplazada; y arribó a las siguientes conclusiones:

- 1. La inscripción en el Registro Único de Población Desplazada es prueba de la condición de persona desplazada, a menos que se demuestre en juicio lo contrario.*
- 2. La responsabilidad del Estado ante el daño causado por el desplazamiento forzado, debe analizarse frente al hecho particular de violencia que lo determinó.*

---

<sup>5</sup> Tribunal Administrativo de Bolívar, sentencia de Sala Plena de fecha 10 de diciembre de 2013 Exp. 13001-33-31-504-2010-00287-00. Ponencia de la Dra Ligia del Carmen Ramírez Castaño

3. *El daño moral se presume en los eventos en que ha tenido ocurrencia el desplazamiento forzoso.*
4. *El daño material reclamado por la ocurrencia del desplazamiento forzado, debe ser plenamente demostrado por el demandante en el marco del proceso judicial en el que se debate la responsabilidad estatal.*
5. *La inactividad o retardo del Estado en la entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, se configura como un daño antijurídico que agrava las condiciones de vulnerabilidad de ese grupo poblacional, aun cuando dicha obligación no tenga un componente de carga legal, sino que se soporta en el principio de solidaridad.*
6. *La no entrega oportuna de ayudas dirigidas a la estabilización socioeconómica de la población desplazada, no se configura como un daño antijurídico al soportarse en el principio de solidaridad y no ser el Estado el único titular de dicha obligación.*

De acuerdo con los anteriores planteamientos, la Sala los acogerá en su integridad, bajo los argumentos que a continuación se exponen.

## **6. ANÁLISIS DE LA SALA**

### **6.1. La responsabilidad extracontractual del Estado**

La acción promovida por el actor es la de reparación directa, cuya fuente constitucional se encuentra en el artículo 90 Superior<sup>6</sup>, desarrollado legalmente por el Código Contencioso Administrativo y cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos<sup>7</sup>:

**A. El Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.

<sup>6</sup> **ARTICULO 90** El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas

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

<sup>7</sup> Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación

B. **El Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y

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

### **6.2. De la responsabilidad del estado en la ocurrencia del desplazamiento forzado y en la entrega de ayudas humanitarias.**

Como se anotó en la parte precedente de esta providencia, la Sala tomará como referente constitucional y jurisprudencial la Sentencia SU-254/13 de la Corte Constitucional, en la medida en que la misma se ocupa de analizar lo referente al daño causado a la población sometida a desplazamiento forzoso, la categorización de la conducta delictiva que dio ocurrencia al desplazamiento como un delito de lesa humanidad, los alcances de la reparación judicial y la indemnización administrativa a que tiene derecho la población desplazada, teniendo como punto de partida la Ley 398 de 1997 hasta llegar a la Ley 1448 de 2011, valorando en extenso las decisiones que sobre la materia ha adoptado el Consejo de Estado, y fijó, además, los efectos *inter communis* que dicha decisión abarca.

### **6.3. Del desplazamiento forzoso**

Acerca de la configuración y magnitud de este fenómeno social y partiendo de las dimensiones del daño por éste causado, la Corte Constitucional en la sentencia de la cual partimos nuestro estudio, declaró lo siguiente: *(i)...el estado de cosas inconstitucional en relación con la vulneración masiva, continua, sistemática del desplazamiento forzado; (ii) la obligación y responsabilidad del Estado en materia de prevención y de atención integral desde la ayuda humanitaria de emergencia hasta la estabilización socioeconómica y la reparación integral a las víctimas; (ii) ha evidenciado las carencias y falencias por parte de la respuesta estatal e institucional en relación con la prevención y atención integral del desplazamiento y ha adoptado medidas que fijan parámetros constitucionales mínimos para la superación de dichas falencias y del estado de cosas inconstitucional, para el logro del goce efectivo de los derechos de esta población; y (iii) ha insistido en que el proceso de restablecimiento y de reparación*

*integral a las víctimas de desplazamiento forzado es una cuestión de justicia restaurativa y distributiva y no puede tener un carácter asistencialista.*

#### **6.4. Del título de imputación en la responsabilidad del estado**

En cuanto se refiere al título con base en el cual se hace la imputación de responsabilidad extracontractual al Estado, por la ocurrencia del fenómeno del desplazamiento forzado en el territorio nacional, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho en relación a la condición de desplazado la tiene “... *quien se vea obligado a migrar internamente en las circunstancias y por los motivos señalados en la ley, porque, se reitera, ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica*”.<sup>8</sup>

Para esa Corporación, es claro que ser desplazado es una situación fáctica y no una calidad jurídica que se adquiere con la inscripción en una lista oficial o por el hecho de recibir atención humanitaria estatal<sup>9</sup>.

