

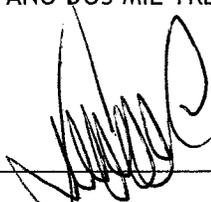
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1386
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: LORENZO DUARTE CASTRO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2003-01167-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO(25) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SALA DE DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

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

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPARACIÓN DIRECTA
Radicación : 13-001-23-31-002-2003-01167-00
Demandante : LORENZO DUARTE CASTRO Y OTROS
**Demandado : NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –
POLICÍA NACIONAL y Otros**
**Tema : Falla del servicio – Muerte de Civil por miembros de
De grupos ilegales.**

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede a dictar sentencia dentro del proceso de Reparación Directa de LORENZO DUARTE CASTRO, JESÚS DAVID CABRERA, URIEL DAZA JARAMILLO, VICTOR JARAMILLO JIMÉNEZ, OLGA LAFAURIE DE JARAMILLO, OLGA MARÍA JARAMILLO LAFAURIE, MARTHA DEL CARMEN JARAMILLO LAFAURIE, OMAIRA JARAMILLO LAFAURIE, MARIA DEL ROSARIO JARAMILLO LAFAURIE, EMILCE JARAMILLO LAFAURIE y MARIO JARAMILLO LAFAURIE contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, MUNICIPIO DE MORALES Y HOSPITAL SAN SEBASTIAN E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MORALES por la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE.

II. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA¹

1. LAS PRETENSIONES.

¹ 1-21

Textualmente:

“1.1. Que LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL; RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL; DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – MUNICIPIO DE MORALES – HOSPITAL SAN SEBASTIÁN E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MORALES; son responsables solidaria y administrativamente de todos los daños y perjuicios tanto materiales como morales y extrapatrimoniales (vulneración a los derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a desaparición forzada, a la libertad personal, a un debido proceso, a la familia, al Trabajo, a la libertad de expresar sus ideas) ocasionados a:

LORENZO DUARTE CASTRO

JESÚS DAVID CABRERA

URIEL DAZA JARAMILLO

VICTOR JARAMILLO JIMÉNEZ

OLGA LAFAURIE DE JARAMILLO

OLGA MARÍA JARAMILLO LAFAURIE

MATHA DEL CARMEN JARAMILLO LAFAURIE

OMAIRA JARAMILLO LAFAURIE

MARÍA DEL ROSARIO JARAMILLO LAFAURIE

EMILCE JARAMILLO LAFAURIE

JAIRO JARAMILLO LAFAURIE

Por los hechos ocurridos desde el 29 de junio del año 2001 en el municipio de Morales (Bolívar) en donde fue sometida a desaparición forzada y posteriormente asesinada la Dra. ALMA ROSA JARAMILLO.

“1.2. Como consecuencia de la declaración anterior, condénese a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL; RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL; DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – MUNICIPIO DE MORALES – HOSPITAL SAN SEBASTIÁN E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MORALES, a

pagar a todos y cada uno de los demandantes por concepto de daños o perjuicios morales subjetivos lo siguiente:

A su compañero permanente LORENZO DUARTE CASTRO la suma de 100 Salarios Mínimos Mensuales Legales vigentes (S.M.M.L.V)

A su hijo JESÚS DAVID CABRERA la suma de 100 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (S.M.M.L.V.)

A su hijo URIEL DAZA JARAMILLO la suma de 100 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (S.M.M.L.V.)

A su padre VICTOR JARAMILLO JIMÉNEZ la suma de 100 S.M.M.L.V.

A su madre OLGA LAFAURIE DE JARAMILLO la suma de 100 S.M.M.L.V.

A su hermana OLGA MARÍA JARAMILLO LAFAURIE la suma de 100 S.M.M.L.V.

A su hermana MARTHA DEL CARMEN JARAMILLO LAFAURIE la suma de 100 S.M.M.L.V.

A su hermana OMAIRA JARAMILLO LAFAURIE la suma de 100 S.M.M.L.V.

A su hermana MARÍA DEL ROSARIO JARAMILLO LAFAURIE la suma de 100 S.M.M.L.V.

A su hermana EMILCE JARAMILLO LAFAURIE la suma de 100 S.M.M.L.V.

A su hermano JAIRO JARAMILLO LAFAURIE la suma de 100 S.M.M.L.V

La liquidación de perjuicios morales se hará con base en el salario mínimo mensual legal vigente al momento de ejecutoria de la sentencia.

“1.3. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL; RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL; DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – MUNICIPIO DE MORALES – HOSPITAL SAN SEBASTIÁN E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MORALES, se condene a pagar a los demandados a favor de los demandantes por concepto de

perjuicios materiales los que se demuestren en el curso del proceso, y en especial los producidos a su compañero permanente LORENZO DUARTE CASTRO y a sus hijos JESÚS DAVID CABRERA y URIEL DAZA JARAMILLO, por cuanto la víctima ayudaba al sostenimiento del hogar que conformaban. La condena de los perjuicios materiales se hará en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el curso del proceso, reajustadas en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagará los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se impongan, desde el día 29 de junio de 2001 hasta la fecha de ejecutoria de la providencia. Coetáneo a lo anterior, la demandada pagará los intereses moratorios sobre las sumas condenadas desde la ejecutoria de la sentencia hasta el día anterior al que se verifique efectivamente el pago.

“1.4. Que como consecuencia de la declaración de responsabilidad de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –POLICÍA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL; RAMA JUDICIAL –CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL; DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – MUNICIPIO DE MORALES – HOSPITAL SAN SEBASTIÁN E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MORLES, se condene a pagar los demandantes por concepto de perjuicios extrapatrimoniales; por la violación de varios derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a desaparición forzada, a la libertad personal, aun debido proceso, a la familia, al trabajo, a la libertad de expresar ideas; a razón de 50 S.M.M.L.V. por cada derecho conculcado de esta manera:

A su compañero permanente LORENZO DUARTE CASTRO la suma de 350 Salarios Mínimos Legales Vigentes (S.M.M.L.V.)

A su hijo JESÚS DAVID CABRERA la suma de 350 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (S.M.M.L.V.)

A su hijo URIEL DAZA JARAMILLO la suma de 350 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (S.M.M.L.V.)

A su padre VICTOR JARAMILLO JIMÉNEZ la suma de 350 S.M.M.L.V

A su madre OLGA LAFAURIE DE JARAMILLO la suma de 350 S.M.M.L.V.

A su hermana OLGA MARÍA JARAMILLO LAFAURIE la suma de 50 S.M.M.L.V.

A su hermana MARTHA DEL CARMEN JARAMILLO LAFAURIE la suma de 50 S.M.M.L.V.

“(...)”

Liquidación de los perjuicios extrapatrimoniales se hará con base en el salario mínimo mensual legal vigente al momento de ejecutoria de la sentencia.

“1.5. Se condene a las demandadas a pagar las costas originadas dentro del presente proceso.

“1.6. Las sumas a que resulten condenadas LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL; RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL; DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – MUNICIPIO DE MORALES – HOSPITAL SAN SEBASTIÁN E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MORALES, serán actualizadas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales liquidados conforme a la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta cuando se de cumplimiento de la sentencia, es decir, al pago efectivo de esta suma parte de las autoridades responsables. Igual tratamiento se dará a las sumas acordadas en acuerdo conciliatorio desde la ocurrencia de los hechos hasta el cumplimiento del mismo.

“1.7. Las demandadas darán cumplimiento a la decisión en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.”

2. HECHOS.

Los relata de la siguiente manera:

“1. En el ejercicio de su profesión como abogada, la Doctora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, desarrollaba importantes actividades de asesoramiento y acompañamiento jurídico en las comunidades rurales de Sincelejo y Morales, paralelo al litigio privado que adelantaba como abogada.

“2. Durante los últimos meses del año 2000 y hasta la fecha de su desaparición y muerte, realizó importantes denuncias por peculado, prevaricato, celebración indebida de contratos, abuso de confianza, abuso de autoridad, hurto, falsedad en documento y demás, cometidas por importantes personalidades públicas del Municipio de Morales,

denuncias estas relacionadas con funcionarios de la Alcaldía Municipal, del Juzgado Promiscuo Municipal; del Hospital San Sebastián de Morales.

“3. Las denuncias presentadas contra personalidades prestantes de la comunidad le significaron a la Doctora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, terribles señalamientos con guerrilla, calumnias y amenazas por parte de estas personas.

“4. Es un hecho notorio que los denunciados por la Dra. JARAMILLO sostienen públicamente relaciones personales y de negocios con paramilitares que actúan en la región.

“5. Luego de los señalamientos por parte de las personas denunciadas, fue recurrente el hostigamiento y las amenazas que provenían de los paramilitares de la región, quienes advertían a la señora JARAMILLO que dejara de denunciar y de perseguir a sus “amigos” o se atuviera a las consecuencias.