Por lo que ha dicho además, que se justifica el trato preferencial que se debe otorgar a la población desplazada como causa del conflicto interno, lo cual es una situación excepcional que permite al juez interpretando la cláusula social de nuestro Estado Social de Derecho, proteger su situación de indefensión a la que se ve sometido por motivos ajenos a su querer.<sup>10</sup>

Por otro lado, en relación con las víctimas del desplazamiento como víctimas de un delito, la jurisprudencia también ha reconocido que “*Toda víctima del desplazamiento es a su vez sujeto pasivo del delito de desplazamiento y, por lo tanto, tiene derecho a conocer la verdad sobre las causas de lo sucedido; a que se haga justicia, en cuanto reciban castigo los responsables del daño y a obtener la reparación de los daños que les fueron causados.*”<sup>11</sup>

En lo que tiene que ver con la responsabilidad del Estado por acción o por omisión ante hechos de desplazamiento forzado, y su obligación de atender y reparar a las víctimas una vez ocurrido el desplazamiento forzado, se ha considerado que al Estado le compete impedir que el desplazamiento se produzca, en razón a que las autoridades han sido establecidas para respetar y hacer respetar la vida, honra y bienes de los

<sup>8</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3, Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006)

<sup>9</sup> Sentencia SI 00213-01 DE 2006 S3, Enero veintiséis (26) de dos mil seis (2006) Caso del desplazamiento de la Gabarra

<sup>10</sup> Sentencia 279-01 AC de 2001 S3, Sentencia del veintidós (22) de marzo de dos mil uno (2001)

<sup>11</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú. Esto fue reiterado en la Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Fijo Gringo

asociados, pero si éste no es capaz de impedir que sus asociados sean expulsados de sus lugares de origen, tiene al menos que garantizarles la atención necesaria para reconstruir sus vidas.<sup>12</sup> Por consiguiente, omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación.<sup>13</sup>

Ahora, respecto a la acreditación de la responsabilidad del Estado por omisión, el Consejo de Estado ha establecido los siguientes requisitos: “(...) a) *la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; b) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso; c) un daño antijurídico, y d) la relación causal entre la omisión y el daño.*”<sup>14</sup>

En este mismo sentido, reiteró el Consejo de Estado en otra oportunidad, que en relación con la responsabilidad del Estado por omisión, en los eventos en los cuales se le imputa el daño por falta de protección, se requiere previo requerimiento a la autoridad, pero en relación a ese requerimiento no se exige ninguna formalidad, porque todo dependerá de las circunstancias particulares del caso. Es más, ni siquiera se precisa de un requerimiento previo cuando la situación de amenaza es conocida por dicha autoridad.<sup>15</sup>

#### **6.5. De la reparación del daño causado por el desplazamiento forzoso.**

En cuanto a la forma de reparar el daño antijurídico causado a la población desplazada, partiendo de la base de que el Estado ha incurrido en una falla del servicio, que en cada caso debe ser analizada en concreto, en la misma sentencia de unificación que por vía de revisión ha proferido la Corte Constitucional, con soporte en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, sostuvo que *“una es la responsabilidad que le puede tocar al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio.”*<sup>16</sup>

En lo que tiene que ver con los daños materiales y morales que ocasionan el desplazamiento forzado, la Corte también adujo que: *“[n]o es necesario acreditar el*

<sup>12</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 Sección Tercera, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

<sup>13</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

<sup>14</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

<sup>15</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo por el desplazamiento del corregimiento de Filo Gnngo.