“6. El 28 de junio de 2001, la Doctora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, recibió una citación proveniente de la personería municipal de Morales, en donde se le conminaba a cumplir una cita en el municipio de Simití el día siguiente, cosa que se le hizo extraña, ya que la citación fue entregada por el secretario de la personería de Morales personalmente, señor JAVIER FONSECA, en horas no laborales.

“7. A pesar de la extrañeza que le produjo la mencionada citación, la Dra. ALMA ROSA se dirigió al municipio de Simití el día 29 de junio del año 2001 a cumplir la supuesta cita con la personería municipal.

“8. En momentos en que se dirigía al municipio de Simití, fue retenida por un grupo de paramilitares. Según testimonios conocidos en el Municipio de Morales, la Dra. ALMA ROSA JARAMILLO fue ultimada el día 29 de junio del año 2011 en una finca de propiedad del señor DOMINGO MÁRQUEZ, quien vio junto con un trabajador suyo el momento en que fue muerta.

“9. La dra. ALMA ROSA JARAMILLO fue desmembrada y sus restos fueron esparcidos en varias partes, razón por la cual su reconocimiento solo se dio hasta el día 01 de julio del año 2001.

“10. Es de público conocimiento dentro del Municipio de Morales, que el señor LOHER DIAZ, ex – alcalde municipal, quien es esposo de la señora NELLI JANITH MATEUS ORDOÑEZ, gerente del Hospital San Sebastián E.S.E. del municipio de Morales,

señor ROBERTO CARBALLO HERRERA, con la Personera Municipal de Morales, quien es prima hermana del mencionado LOHER DIAZ y con el Concejal Municipal señor MANUEL PALLARES ESTRADA, pagaron mancomunadamente entre diez (10) y doce (12) millones de pesos a los paramilitares conocidos con los alias de EL LLANERO Y JULIAN jefes paramilitares de la zona, con el fin de cancelar los servicios del asesino de la Dra. ALMA ROSA JARAMILLO, debido a las denuncias presentadas por la occisa en contra de estas personas.

“11. ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE Y LORENZO DUARTE CASTRO convivieron en unión libre durante seis años hasta la fecha de su desaparición y homicidio el 29 de junio de 2001, dejando a dos hijos, uno mayor de edad, de nombre JESÚS DAVID CABRERA JARAMILLO y URIEL DAZA JARAMILLO menor de edad, quien fue testigo presencial de los hechos alegados.”

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL²

Contestó la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones y además señaló lo siguiente:

“(…)”

Dentro del expediente no se ha probado que con anterioridad a los hechos de la demanda, la demandante haya denunciado amenazas contra su vida, o que las entidades demandadas tuvieran conocimiento de la enemistad de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE (q.e.p.d.) con funcionarios de la Alcaldía de Morales, Juzgado Promiscuo Municipal y Hospital San Sebastián de esa localidad, lo que a juicio del libelista fue la causa de la muerte de la antes mencionada.

Siendo así las cosas, es una carga procesal del accionante demostrar la falla del servicio, para lo cual además de probar el daño causado y la configuración de la falla del servicio anotada, debe comprobarse el nexo de causalidad necesario entre éstos dos elementos, para que pueda acreditarse la responsabilidad patrimonial del estado, pues el solo hecho que la Carta Política asigne a las autoridades la obligación de defender la vida, honra, y bienes de los residentes en Colombia, no significa que la Nación deba responder por todos los actores delincuentes.

² Folio 126 a 132

“(…)”

Además propone la excepción de falta de legitimación activa en la causa de *“MARTHA DEL CARMEN JARAMILLO LAFAURIE, quien aduce ser hermana de ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE (Q.E.P.D.), dado que a la demanda no se anexó el respectivo registro civil de nacimiento, por lo cual no ha probado el parentesco alegado con la víctima.”*

2. NACIÓN – RAMA JUDICIAL³

Se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló como razones de la defensa lo siguiente:

“(…)”

“Efectivamente, la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, compañera permanente del demandante, desempeñaba su labor como abogada en el Municipio de Morales, Departamento de Bolívar, y en sus zonas rurales así como el Municipio de Sincelejo, Sucre, que por diversas circunstancias tanto de orden público como por los asuntos de su conocimiento, fue muerta violentamente, pero es evidente que el manejo de la seguridad pública, como el control del orden público le corresponde es al MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, pues fue la negligencia de la fuerza pública, con la Policía Nacional y el Ejército Nacional a la cabeza, autoridades que no tomaron las medidas de seguridad necesarias para garantizar la vida de la doctora JARAMILLO LAFAURIE.”

“(…)”

3. GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR

Contestó la demanda como consta a folio 154 a 158 oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Plantea como razones de defensa las siguientes:

“(…)”

Dentro del expediente, no existe prueba siquiera sumaria, de que la occisa o alguno de sus familiares hubiesen advertido y solicitado con antelación a los hechos planteados, a

³ Folio 136 a 139

las autoridades civiles administrativas y fuerza pública de esta región protección especial por los peligros y amenazas contra su vida.

Tal afirmación, permite suponer que se presenta una ruptura de la relación de causalidad que debe existir entre el hecho dañino y el daño ocasionado a la occisa y a sus familiares, para que se configure la falla del servicio, pues, no está demostrado en el proceso, que el resultado muerte producido en la persona de la señora JARAMILLO LAFAURIE, hubiese acontecido por las actividades profesionales desarrolladas por esta, o peor aún, por las denuncias que en repetidas ocasiones interpuso contra las personas mencionadas en la demanda y dentro de las cuales se encuentra el Departamento de Bolívar y la relación de estas última con los grupos al margen de la Ley.”

— Además propone la excepción de *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA E INEPTA DEMANDA, porque tal y como se anotó, de los hechos propuestos, no se desprende la negligencia u omisión atribuible al Departamento de Bolívar con relación a lo acaecido, es más el demandante en su escrito, habla insistentemente del Departamento del Cesar, como responsable directo por la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE.*

— El demandante solo se propuso anotar en el libelo demandatorio, una serie de denuncias o afirmaciones que no tienen ningún fundamento probatorio, es por eso, que ante tales circunstancias, acude a la figura del hecho notorio, para tratar de evadir su obligación procesal de presentar las pruebas preconstituidas o constituibles procesalmente que avalen lo expresado en su demanda, siendo errado tal parecer, porque como bien lo define la doctrina y la jurisprudencia, EL HECHO NOTORIO es aquel que exige por lo menos, que sea conocido por la generalidad de las personas pertenecientes a un determinado medio local, regional o nacional, y que el juez tenga certeza de esa divulgación.”

4. MUNICIPIO DE MORALES

No contestaron la demanda.

5. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

No contestaron la demanda.

E. TRASLADO DE PRIMERA INSTANCIA

1. DEMANDANTE

Alegó como consta a folio 155 a 163 del expediente.

2. DEMANDADOS

Solo la entidad demandada, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL alegó como consta a folio 151 a 154.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

III. TRAMITE

1. Por providencia de fecha 28 de agosto de 2003 se admitió la demanda (folio 99) y le fue se notificado a las partes como consta a folios 105 a 108 y al reverso del 164.
2. El 11 de marzo de 2011 se abrió a pruebas (folio 200 a 206)
3. Por auto de fecha 28 de octubre de 2011 se corrió traslado a las partes para alegar (folio 242)
4. El 29 de noviembre de 2011 ingreso al Despacho para dictar sentencia (folio 258)

IV. 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.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por tratarse de una acción de Reparación Directa donde la cuantía excede de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, de conformidad con el artículo 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior, como quiera que la pretensión referente a los perjuicios materiales se estiman por la parte actora en una suma superior a los cuatrocientos millones de pesos (\$400.000.000), que a la fecha de la presentación de la demanda supera los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Se tiene que los demandantes reclaman por la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, de la cual se tuvo conocimiento el 1 de julio de 2001, como consta en el acta de levantamiento del cadáver visible a folio 3 del cuaderno de pruebas No. 1 perteneciente a la investigación penal iniciada por Fiscalía General de la Nación; los accionantes presentaron la demanda el día 1 de julio de 2003, es decir, dentro del término de dos años que establece el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3. CUESTIÓN PREVIA

Respecto a las excepciones propuestas por la entidad demandada, NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR por referirse al fondo del presente asunto serán resueltas en conjunto al problema jurídico.

De igual manera, respecto a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de la señora MARTHA DEL CARMEN JARAMILLO LAFAURIE propuesta por la POLICÍA NACIONAL esta Sala se pronunciará de presentarse una eventual condena.

4. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se enfrenta a resolver el siguiente problema jurídico:

¿ A las autoridades demandadas les es imputable a título de falla del servicio la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, de la cual se tuvo conocimiento el 1 de julio de 2001, ocasionada por presuntos grupos subversivos al margen de la ley?

5. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

Dispone el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, que el Estado deberá responder por los daños antijurídicos que le sean irrogados a los asociados, que le sean imputables y que sean el resultado de una acción u omisión de las autoridades públicas.

5.1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron en

aquella las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Debe la Sala resaltar que en el caso en estudio la parte actora estimó que la muerte de la abogada ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE se produjo por una falla del servicio porque *“Las entidades demandadas Municipio de Morales, el Hospital San Sebastián E.S.E. de Morales y la Rama Judicial, se entiende el nexo causal por cuanto los servidores en contra de toda previsión constitucional y legal concertaron la muerte de la Dra. ALMA ROSA junto con los paramilitares de la región, en represalias de las denuncias interpuestas por la mencionada en contra de los funcionarios, siendo una obligación como ciudadano denunciar toda actividad ilícita conocida. Las autoridades del municipio de Morales sostienen relaciones personales y negocios con los paramilitares de la región. En cuanto a la Policía y Ejército Nacional, es concluyente la inactividad de las demandadas, que no evitó el desastroso desenlace, que era totalmente previsible. Se perfecciona la responsabilidad del Estado, cuando se demuestra que la omisión, al no actuar de forma pronta y oportuna pues es sabido que los grupos paramilitares actúan libremente en la región, sin que exista oposición por par de las autoridades militares.”*

A partir de esa causa *petendi*, como resulta evidente, la parte demandante estructuró su argumentación hacia la configuración de una falla del servicio, régimen que supone, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda tanto la acreditación del daño, como de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la Administración.

El H. Consejo de Estado de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual⁴.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades *“debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del*

⁴ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17 738, entre muchas otras.

*personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera*⁵, así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo⁶.

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

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía⁷.

Con fundamento en lo anterior, la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio y de acuerdo a la estructura que le han dado la doctrina y la jurisprudencia exige los siguientes requisitos.

1. Un daño.
2. Una acción u omisión.
3. Un nexo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido.

Así las cosas, la Sala debe establecer si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Administración por una falla en la prestación de los servicios a su cargo, en este caso relativos a la adopción de medidas

⁵ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

⁶ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

⁷ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14 880.

de seguridad y/o de protección necesarias para preservar la vida de un ciudadano o se configuró una causal eximente de responsabilidad.

La Sala procederá a estudiar, de acuerdo con las pruebas obrantes en el proceso, si las entidades demandadas son responsables por los hechos narrados en la demanda.

6. HECHOS PROBADOS

Obra expediente de la investigación penal iniciada por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación por la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE de la cual se tienen como pruebas pertinentes y conducentes las siguientes:

1. Acta de levantamiento de cadáver de fecha 1 de julio de 2001, perteneciente a la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE en la que se consigna que *“el cadáver no presenta miembros inferiores, ni superiores, aparece decapitado”* (Folio 3 del Cuaderno de Prueba No. 1)

2. Informe de orden público expedido por la Gobernación del Departamento de Bolívar de fecha 13 de julio de 2001 en que se consigna lo siguiente:

“Para su conocimiento e información atentamente me permito transcribirle el informe de orden público del municipio de Morales emanado por el señor HECTOR MANUEL LOZANO HERRERA Secretario de Gobierno Municipal.

“El día 29 de junio del presente año, cuando transitaba entre la vía Morales – Puerto Bolívar, fue sacado de un vehículo de servicio público, uno de los pasajeros, el cual responde al nombre de la doctora Alma Rosa Jaramillo Lafaurie, por un grupo que no se identificó, y el día primero (1) de julio del año que transcurre, fue rescatado de las aguas del Río Brazuelo del el Dique, en la Vereda Palmarito, jurisdicción del municipio de Morales, el cuerpo todo mutilado, el cual se presume que corresponde a la doctora desaparecida.

“(…)”

3. Sentencia de fecha 30 de abril de 2007, proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias, por la cual se condenó a JOSÉ ARNULFO RATO BUSTOS y WILSON FUENTES CRUZ por el delito de homicidio

cometido en la señora de ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE. Resulta pertinente transcribir apartes de lo considerado en la sentencia en mención:

“(…)”

Así las cosas, en primer lugar, habrá de establecerse la ocurrencia del Homicidio cuya comisión se imputa a los señores WILSON FUENTES CRUZ Y JOSÉ ARNULFO RAYO BUSTO. En efecto, el acta de levantamiento de un cadáver que no presentaba extremidades ni cabeza que fue reconocido por la señora OMAIRA JARAMILLO LAFAURIE como el correspondiente a su hermana ALMA ROSA, quien dos días antes (29 de junio de 2001) había sido raptada por un grupo de hombres fuertemente armadas cuando viajaba como pasajera en un vehículo de servicio público desplazándose en la carretera que de morales conduce a puerto Bolívar...”

“(…)”

Establecidas así la realización voluntaria de las conductas típicas de Homicidio y Sedición, salta la vista el desvalor del resultado del comportamiento de los procesados no solo por la acción consistente en la membresía a una empresa criminal (paramilitares) sino por la muerte de ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, reuniéndose así en una sola escena los crímenes que atentan contra dos de los bienes jurídicos más preciados en un Estado Social de Derecho: la vida y la seguridad pública. En estas circunstancias y no advirtiéndose la presencia de causas que justificaran el comportamiento de los procesados, según lo previsto en el artículo 32 del C. de P.P., forzoso es concluir la antijuridicidad tanto formal como material del mismo.” (Folio 1 a 34 del cuaderno No. 9)

El anterior fallo fue confirmado mediante sentencia de fecha 17 de agosto de 2010, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Penal de Decisión (Folio 43 a 113 del cuaderno No. 11)

De las pruebas obrantes en el proceso se tiene probado lo siguiente: I) Que mediante acta de levantamiento de cadáver de fecha 1 de julio de 2001 se tuvo conocimiento de la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE; II) De la muerte se inició investigación penal, la misma da cuenta que la víctima el 29 de junio de 2001 fue raptada por un grupo de hombres fuertemente armadas cuando viajaba como pasajera en un vehículo de servicio público desplazándose en la carretera que de morales conduce a puerto Bolívar; III) Que posterior al rapto la señora JARAMILLO LAFAURIE fue encontrada muerta, resultando condenados por la muerte de la misma según

sentencia proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias los señores JOSÉ ARNULFO RATO BUSTOS y WILSON FUENTES CRUZ, por el delito de homicidio, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena Sala Penal de Decisión.

7. ANALISIS DEL CASO.

En el presente caso, solicitan los demandantes se declare que LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, MUNICIPIO DE MORALES Y HOSPITAL E.S.E. DEL MUNICIPIO DE MORALES son administrativamente responsables por la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE.

Manifiesta la parte demandante que los servidores públicos del MUNICIPIO DE MORALES, HOSPITAL SAN SEBASTIÁN DE MORALES y RAMA JUDICIAL, concertaron la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE en conjunto con los paramilitares de la región, en represalias a denuncias interpuestas por la misma.

Así mismo, que la POLICÍA NACIONAL y el EJERCITO NACIONAL no evito que se produjera la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE, cuando la misma era previsible.

Al respecto, no obra prueba en el expediente que de cuenta que servidores públicos pertenecientes al MUNICIPIO DE MORALES, HOSPITAL SAN SEBASTIÁN DE MORALES y RAMA JUDICIAL hayan concertado con grupos paramilitares el homicidio de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE.

De igual forma, en el plenario no obra prueba que la señora JARAMILLO LAFAURIE hubiese puesto en conocimiento de la POLICÍA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL, ni del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR o cualquier otra autoridad que pudiera brindar protección, amenazas recibidas contra su vida por parte de grupos paramilitares.

Ahora bien, con respecto de las personas que por sus cargos han sido amenazados y posteriormente asesinados por grupos al margen de la ley, la jurisprudencia contencioso administrativa ha reiterado suficientemente que: *“...tratándose de los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros, ... los mismos son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la*

administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, 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.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado 18106 del 15 de febrero de 2009.

En otro caso similar el H. Consejo de Estado manifestó:

“En los casos de atentados terroristas perpetrados por terceros, trátase de delincuencia organizada, subversión o terrorismo, el Estado se hace responsable por la omisión en que incurre en los deberes de protección. Cuando la Administración desatiende los llamados de la comunidad, de un particular o frente a situaciones donde se pueda prever la amenaza inminente de un atentado terrorista, en razón a que no desplegó el equipo de seguridad o prevención, ni aumentó el pie de fuerza para conjurar las posibilidades de un ataque u omitió repeler la agresión en defensa de la comunidad, el título aplicable en todos los casos será el de la falla probada de manera que la carga de la prueba es del demandante de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del C.P.C., y en ese caso la responsabilidad surge, porque a pesar de informarse sobre las amenazas, no se despliega la protección debida, o porque siendo de público conocimiento, la administración no interviene para proteger a la víctima o víctimas.”⁸

En el presente caso, tal como se dijo no obra prueba alguna que de cuenta que servidores públicos de las entidades que se demandan hayan obrado en complicidad de grupos al margen para producir la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE.