<sup>16</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3

*dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica, abandonando todo cuanto poseen, como única alternativa para salvar sus vidas, conservar su integridad física o su libertad, sufriendo todo tipo de carencias y sin la certeza del retorno, pero sí de ver aún más menguada su precaria condición económica, social y cultural. Quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional<sup>17</sup>*

Por su parte, el Consejo de Estado en otra ocasión accedió también al reconocimiento de la indemnización por daño moral, por *"el dolor que sufrieron las víctimas del desplazamiento y por la alteración a sus condiciones existencia, esto es, por la modificación anormal del curso de su existencia que implicó para ellos el desplazamiento forzado, debiendo abandonar su lugar de trabajo, de estudio, su entorno social y cultural."*<sup>18</sup>

Finalmente, en cuanto al tema de la indemnización, el Consejo de Estado consideró que la misma tiene como causa la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada, por la causación de un daño antijurídico que le es imputable de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 de la Constitución Política; y que de la misma, no se descontará el valor de los bienes que hubieren recibido por parte del Estado durante el desplazamiento porque tales bienes le son entregados a las víctimas de los delitos no a título de indemnización sino en desarrollo del principio de solidaridad.<sup>19</sup>

#### **6.6. De la prueba del desplazamiento forzoso**

En lo que se refiere a la prueba de la condición de persona o población sometida a desplazamiento forzoso, la Corte Constitucional en la sentencia que se comenta, precisó:

*"(iii) En relación con la condición de desplazado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha condición se adquiere y se constituye a partir de un presupuesto fáctico, que es el hecho mismo del desplazamiento forzado, hecho que es el requisito constitutivo de esta*

<sup>17</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

<sup>18</sup> Sentencia SI 00004-01 de 2007 S3, Acción de Grupo adelantada por el desplazamiento ocasionado en el corregimiento de Filo Gungo, zona del Catatumbo

<sup>19</sup> Sentencia SI 00213-01 de 2006 S3, Acción de grupo adelantada por el desplazamiento causado por la toma del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú

*condición y en consecuencia, de la calidad de víctima de desplazamiento forzado. Por tanto, la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada -RUPD-, que la actual Ley 1448 de 2011 prevé sea el soporte para el “Registro Único de Víctimas”, de conformidad con el artículo 154 de esa normativa, es un requisito meramente declarativo y no constitutivo de la condición de víctima, en donde, a través de un trámite de carácter administrativo, se declara la condición de desplazado, a efectos de que las víctimas de este delito puedan acceder a los beneficios legales y a los diferentes mecanismos de protección de derechos, con carácter específico, prevalente y diferencial, para dicha población.*

*(...) No obstante, cabe advertir que si por algún hecho sobreviniente se encuentra y establece que uno de los actores no ostenta la calidad de víctima de desplazamiento forzado, éste no será beneficiario de las medidas que se adopten en la presente decisión.”*

De acuerdo con los anteriores argumentos, ha de decirse entonces que hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, bajo el título de imputación de falla en el servicio, por la ocurrencia misma del hecho del desplazamiento forzado en la medida en que ha venido a establecerse que la Administración siempre pudo haber evitado la causación del hecho o, por lo menos, haber minimizado los efectos dañinos del mismo, responsabilidad que deriva del contenido obligacional que la Constitución y la ley imponen al Estado de preservar y proteger la vida, honra y bienes de sus asociados.

#### **6.7. De la responsabilidad del estado en la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada.**

De los apartes ya transcritos de la sentencia SU-254 de 2013, se destaca que la Corte Constitucional no encuentra que el daño causado por la no entrega de ayudas humanitarias se torne antijurídico, en la medida que tal obligación encuentra sustento en el principio de solidaridad de asistencia en casos de emergencia, y no en una disposición que conlleve tal obligación como carga impositiva para la Administración, de manera que no se configura la responsabilidad estatal en la forma como la contempla el Art. 90 Superior.

Sin embargo, como quiera que dicha consideración se expresa en la mencionada sentencia a título de *obiter dicta* y no como *ratio decidendi*, al no responder al problema jurídico que en dicha providencia se desata, la misma se apreciará por esta Sala a título de ilustración; pero, aún así, se abocará al estudio de la configuración del daño y

su eventual imputación de responsabilidad al Estado, tomando como referente la sentencia C-278 de Abril 18 de 2007 a través de la cual esa misma Corporación efectuó el estudio de constitucionalidad de los artículos 15 y 18 de la Ley 387 de 1997.