De igual forma, no se probó que la POLICÍA NACIONAL, EJERCITO NACIONAL o DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR hubiesen recibido solicitud de protección por parte de la víctima, necesario para poderle imputar responsabilidad por falla del servicio la demandada, tal y como dan cuenta la jurisprudencia citada.

De lo anterior se concluye que no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado, por cuanto no se encuentra demostrado que el resultado dañoso causado a los

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, C.P., Stella Conto Díaz Del Castillo, sentencia de fecha 26 de enero de 2011, proceso Rad. No. 18617

actores por la muerte de la señora ALMA ROSA JARAMILLO LAFAURIE fuera previsible para las instituciones demandadas, lo que impone a esta Sala de Decisión denegar las pretensiones.

8. CONDENA EN COSTAS:

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 las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedentes tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

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

V. FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, procédase al archivo de las diligencias, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

Página 1

SALVAMENTO DE VOTO

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-23-31-002-2003-01167-00
Clase de proceso: ACCION DE REPARACION DIRECTA
Demandante: LORENZO DUARTE CASTRO Y OTROS
Demandada: NACION – MINDEFENSA – POLICIA NACIONAL

A continuación, respetuosamente, me permito exponer las razones por las cuales me aparto de la decisión adoptada por la Sala Especial de Descongestión No. 002 de esta Corporación, por medio de la cual se deniegan las súplicas de la demanda.

Estimo que en este caso, el Tribunal Administrativo de Bolívar carece de competencia funcional para dirimir la controversia suscitada entre las partes, como quiera que la cuantía de las pretensiones de los demandantes determina que el competente para conocer de esta acción es el Juez Administrativo del Circuito de esta ciudad, de acuerdo con las reglas que se contemplan en el art. 134 A del C.C.A., de manera que se configura una causal de nulidad de las que la ley llama no saneables, que afecta la legalidad del proceso y de la decisión final que en él se adopta.

En efecto, según lo dispone el numeral 2º del art. 140 del C.P.C., el proceso es nulo en todo o en parte cuando se adelanta sin que el juez se encuentre revestido de competencia para conocer del mismo; y, el inciso final del art. 144 ibídem dispone de manera perentoria, que no podrá sanearse esta clase de irregularidades cuando se configura la falta de competencia funcional.

En materia de lo contencioso administrativo, para determinar el juez que debe conocer del asunto puesto a conocimiento de la jurisdicción, es necesario establecer la cuantía del proceso, aspecto que debe quedar definido desde el comienzo de la controversia y no puede variar por apreciaciones posteriores del juez o de las partes; sin embargo, dicho principio sufrió una excepción al

implementarse la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos en el año 2006, pues ello determinó el fin de la suspensión ordenada en el parágrafo del art. 164 de la Ley 446 de 1998, que afectaba las normas de competencia contenidas en los arts. 134 A, 134 B y 134 C del C.C.A., de manera que a partir de dicha anualidad se dispuso la remisión de los procesos de competencia de los jueces administrativos que venían siendo conocidos por los Tribunales Administrativos del país.

En ese orden de ideas, para determinar la cuantía a fin de establecer cuál es el juez que debe conocer del asunto traído ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debía tenerse presente la regla prevista en el art. 20 del Código de Procedimiento Civil, que para la época disponía:

“Determinación de la cuantía. La cuantía se determinará así: (...)

“2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones”.

Por su parte, el artículo 137, numeral 6, del Código Contencioso Administrativo señala:

“Contenido de la demanda. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá: (...)

“6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia”.

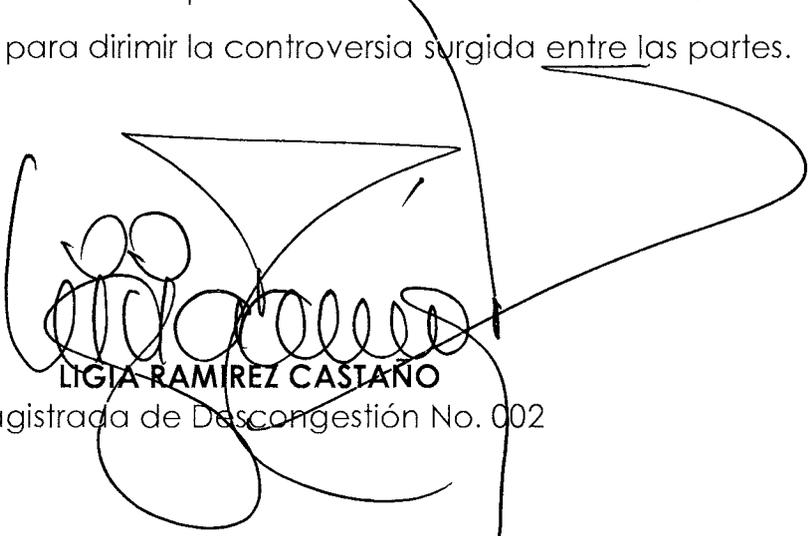
Por lo anterior, con la finalidad de establecer la cuantía del proceso el juez debe tener en cuenta las pretensiones de la demanda, así como la estimación razonada de la cuantía.

En este caso se advierte que para cada uno de los demandantes se reclama el reconocimiento y pago de perjuicios morales subjetivos en cuantía de 100 smmlv, perjuicios materiales en la cuantía que resulte demostrada en el proceso y, perjuicios extrapatrimoniales para cada uno ellos en monto igual a 350 smmlv; es decir, que nos encontramos ante un evento de acumulación de pretensiones, por lo que la cuantía de las mismas que servirá para determinar cuál es el juez competente es la que corresponda a la pretensión mayor, que asciende en este proceso a 350 smmlv.

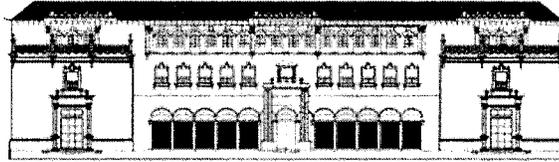
Establecido lo anterior hemos de remitirnos al art. 134 B (numeral 6º) que consagra las reglas de competencia para los jueces administrativos, en primera instancia, conforme con las cuales no existe dificultad para determinar que al encontrarse acumuladas las pretensiones de los demandantes y no superar ninguna de ellas el guarismo de 500 smmlv, este asunto debió ser remitido a los jueces administrativos cuando tales despachos entraron en funcionamiento.

La omisión en que incurrió esta Corporación no conlleva el saneamiento de la irregularidad anotada, razón por la cual me aparto de la decisión de la mayoría de la Sala cuando emitió pronunciamiento de fondo en este asunto, como quiera que es evidente que este Tribunal Administrativo no tiene competencia funcional para dirimir la controversia surgida entre las partes.

Fecha *Ut - Supra*



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO
Magistrada de Descongestión No. 002



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1387
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MALTIRIS MORELO LOPEZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-007-2011-00012-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002-

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece
(2013)

SENTENCIA No. **316** - ~~720~~13

2ª instancia

Tema: *Pensión de sobrevivientes*

Magistrada de Descongestión: **LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO**

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-007-2011-00012-01.
Demandante: MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ
Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha Veintiocho (28) de Febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ, instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

Pretensiones

"PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 3204 de fecha

04 de noviembre de 2008, emanada por el MINISTERIO DE DEFENSA SECRETARÍA GENERAL DIRECCIÓN VETERANOS y BIENESTAR SECTORIAL COORDINACIÓN GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES mediante la cual negó el reconocimiento y pago de una SUSTITUCIÓN PENSIONAL a la Sra. MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ en calidad de compañera permanente del ex adjunto Segundo de la Armada Nacional AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, y a título de Restablecimiento del Derecho se condene al MINISTERIO DE DEFENSA SECRETARÍA GENERAL DIRECCIÓN VETERANOS y BIENESTAR SECTORIAL COORDINACIÓN GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES incluir en nómina de pensionados y cancelar a la señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ, el reconocimiento y pago de una SUSTITUCIÓN PENSIONAL en calidad de compañera permanente del finado AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL."

Hechos

1. "La señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ estuvo casada con GILBERTO SEPÚLVEDA FERNÁNDEZ, de cuya unión nacieron dos (2) hijos, hoy mayores de edad y emancipados del hogar.
2. Por su parte AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL, estuvo casado con la señora CARMEN HERNÁNDEZ CASTILLO quien falleció en esta ciudad el 29 de febrero de 1984, con quien también tuvo hijos, todos mayores de edad y con sus propios hogares.
3. AMALIO ENRIQUE CASTILLO (sic) MALLORAL, ex – Adjunto Segundo de la Armada Nacional, disfrutaba del beneficio de una pensión de jubilación con cargo a la demandada.
4. Desde 1980 tuvo lugar una relación amorosa entre MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ y el hoy finado AMALIO ENRIQUE CASTILLO (sic) MALLORAL, una vez enviudó este, desde 1984, se van a vivir juntos, como marido y mujer a la vista de todo el conglomerado social como cualquier pareja de manera pública y permanente, dependiendo de su compañero a quien cuidó y lidió los últimos años de vida de éste.
5. Una vez finalizado su tiempo de labores ante el Ministerio de Defensa Nacional, es decir, una vez reconocida la pensión por parte de la demandada el hoy finado AMALIO E. CASTILLO (sic)

MALLORAL empezó a laborar en ALCALIS DE COLOMBIA, y cotizó pensión ante el Instituto de Seguros Sociales afiliación No 0180058852 – 900881407 de la seccional Bolívar.

6. *Con fecha 25 de Diciembre de 1990, muere en esta ciudad el señor AMALIO CASTILLO (sic) MALLORAL, la única persona que se presentó a reclamar sustitución pensional ante el MINISTERIO DE DEFENSA SECRETARÍA GENERAL DIRECCIÓN VETERANOS y BIENESTAR SECTORIAL COORDINACIÓN GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES – fue la señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ."*(...)

Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Nacional, artículos 13 y 53.
- Código Contencioso Administrativo Artículo 85.
- Decreto 4433 de 2004 Artículos 1, 2, 5, 185, y 189.
- Ley 446 de 1998.
- Ley 100 de 1993 artículo 47.

El extenso concepto de violación a la norma se sintetiza en los siguientes argumentos de fondo:

Estima el apoderado de la demandante, que en el presente caso se presenta un conflicto normativo de normas, toda vez que, la entidad demandada niega el derecho a su poderdante a la luz del Decreto 2247 de 1984, puesto que aquel no consagró como beneficiarios de la sustitución pensional a las compañeras permanentes, como la actora.

En ese orden, manifiesta que se debe dar aplicación al sistema general de seguridad social dispuesto por la Ley 100 de 1993, como quiera que resulta más benéfico para la actora que el régimen especial; pues lo contrario, significaría desconocer los principios de igualdad y no trato discriminatorio a la mujer, puesto que el sistema general de seguridad social sí establece esta prerrogativa para las compañeras permanentes.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada, mediante apoderado judicial constituido para tal efecto, contestó la demanda en los siguientes términos.

Alega la Entidad accionada que, el acto administrativo acusado fue expedido con base en la normatividad legal que regulaba la materia, esto es Decreto 2247 de 1984, que no consagró el derecho a la sustitución pensional para las compañeras permanentes, como la actora. Por otro lado, no es dable aplicar al sub lite, el régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, como quiera que la prestación de la cual solicita su reconocimiento, está gobernada por un régimen especial exceptuado, conforme lo dispuesto por el Artículo 279 ídem.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del Veintiocho (28) de Febrero de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

"FALLA

PRIMERO: Declarase la Nulidad de la Resolución No. 3204 de noviembre 04 de 2008 con la que se negó el reconocimiento y pago de las sustitución de Pensión de la señora Maltiris Mórelo López.

SEGUNDO: Condénese al Ministerio de Defensa, Secretaría General, Dirección Veteranos y Bienestar Social, Coordinación Grupo de Prestaciones Sociales, a realizar el reconocimiento y pago de la pensión sustitutiva del finado AMALIO ENRIQUE CASTILLO (sic) MALLORAL, a favor de la señora MALTIRIS MORELO LOPEZ, a partir del trece (13) de octubre de dos mil cinco (2005), pues respecto de las mesadas pensionales posteriores se declara probada la excepción de prescripción."

Así lo determinó, puesto que revisada la normatividad que regula el tema de la pensión de sobrevivientes para los miembros de la fuerza pública, esto es el Decreto 2347 de 1984, a la luz de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, determinó que le asistía el derecho a la señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ, puesto que la Corporación de Cierre de la jurisdicción ha estipulado que el

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las compañeras permanentes, solo exige la demostración de la convivencia, la mutua ayuda real y efectiva que se haya producido en la pareja, dado que, conforme a la nueva concepción constitucional de la familia, se amplió su espectro de protección.

En conclusión, accedió a las pretensiones de la demanda, por cuanto para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a las compañeras permanentes, no interesa si aquellas están o no consagradas como beneficiarias de ese derecho en la ley, si no, que se acrediten los requisitos establecidos por la Corporación de cierre de la jurisdicción para tal propósito; los cuales encontró acreditados en el plenario.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada a través de su apoderado judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el Veintiocho (28) de Febrero de 2013, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Manifiesta el apoderado de la parte demandada, que no comparte la decisión adoptada por el Juez de primera Instancia bajo los siguientes argumentos:

Como primera medida, sostiene que el Decreto 2347 de 1984 que reguló la pensión de sobrevivientes para los miembros de fuerza pública, vigente al momento del fallecimiento del señor AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL, no consagró ese derecho para las compañeras permanentes, razón por la cual su representada, no cuenta con sustento legal para acceder al reconocimiento de la prestación solicitada.

Por otro lado, sostuvo que, no es dable aplicar al caso de la actora el régimen de seguridad social previsto por la Ley 100 de 1993, como quiera que los

miembros de la fuerza pública están excluidos de aquel, conforme al artículo 279 ídem.

Por esas razones, solicita a esta Corporación que se revoque en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado Julio Veintidós (22) de 2013, ésta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 162); y, con providencia adiada en Agosto doce (12) de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 61). En esta oportunidad, la parte demandante y demandada ratificaron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación respectivamente.

Concepto del Ministerio Publico

El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia adiada Veintiocho (28) de Febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado se refiere a prestaciones periódicos que, conforme lo dispuesto por el Art. 136 del C.C.A, no tienen termino de caducidad.

PROBLEMA JURÍDICO

En este caso, el problema jurídico se circunscribe a determinar, si hay lugar a revocar el fallo apelado, en atención a que la actora no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del señor AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL, en calidad de compañera permanente, como quiera que se grupo de personas no se encuentran establecidas por la ley; o si por el contrario, se debe confirmar la sentencia apelada, con fundamento en la postura que sobre el tema ha adoptado el H. Consejo de Estado.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser confirmada, toda vez que, la corporación de cierre de la jurisdicción ha establecido que, las compañeras permanentes, sí son beneficiarias del derecho a la pensión de sobrevivientes causadas por miembros de la fuerza pública, a pesar que las normas especiales dispuestas para ese grupo de personas las excluyan; siempre y cuando acrediten los requisitos de convivencia y ayuda mutua real y efectiva que, se derivan de una relación de pareja, al momento en que fallezca el causante.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

A través de la acción de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO prevista en el artículo 85 del C.C.A., la señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ, somete a consideración de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la legalidad de la Resolución N°. 3204 de fecha 4 de Noviembre de 2008, proferida por la entidad demandada, por medio del cual le negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Dicho acto administrativo, al expresar que solo procedía en su contra recurso de reposición, da por agotada la vía gubernativa, dado que su interposición no es necesaria para tal fin, conforme lo dispuesto por el artículo 135 del C.C.A.

MARCO NORMATIVO

En el marco normativo de esta sentencia, se hará alusión a la postura adoptada por el H. Consejo de Estado, con relación al tema del reconocimiento de pensión de sobrevivientes a las compañeras permanentes de miembros de la fuerza pública, bajo el entendido que, alguna de esas normatividades no incluyeron como beneficiarias de ese derecho a las compañeras permanentes.