Como ya se anunció al abordar el estudio de la caducidad de la acción frente a la reclamación de reparación por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, esta Sala de Decisión parte del principio del *retardo estatal*, de la *prolongada inactividad estatal*, y no de la *omisión estatal*, como elemento que configura el hecho dañoso en estos casos, tal como se explica a continuación.

**a) Naturaleza de la obligación de entregar ayudas humanitarias de emergencia.**

A través de la Ley 387 de 1997 se consagró como a cargo del Estado, la obligación de proveer ayudas humanitarias de emergencia a la población que resultara afectada por el desplazamiento forzado, una vez se produjera el mismo; obligación cuyo contenido es definido por el Art. 15<sup>20</sup> de la Ley en cita como garantista, de socorro, de asistencia y protección para atender las necesidades básicas de este grupo poblacional, incluso mientras subsista la condición de emergencia.

Como ya se dijo en aparte anterior, a través de la sentencia T-025 de 2004 fue necesario que la Corte Constitucional declarara el *estado de cosas inconstitucional* de la población desplazada, para conminar al Estado a que diera cumplimiento a las previsiones de la Ley 387 de 1997 incluso las referidas a la entrega de ayudas humanitarias, y fue necesario que se hiciera el seguimiento de las *órdenes de ejecución compleja* impartidas, para lograr que finalmente se implementaran las políticas de atención preferencial a este grupo humano y se apropiaran los recursos dirigidos a cumplir tales políticas.

Ahora bien, al resolver sobre la exequibilidad de este articulado, a través de la sentencia C-278/07, la Corte Constitucional reafirma su extensa línea jurisprudencial de protección a la población desplazada, calificando el desplazamiento forzado como un problema de humanidad, como una verdadera tragedia nacional, un estado de emergencia social y un serio peligro para la estabilidad política del país. Se refiere a la

<sup>20</sup> ARTICULO 15 DE LA ATENCION HUMANITARIA DE EMERGENCIA. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas.

En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales.

El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento. PARAGRAFO «Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible. Apartes tachados INEXEQUIBLES» A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables.

inactividad del Estado como contraria a la racionalidad implícita en el constitucionalismo, al causar una *evidente tensión entre la pretensión de organización política y la prolífica declaración de valores, principios y derechos contenida en el Texto Fundamental y la diaria y trágica constatación de la exclusión de ese acuerdo de millones de colombianos*, contradicción que se hace patente ante la manifiesta situación de vulnerabilidad y debilidad que padecen los desplazados y la negación del Estado a cumplir el deber constitucional de prevenir las violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

A más de lo anterior, aplicando el principio de interpretación por convencionalidad a que se refieren los arts. 93, 94 y 224 de la Carta Superior, la Corte Constitucional reconoce el carácter vinculante a los ***Principios Rectores de los Desplazamientos Internos***, formulados en 1998 por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el desplazamiento interno, a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas y su Comisión de Derechos Humanos, pese a que tales principios no han sido aprobados mediante un tratado internacional, considerando que deben ser apreciados como parámetros en la creación normativa y la interpretación en la regulación del desplazamiento forzado y la atención a las personas desplazadas por parte del Estado.

Para resolver sobre la constitucionalidad del Art. 15 de la Ley 387 de 1997, la Corte Constitucional centra su atención en los Principios Rectores relativos a la asistencia humanitaria; y al hacer el análisis sobre lo que ha sido la respuesta institucional del Estado colombiano, en especial en relación con las ayudas humanitarias, se expresa:

*“Al analizar el **diseño de la atención humanitaria de emergencia**, observó que **“hace énfasis en el factor temporal, resulta demasiado rígido para atender de manera efectiva a la población desplazada”** y anotó que **“el límite temporal de tres meses no responde a la realidad de la continuación de la vulneración de sus derechos, de tal forma que la prolongación en el tiempo de dicha prestación no depende de las condiciones objetivas de la necesidad de la población, sino del simple paso del tiempo”** (no está en negrilla en el texto original).*

*En cuanto al **grado de implementación** de la política de atención a la población desplazada, halló una **“insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones”**, pues varias de las instituciones comprometidas **“no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como***

necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales”, lo cual se evidencia en casi todos los componentes, incluyendo la atención humanitaria de emergencia, que “se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos”.