Así entonces la Corporación de Cierre de la Jurisdicción ha dicho:

“SUSTITUCIÓN PENSIONAL A COMPAÑERA PERMANENTE DE AGENTE DE LA POLICÍA NACIONAL – Procedencia

*El hecho de que en vigencia del Decreto 1213 de 1990 sólo se refirió como beneficiario de la sustitución prestacional al **cónyuge sobreviviente**, situación esta última que no se puede constituir en el fundamento legal de una discriminación o desconocimiento de la existencia de relaciones unidas por un vínculo natural. Entendida así la sustitución de una pensión o de una asignación de retiro, ha de concluirse que la protección se dirige a la familia, núcleo fundamental de la sociedad, sea cual sea la forma en que ella se haya constituido, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política, el vínculo tanto jurídico como natural es protegido por el ordenamiento jurídico. Así entonces, sin desconocer las diferencias que se generan por la naturaleza del vínculo, para efectos prestacionales, a la luz de la Constitución Política, la viabilidad del reconocimiento a la sustitución pensional debe predicarse no sólo respecto de la (el) cónyuge supérstite **sino también respecto de la (el) compañera (o) permanente.**”¹Negrillas de la Sala.*

En oportunidad anterior, la Corporación de cierre de la Jurisdicción² señaló:

“Entendida así la sustitución de una pensión o de una asignación de retiro, ha de concluirse que la protección se dirige a la familia, núcleo

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número: 19001-23-31-000-2001-01669-01(1659-09) Actor: MARIA ALDETRUDES MOSQUERA JEMBUEL Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL Y OTRO

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número: 25000-23-25-000-1999-04416-02(0530-09) Actor: OLINDA ESMERALDA GOMEZ PINTO Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

fundamental de la sociedad, sea cual sea la forma en que ella se haya constituido, pues, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política, el vínculo tanto jurídico como natural es protegido por el ordenamiento constitucional y legal Colombiano.

Así entonces, sin desconocer las diferencias que se generan por la naturaleza del vínculo, para efectos prestacionales, a la luz de la Constitución Política, la viabilidad del reconocimiento a la sustitución pensional debe predicarse no sólo respecto de la (el) cónyuge supérstite sino también respecto de la (el) compañera (o) permanente.

Atendiendo a este hecho social, incluso, debe resaltarse que el legislador actualmente, v. gr. en el régimen ordinario³, acepta la posibilidad de que en este tipo de reclamaciones pensionales se presenten, ante la convivencia simultánea, reclamaciones no excluyentes de compañera y cónyuge, permitiendo que el derecho sea, en virtud de la equidad, asignado a las dos proporcionalmente.

Ahora, si ello es así, esto es, si la finalidad de la sustitución pensional es proteger económicamente al grupo familiar más cercano, debe anotarse que para la determinación de su beneficiario juega un papel importante un principio al que la Corte Constitucional le ha dado el nombre de "Principio material para la definición del beneficiario", al cual le ha dado el siguiente alcance:

"3. Principio material para la definición del beneficiario: En la sentencia C-389 de 1996 esta Corporación concluyó que:

"(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quien es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido"⁴

³ Artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003

⁴ C-1035 de 2008

Criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante son, entonces, los elementos a ser analizados en cada caso concreto, con el objeto de determinar si dentro del primer orden de asignación la (el) cónyuge o la (el) compañera (o) permanente tienen derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.

En ese mismo sentido, la sentencia expresa la manera como se debe acreditar la calidad de compañera (o) permanente así:

Ahora bien, legalmente la condición de compañero (a) de hecho permanente fue definida en la Ley 54 de 1990, en los siguientes términos:

“Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho⁵.

Artículo 2º. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; (...).”

A la luz de las normas referidas, en Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, de 31 de enero de 2008, C.P. doctor Alfonso Vargas Rincón, radicado interno No. 0437-00, se sostuvo:

“En este orden de ideas, es apropiado afirmar que la convivencia efectiva, al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevinida la muerte del pensionado, la sustituta obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja

⁵ Sobre la constitucionalidad condicionada de esta norma ver la Sentencia C-075 de 2007.

cuenta con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

Demostrada por parte de la señora Bertilda Peña Bermúdez la calidad de compañera permanente del causante hasta el momento de su muerte y por lapso superior a dos años después de que el causante adquirió el status de pensionado, no estaba obligada a probar nada más para acceder al derecho reclamado. Se repite, unos son los efectos civiles del matrimonio y otros los efectos propios de la seguridad social frente a los derechos pensionales."

Vistas las anteriores jurisprudencias, se desprende de forma clara que, el criterio adoptado por la Corporación de Cierre de la Jurisdicción y la H. Corte Constitucional a efectos de determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, es el de aplicar el criterio material, esto es, concederle esa prerrogativa a aquellas personas que demuestren convivencias material y afectiva con el causante al momento de su fallecimiento.

Del mismo modo, puede observarse que, para efectos de acreditar el requisito material anotado precedentemente, debe acreditar la actora cualquiera de las circunstancias previstas por la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 975 de 2005.

CASO CONCRETO

Lo probado:

- Copia auténtica de la Resolución 3204 del 4 de noviembre de 2008, proferida por la entidad demandada, por medio de la cual le negó el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ, en calidad de compañera permanente del ex Adjunto de la Armada Nacional, señor AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL. (fl.16-18)
- Copia auténtica de la Resolución 9045 de 1974 expedida por el Ministerio de Defensa nacional, a través del cual se le reconoció al señor AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL asignación de retiro. (fl. 80-83)
- Testimonios de ALCIDES LÓPEZ PUERTA, ALBERTO IGNACIO RODRÍGUEZ GUERREO, ALINA ISABEL BERTHEL DE CASTRO y SATURNINO CASTRO PÉREZ, de los cuales se desprende de forma diáfana que, la señora MALTIRIS

MÓRELO LÓPEZ y el señor AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL, estuvieron conviviendo como pareja, brindándose mutua ayuda y cuidado durante los último diez años antes del fallecimiento del señor CASTILLO MAYORAL, el día 25 de diciembre de 1990.

- Copia simple de la Resolución 04125 del 6 de marzo de 2008, a través de la cual el Instituto de Seguros Sociales, le reconoció a la señora MALTIRIS MÓRELO LÓPEZ, pensión de sobrevivientes. (fl.31-33)

En su oportunidad, el Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda, pues consideró que le asistía la razón a la actora, con base en la postura adoptada por el H. Consejo de Estado, con relación al tema del reconocimiento de pensión de sobrevivientes a miembros de la fuerza pública, pues ha considerado dicha Corporación que, es dable el reconocimiento de dicha prestación a las compañeras permanentes de ese grupo de personas, aunque no estén consagradas como beneficiarias de ese derecho por el régimen especial que los gobierna, siempre y cuando acrediten los requisitos de ley para acceder a ese derecho; los cuales encontró acreditados en el curso del proceso.

A su turno, la parte demandada al sustentar el recurso de apelación, repara de la decisión de primera instancia para afirmar que, el Decreto 2247 de 1984, vigente para la fecha de la muerte del señor AMALIO ENRIQUE CASTILLO AMARAL, no consagró el derecho a la pensión de sobrevivientes para las compañeras permanentes como la actora, por tal razón considera, que su representada adolece de fundamento legal para acceder al reconocimiento de ese derecho, al no acreditar la calidad de compañera permanente, en la forma como lo dispone la Ley 54 de 1990.

Finamente, expresó que el acto administrativo expedido por su apadrinada, no trasgrede los principios de igualdad y favorabilidad dispuestos por la Ley 100 de 1993, toda vez que los miembros de la fuerza pública están exceptuados de ese sistema, con base en el artículo 279 ídem.

Visto lo anterior, la Sala se apresta a resolver el problema jurídico planteado,

afirmando que no le asiste la razón a la entidad demandada. Así se considera, puesto que tal como quedó visto en el marco normativo de esta sentencia, el H. Consejo de estado y la H. Corte Constitucional, han considerado que, es dable el reconociendo de la pensión de sobrevivientes a compañeras permanentes de miembros de la fuerza pública que no estén consagradas por el régimen especial que las gobierna para acceder a ese derecho, como quiera que, en atención a la nueva concepción de la familia, dispuesta por la Constitución Política de 1991 en su artículo 42, se amplió el espectro de protección de la misma, en el entendido que no es solo familia la que surge de vínculos jurídicos, sino también de vínculos naturales, como las que se dan entre un compañero y una compañera permanente.

En ese orden, las Corporaciones de cierre de la jurisdicción constitucional y contenciosa, han determinado que el objetivo primordial de la pensión de sobrevivientes se circunscribe a brindarle protección a la familia más cercana del finado, en obediencia al principio material del beneficio, entendiéndose que, quien debe beneficiarse de dicha prestación es la persona que demuestre una convivencia real y efectiva con el causante, al momento de su muerte. De tal manera, han considerado esas Corporaciones, que cercenar del derecho a la pensión de sobrevivientes a las compañeras permanentes, sería desproteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

En ese sentido, tampoco es de recibo para esta Corporación, la inconformidad presentada por la entidad apelante, respecto a que el régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993, no sería aplicable al caso de la actora, por pertenecer su finado esposo a un régimen especial exceptuado, conforme lo dispone el artículo 279 ídem. Así se considera, puesto que la reiterada sentencia del H. Consejo de Estado⁶, ha dispuesto que el

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil doce (2012) Radicación número 76001-23-31-000-2008-00151-01(2006-09) Actor: JOSE OMAR JARAMILLO PELAEZ Y OTRA Demandado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

En este mismo sentido pueden verse los siguientes pronunciamientos: sentencias de 23 de julio de 2009, Rad 1925-2007. Actor William Tapiero Mejía. M. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia 13 de

régimen general de la Ley 100 de 1993, sí es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, en virtud del principio de favorabilidad.

Ahora bien, con relación al argumento referente a, que la actora no acreditó la calidad de compañera permanente del fiando, a la luz de la Ley 54 de 1990, no es de recibo para esta Corporación. Así se considera, puesto que la entidad demandada pretende que la actora demuestre la calidad de compañera permanente por medio de las siguientes maneras a saber: i) por escritura pública ante notario, ii) por acta de conciliación suscrita por los compañeros en centro de conciliación legalmente constituido, iii) por sentencia judicial.

Sin embargo, conforme lo ha dispuesto la Corporación de cierre de la jurisdicción, el criterio real y efectivo que debe ser satisfecho a efecto de acceder al derecho de sustitución pensional en calidad de compañera permanente, es la convivencia y la mutua ayuda al momento del fallecimiento del causante, como quiera que unos son los efectos civiles del matrimonio y otros los efectos propios de la seguridad social frente a los derechos pensionales. En ese sentido, para tal propósito, la señora MALTIRIS MORELOS LÓPEZ, pretendió acreditar a través de testimonios la calidad de compañera permanente, los cuales fueron inobservados por dicha entidad.

De tal manera que, en virtud de esta acción, la actora solicitó el Decreto y práctica de los testimonios de ALCIDES LÓPEZ PUERTA, ALBERTO IGNACIO RODRÍGUEZ GUERREO, ALINA ISABEL BERTHEL DE CASTRO y SATURNINO CASTRO PÉREZ, quienes declararon de forma coherente, que la señora MALTIRIS MORELOS LÓPEZ y el señor AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL, tuvieron una relación de mutua ayuda y convivencia por más de 10 años, acompañándolo en el lecho de su muerte, acaecida el día 25 de diciembre de 1990; testimonios que en consideración de esta Sala de decisión, son suficientes para acreditar el

elemento de convivencia, a propósito de acceder al derecho de la pensión de sobrevivientes. Así mismo, afirmaron que ambas personas estuvieron casadas, pero al enviudar, decidieron rehacer sus vidas.

Sobre los testimonios, como medios de prueba para acreditar la convivencia con el compañero permanente, la Corporación de cierre de la jurisdicción⁷ ha dicho:

“Respecto a las declaraciones transcritas anteriormente, especialmente a las recepcionadas ante el Tribunal, cabe resaltar que ellas son coincidentes y coherentes entre sí, y que los deponentes dan cuenta de los hechos por el conocimiento propio que tienen de la relación entre el Coronel (r) Carlos Uribe Uribe y la señora Olinda Esmeralda Gómez Pinto.

También es de resaltar que los deponentes son personas que no guardan una relación de parentesco con la señora Olinda Esmeralda, que le permita a esta Sala dudar de la veracidad de su dicho. Salvo el caso de la señora Josefina Gómez, quien si bien no es familiar directa de la interesada sí guarda afinidad legítima con el hermano de la actora, situación que si bien no lleva a desvirtuar de plano su dicho sí obliga a realizar un análisis más riguroso sobre el mismo.”

De lo anterior se desprende con meridiana claridad que, para la Corporación de cierre de la jurisdicción, es dable que a través de testimonios se acredite la convivencia, así como la ayuda mutua real y efectiva entre los compañeros permanentes, para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en la calidad aducida por la actora. Por tal razón, considera la Sala que el argumento traído en el recurso de apelación, no es acertado; máxime si se considera que, conforme los testimonios referenciados, aquellos hicieron vida de pareja por más de 10 años y, estaban juntos al momento que falleció el causante.

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número: 25000-23-25-000-1999-04416-02(0530-09) Actor: OLINDA ESMERALDA GOMEZ PINTO Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Así entonces, la situación de la interesada a la luz de la normatividad aplicable demuestra que:

- De conformidad con lo establecido en el artículo 116 del Decreto 2247⁸ de 1984 concordante con el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, la señora MALTIRIS MORELOS LÓPEZ, en condición de compañera permanente, es beneficiaria de la prestación, pues conformó una comunidad de vida seria y constante con el causante por lo menos durante los últimos 4 años de vida del Ex Adjunto Segundo de la Armada Nacional AMALIO ENRIQUE CASTILLO MAYORAL.
- Así mismo, la citada beneficiaria no se encuentra en alguna de las causales de la pérdida del derecho a la sustitución reclamada en los términos del párrafo del artículo 119 del Decreto 2247 de 1984⁹.

En conclusión, por todo lo expuesto el recurso de alzada no tiene vocación de prosperar, como quiera que conforme a la postura que sobre el tema objeto de estudio ha establecido el H. Consejo de Estado, sí es procedente el reconocimiento de pensión de sobrevivientes a las compañeras permanentes de los miembros de la fuerza pública, que no fueron previstas por el régimen especial para acceder a ese derecho, siempre y cuando acrediten el requisito de convivencia y ayuda mutua al momento de la muerte del causante, por el lapso dispuesto en la Ley 54 de 1990.

En consecuencia de lo anterior, la Sala comparte los argumentos expuestos por el Juez de primera instancia para acceder a las pretensiones de la demanda, razón por la cual se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia.

⁸ ARTÍCULO 116. ORDEN Y PROPORCIÓN DE BENEFICIARIOS. <Decreto derogado por el artículo 151 del Decreto 1214 de 1990> En caso de fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional Las prestaciones a que haya lugar se pagarán a sus beneficiarios en el siguiente orden y proporción:
a) La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del empleado, en concurrencia. estos últimos en las proporciones de ley; (. .)

⁹ ARTÍCULO 119 EXTINCIÓN DE PENSIÓN. <Decreto derogado por el artículo 151 del Decreto 1214 de 1990> Las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de pensión, se extinguirán para el cónyuge 11 contrae nupcias o hace vida marital, o cuando por su culpa no viviere unido al empleado o pensionado en el momento de su fallecimiento; y para los hijos, por muerte, matrimonio, independencia económica o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los inválidos absolutos que dependan económicamente del empleado o pensionado y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motiva y por la porción correspondiente.
La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de los entre sí y a la del cónyuge, en los demás casos no habrá derecho a acrecimiento.

COSTAS

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

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

FALLA

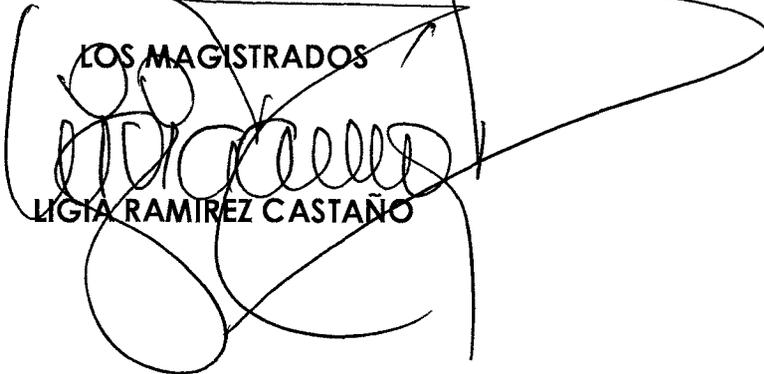
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena el día Veintiocho (28) de Febrero de dos mil trece (2013), que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

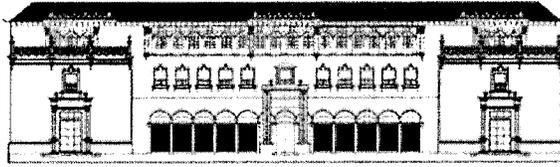
LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

FAB

AUSENTE CON PERMISO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1388
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MARIA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2003-02317-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

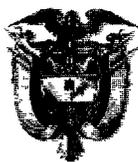


JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



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

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C. Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece
(2013)

SENTENCIA No. **317** /2013

Tema: *Supresión de cargo*

Magistrada de Descongestión: **LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO**

Acción: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
Radicación : **13-001-33-31-002-2003-02317-01**
Demandante: **MARÍA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO**
Demandado: **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN.**

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora **MARÍA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO** instauró demanda en ejercicio de la

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA HOY EN LIQUIDACIÓN para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

Pretensiones

Como pretensiones el demandante solicitó:

"PRIMERA. Que se ordene la inaplicabilidad personal por EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD de la Resolución N°. 002 de 22 de Agosto del 2003, originario del agente liquidador de la ESE Hospital Universitario En Liquidación, por ser este acto administrativo fundamento para la decisión adoptada en el acto acusado.