Por lo que hace al **cumplimiento y continuidad** de la política de atención al desplazamiento forzado, la Corte señaló que aun cuando no se es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas, por no contarse con mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades implicadas, “las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hace de manera discontinua y demorada” y agregó que según esos informes “no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención”, problema que para la Corte está presente en casi todos los componentes de la política, incluida la atención humanitaria de emergencia, que “puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias”.

Por último, la Corte encontró que ciertas herramientas utilizadas para implementar las políticas, han generado efectos negativos en el cumplimiento de los objetivos, como en el caso de la atención humanitaria de emergencia, donde halló que “los requisitos de visita domiciliaria impuestos para la prestación de dicho servicio han contribuido a la demora en su prestación”.

También, encontramos que el Art. 1º de la Ley 387 de 1997<sup>21</sup>, anterior al documento internacional que se ha referenciado, incluye algunos principios en materia de atención

<sup>21</sup> ARTICULO 2o. DE LOS PRINCIPIOS <Artículo CONDICIONALMENTE exigible> La interpretación y aplicación de la presente ley se orienta por los siguientes principios:

1o Los desplazados forzados tienen derecho a solicitar y recibir ayuda internacional y ello genera un derecho correlativo de la comunidad internacional para brindar la ayuda humanitaria

2o El desplazado forzado gozará de los derechos civiles fundamentales reconocidos internacionalmente

3o El desplazado y/o desplazados forzados tienen derecho a no ser discriminados por su condición social de desplazados, motivo de raza, religión, opinión pública, lugar de origen o incapacidad física.

4o La familia del desplazado forzado deberá beneficiarse del derecho fundamental de reunificación familiar

5o El desplazado forzado tiene derecho a acceder a soluciones definitivas a su situación

6o El desplazado forzado tiene derecho al regreso a su lugar de origen

7o Los colombianos tienen derecho a no ser desplazados forzadamente.

a la población desplazada, por lo que vemos entonces, que si bien la obligación de prestar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada se cimienta en un principio de humanidad y solidaridad que compromete a toda la sociedad, también tiene un componente legal y suprallegal que radica en cabeza del Estado la primera obligación de asistencia en la **situación de emergencia** y mientras subsista la misma, como efectivización del deber de satisfacer los derechos mínimos a la subsistencia digna garantizados por los estándares nacionales e internacionales del Derecho Humanitario, como realización y observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho; y, también se consagra para este grupo poblacional la facultad de reclamar la efectividad de la ayuda humanitaria de emergencia, puesto que la norma se refiere a ella como un derecho que le asiste a la población desplazada a recibir y reclamar por ellas.

Ahora bien, el incumplimiento del Estado en su deber de proporcionar ayuda humanitaria de emergencia a la población desplazada, a más de ser un hecho notorio y por tanto no necesario de demostración, se hizo evidente con el pronunciamiento de la sentencia T-025 de 2004 por medio de la cual se declara el estado de cosas inconstitucional para la población desplazada, que, de acuerdo con las subreglas fijadas por la Corte Constitucional, se configuró por: *(i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.*

De acuerdo con lo antes expuesto, para esta Sala de Decisión es incuestionable que la población desplazada fue obligada, por la prolongada inactividad del Estado, a permanecer en condición de emergencia de manera indefinida, a soportar sin justificación alguna la vulneración sistemática de sus derechos fundamentales mínimos

---

80. El desplazado y/o los desplazados forzados tienen el derecho a que su libertad de movimiento no sea sujeta a más restricciones que las previstas en la ley

90. Es deber del Estado propiciar las condiciones que faciliten la convivencia entre los colombianos, la equidad y la justicia social

y relacionados con la subsistencia digna, fue forzada a reclamar sus derechos por vía de acción de tutela, ante la actitud impasible de la Administración que se escudaba en la falta de los recursos económicos necesarios para atender las penurias de este grupo poblacional.

Todo lo anterior se configura, según el criterio de esta Colegiatura, en un daño antijurídico causado por el Estado, que debe ser reparado, como quiera que la población desplazada debió ser atendida en forma prioritaria y/o preferente para obviar su condición de emergencia; de manera que se acredita así la existencia del daño sufrido por la población desplazada y, la antijuridicidad de tal daño determinado por la inactividad estatal al no hacer entrega oportuna de las ayudas humanitarias de emergencia, como lo exige el Art. 90 Superior. Lo anterior, encuentra además respaldo en la sentencia No. 14721 de Junio 4 de 2008 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.<sup>22</sup>

#### ***b) De las ayudas para la estabilidad socioeconómica***

En relación con las ayudas que se deben prestar a través de la implementación de programas de estabilización socioeconómica, consistentes en la provisión de bienes y servicios, soluciones de vivienda (Decreto 951 de 2001), generación de proyectos productivos y capacitación laboral (Decreto 2569 de 2000) y acceso y tenencia de la tierra (Decreto 2007 de 2001), no encuentra esta Sala de Decisión que ante su no entrega se configure daño antijurídico alguno, como quiera que esta obligación, que *prima facie* puede ser enmarcada como uno de los fines esenciales del Estado en cuanto debe promover la prosperidad general de sus asociados, no está radicada únicamente en el Estado sino que, a su atención concurren también organismos humanitarios nacionales e internacionales, a más de la sociedad en general, aún cuando le corresponda al Estado implementar los programas que serán los canales para la adecuada distribución de tales prestaciones asistenciales, sin olvidar que en estos casos debe el Estado contar con la respectiva disponibilidad presupuestal.

#### ***6.8. De los perjuicios materiales***

Ahora bien, respecto de la forma cómo se ha de reparar el daño antijurídico así causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, esta Sala advierte la imposibilidad de derivar un daño material por dicho concepto, como quiera que el concepto mismo de *ayuda humanitaria* reprime la

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA- Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá, cuatro (4) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número 25000-23-26-000-1994-00158-01(14721)

eventualidad de obtener un lucro de tales ayudas, precisamente por su carácter humanitario y su componente de solidaridad, aunque no se desconoce por la Sala que el recibo a tiempo de la ayuda humanitaria de emergencia habría significado para la población desplazada el alivio a necesidades básicas que podían ser traducidas en un componente pecuniario, más no patrimonial, es decir, tales ayudas no pueden ser consideradas – en ningún caso – como factor de acrecentamiento del patrimonio o peculio personal de los individuos que integran el grupo de población desplazadas.

A más de lo anterior, la Corte Constitucional ha dejado en claro que no es posible efectuar el pago retroactivo de las ayudas humanitarias, como quiera que su no pago o entrega oportuna no se torna en un crédito.<sup>23</sup>

Con base en lo anterior se dirá, entonces, que no hay lugar a reconocer perjuicio material alguno por la no entrega oportuna de ayudas humanitarias a la población desplazada, al no tener ellas un componente patrimonial o crediticio.

#### **6.9. De los perjuicios morales**

En este punto, advierte la Sala que el perjuicio moral causado a la población desplazada por la no entrega oportuna de las ayudas humanitarias, encuentra su razón de ser en la forma como el Estado agravó la condición de sufrimiento y aflicción de ese grupo social, circunstancia que para esta Colegiatura no requiere demostración si se toma como referente lo tantas veces dicho por la Corte Constitucional frente a las condiciones de desprotección, vulnerabilidad e indefensión en que se encuentra este grupo poblacional.

En ese orden de ideas, para la tasación del perjuicio moral, en cada caso concreto habrán de tenerse en cuenta factores objetivos que permitan determinar la intensidad del mismo, a efectos de proceder a su reconocimiento acorde con los principios que informan la regla *arbitrio iuris*

#### **6.10. Análisis del caso**

La demanda afirma que la NACION- MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA – y la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL, son responsables administrativa y patrimonialmente por los daños, perjuicios materiales y morales causados a la demandante SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA, en primer lugar

<sup>23</sup> Así lo dejó ratificado en la sentencia T-840 de 2009, citando la sentencia T-600 de 2009

por el desplazamiento al que fue sometida donde perdió todos sus bienes materiales, y en segundo lugar, por la omisión de las demandadas en otorgar las ayudas humanitarias a que estaban obligados a entregar conforme a lo estatuido en la Ley 387 de 1997.

De acuerdo con los parámetros que antes se han expuesto, el estudio de las pretensiones del actor se efectuará en los siguientes términos:

### **Prueba de la condición de persona desplazada.**

Atendiendo las reglas que informan el principio de la carga de la prueba, contenidas en el Art. 177 del C.P.C., al que se llega en virtud del expreso principio de remisión previsto en el Art. 267 del C.C.A., le corresponde en este caso a la demandante acreditar que se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada, actualmente Registro Único de Víctimas, para a partir de dicha probanza permitir el estudio de sus pretensiones.

En este caso, dicha prueba no fue arrimada al plenario y tampoco fue solicitada por la actora como prueba a su favor, lo que sería suficiente para denegar las súplicas de la demanda; no obstante, en la solicitud de conciliación prejudicial incoada ante la Procuraduría Judicial para asuntos Administrativos de este Tribunal la actora afirma que estaba vinculada al Sistema de Registro Único de desplazados desde el año 2007, lo cual se corrobora con el documento obrante a folio 27 contentivo de la copia de la cédula de la señora SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA, con recibido del servicio de usuario de desplazados del 5 de octubre de 2007, además al reverso del mismo folio se observa un grabado mecánico de recibido de la Presidencia de la República, oficina de correspondencia de fecha 26 de noviembre de 2010; dichos documentos no fueron controvertidos por la parte demandante, por lo tanto se les dará pleno valor probatorio, por consiguiente se tiene que en el presente caso la actora se encuentra inscrita en el Registro Único de la Población de Desplazada desde el año 2007.

### **A. De la caducidad de la acción por los daños ocasionados al actor por el desplazamiento forzado.**

Atendiendo lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia SU-254 de 2013, no hay lugar a efectuar el estudio de la caducidad de la acción por la ocurrencia de este hecho.

### **B. Del daño causado por el hecho mismo del desplazamiento forzado.**

Se afirma en la demanda que la señora SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA fue desplazada de su domicilio de origen, ubicado en el corregimiento del Municipio del Carmen de Bolívar, pero nada informa acerca del hecho de violencia que determinó su movilización forzosa, razón por la cual no es posible endilgar responsabilidad alguna a las demandadas por esta circunstancia, lo que determina que se denieguen las pretensiones que se han formulado en la demanda derivadas del hecho mismo del desplazamiento forzoso, lo que se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

### **C. De la caducidad de la acción por los daños ocasionados por la no entrega de las ayudas humanitarias.**

En el caso concreto, se tiene probado que la actora se encuentra inscrita en el Registro Único de Población Desplazada desde el año 2007, sin que le hayan entregado desde ese año las ayudas a las que tiene derecho, tal y como lo manifestó la actora en los hechos de la demanda, lo cual se constituye en una afirmación indefinida, correspondiéndole a la entidad demandada probar lo contrario, y como quiera que la entidad obligada a reconocer y pagar las ayudas humanitarias, esto es, la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL no controvertió lo alegado por la demandante en la medida que no contestó la demanda, se tendrá por probada su omisión en el pago de dichas ayudas.

Ahora bien, como quiera que la omisión en el pago de las ayudas humanitarias conlleva al pago de perjuicios morales, y estos a su vez se presumen para estos casos, tal y como se señaló en líneas anteriores, la Sala considera que atendiendo la situación de desplazamiento en la que se encuentra sometida la actora y el tiempo que lleva sin que le hayan sido reconocidas las ayudas humanitaria a las que tiene derecho se condenará a la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCION SOCIAL hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL reconocer y pagar a la señora SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA por concepto de perjuicios morales la suma de VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

### **7. Condena en costas**

De acuerdo con las previsiones del art. 151 del C.C.A., no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

#### IV. LA DECISIÓN

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

#### FALLA

**PRIMERO: NIEGANSE** las pretensiones de la señora SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA relacionadas con el daño que afirma le fue causado por las demandadas, por el desplazamiento forzoso al que fue sometida en el año 2007, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA PROTECCIÓN SOCIAL hoy DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL reconocer y pagar a la señora SILVIA ROSA VILORIA ACOSTA por concepto de perjuicios morales la suma de VEINTE (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**TERCERO:** Denegar las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

#### LOS MAGISTRADOS

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas correspondiente a la sentencia de fecha 17 de enero de 2014, proferida dentro del proceso de Acción de Reparación Directa de Silvia Rosa Viloria Acosta vs Nación - Ministerio del Interior y de Justicia, otros, Radicado No. 13-001-23-31-000-2012-00236-01, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.