"SEGUNDA: Declarar que es nulo el oficio N° 346 de agosto 22 de 2003, originario del AGENTE LIQUIDADOR DE LA ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, mediante el cual resolvió retirar del servicio a la demandante la señora MARÍA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO.

"TERCERA: Ordenar a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, el reintegro de mi mandante al cargo de Auxiliar de Enfermería, Código 555 que venía desempeñando en este centro hospitalario o a uno de igual o superior categoría.

"CUARTA: Que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación por parte del actor a favor del ente demandado.

(...)

Hechos

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

Se narra en la demanda que, la señora MARÍA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO fue nombrada en propiedad empleada de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, en el cargo de Auxiliar de Enfermería, Código 555, mediante Resolución No. 115 del 18 de abril de 1978, del cual tomó posesión el 28 de septiembre del mismo año.

Agrega que, por medio de la Resolución No. 1021 de 25 de julio de 2003, la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó el inicio de la toma de posesión para liquidar a la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA.

Mediante Resolución No. 1077 de 5 de agosto de 2003, la Superintendencia de Salud designó al Agente Liquidador de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, facultándolo para dar por terminado los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiriera, y conservar y contratar los que fueran necesarios para el debido adelantamiento de la liquidación.

El Agente Liquidador, mediante Resolución No. 002 de 22 de agosto de 2003, resolvió suprimir la Planta de Personal de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN, 551 cargos clasificados en carrera administrativa, entre los cuales se encuentra el que desempeñaba la actora, sin que previamente desarrollara los procedimientos ordenados en la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios.

Que mediante Oficio de retiro No. 0346 de 22 de agosto de 2003, el Agente Liquidador le comunica a la demandante, que había sido retirada del servicio.

Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

La demandante considera que, con la expedición de los actos administrativos demandados, se violan las siguientes disposiciones:

- Artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 26, 29, 53 y 125 de la Constitución Nacional.
- Artículo 41 y concordantes de la Ley 443 de 1998.
- Artículo 8 de la Ley 136 de 1994.
- Artículos 38 y 39 de la Ley 11 de 1886.
- Ley 715 de 2001.
- Ley 13 de 1984.

- Artículos 48 y 49 de la Ley 10 de 1990.
- Ley 100 de 1993.
- Decreto 2400 de 1968.
- Decreto 1572 de 1998.
- Decreto 2046 de 1969.
- Decreto 1950 de 1973
- Decreto 256 de 1994.
- Artículo 1 del Decreto 1421 de 1993.
- Artículo 84 y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

Manifiesta que existe falsa motivación del acto acusado, al contemplar en sus consideraciones que la causa central para la supresión de los cargos de carrera allí contemplados, se debe a la facultad de suprimir cargos que supuestamente le dio la Superintendencia Nacional de Salud, siendo que solo fue facultado para dar por terminado los contratos de trabajo del personal que comporta las calidades de trabajadores oficiales, por ser éstos únicos que se vinculan mediante la figura contractual.

Aduce que la Resolución 1077 del 5 de agosto de 2003 a través de la cual Superintendencia Nacional de Salud designo como Agente Liquidador y le determino varias facultades, no estableciéndose las de suprimir cargos de carrera y mucho menos el retiro de los empleados que ocupaban en propiedad o provisionalidad.

Que se ha violado el principio de igualdad en el trabajo, al ordenar la incorporación de otros trabajadores que tenían el mismo grado y código en el escalafón de la carrera administrativa, por lo que se discrimina a la demandante de forma injustificada, actuando en contravía de los artículos 13 y 53 de la Constitución.

Por último, plantea que resultaron estropeados los fines propios de la carrera administrativa, al haberse perdido de vista el mérito como criterio de

selección y sostén del empleo, o cuando ignora la estabilidad que se predica respecto de la carrera, para que el sistema opere.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

Señala que, que en el presente caso se configura la excepción de la falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a su representada, por cuanto aquella no tuvo injerencia en la producción de los actos administrativos acusado en virtud de esta acción. En ese mismo sentido explica, que llegado el caso, la entidad legitimada para responder por los perjuicios ocasionados sería la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA EN LIQUIDACIÓN.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El 28 de octubre de 2011, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

"FALLA

ARTICULO PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en este proveído.

Consideró la Juez de primera instancia que, en el presente caso, la entidad demandada sí tenía competencia para expedir la Resolución 022 de agosto de 2003, a través de la cual se suprimieron varios cargos de la planta de personal de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA, toda vez que aquel deviene de la expresa facultada que le confirió la Superintendencia de Salud.

Así mismo expresa, que si bien la mencionada Resolución incurre en una imprecisión técnica al referirse a la supresión de los contratos de trabajo, no debe perderse de vista que el objetivo era la liquidación de la ESE demandada, y en ese sentido aquella tenía la obligación de suprimir todos los cargos de la entidad para cumplir con el propósito encomendado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2011, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Insiste en que, el Agente Liquidador de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA, carecía de facultades para suprimir los cargos pertenecientes a la carrera administrativa, toda vez que, los actos administrativos que ordenan la intervención a la entidad demandada, coinciden en que sólo autorizaban al liquidador a dar por terminado los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiriera para adelantar el proceso de liquidación.

Reitera que, no se puede igualar a los trabajadores de entidades estatales, con los empleados públicos, ya que ambos grupos hacen parte de los servidores públicos del Estado, pero existen entre ellos varias diferencias, dentro de las cuales se destaca su forma de vinculación, pues por el lado de los trabajadores oficiales la vinculación a la administración se hace mediante contrato de trabajo, lo cual los sitúa en una relación de carácter contractual laboral, asimilable a la de los trabajadores particulares. Diferente es el panorama de los empleados públicos, en cuanto a que su vinculación a la administración es mediante una relación legal y reglamentaria, la cual en la práctica se observa en el acto de nombramiento y la posesión del empleado, además de ser sometido a un régimen especial.

Concluye entonces que, el Agente Liquidador de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA, no tenía competencia para suprimir cargos de carrera de la entidad, pues no se le había atribuido dicha facultad expresamente.

Señala que, las normas de competencia deben interpretarse en un sentido restrictivo, de manera que la autoridad respectiva solo puede realizar las funciones que expresamente le hayan sido otorgadas.

Agrega que, si bien es cierto que la Ley 443 de 1998, por medio de la cual se expiden normas de la carrera administrativa, en su artículo 39 señala la posibilidad que tienen las entidades públicas para suprimir cargos de carrera, también es cierto, que tal decisión debe ser tomada por la autoridad administrativa facultada para ese asunto.

Solicita entonces, que se revoque la sentencia de primera instancia, toda vez que, el a quo no vio que el agente liquidador no era el competente para suprimir el cargo de la accionante, pues su vinculación era legal y reglamentaria y el agente liquidador solo tenía la atribución de terminar con los contratos de trabajo de la entidad demandada, además porque, la autoridad facultada para realizar modificaciones dentro de la planta de personal de la demandada, incluyendo la supresión de cargos, era la Junta Directiva, tal y como lo establece el Estatuto Interno de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE CARTAGENA.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 9 de mayo de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 220); y, con providencia adiada en agosto 23 de la misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 222).

En esta oportunidad procesal la parte demandante y demandada guardaron silencio.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público desistió de emitir concepto en esta oportunidad (fl.223).

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 28 de octubre de 2011, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 numeral 1º del C.C.A.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Resolución No. 002 del 22 de agosto de 2003, proferida por el Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, mediante la cual se suprimieron varios cargos de la planta de personal de esa entidad.

- **Oficio No. 346 de agosto 23 de 2003**, originario del Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena en Liquidación, mediante el cual se le comunicó a la señora MARÍA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO, que quedaba retirada del cargo que desempeñaba.

PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, el problema jurídico a resolver en este caso, se contrae a establecer:

Si el Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, tenía facultades para suprimir los cargos de carrera administrativa de dicha entidad, entre los que se encontraba el de Auxiliar de Enfermería que desempeñaba la demandante, dentro del proceso liquidatorio de esa entidad.

Del régimen del personal de los Hospitales Departamentales y Distritales y, de las facultades que respecto de la planta de personal ostenta sus órganos de dirección.

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, tendría lugar a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, 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.

Por su parte, el artículo 195 numeral 5 de la misma ley, en cuanto al personal de las empresas prestadoras del servicio de salud, remite a lo preceptuado por la **Ley 10 de 1990**, la cual en su artículo 26 dispone:

"Art. 26 Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de

salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c), e i) del artículo 1º. De la ley 61 de 1987.

2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:

a) Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;

b) Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada, y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;

c) Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría.

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser asignados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su permanencia a la carrera administrativa.

Parágrafo. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo.

Lo anterior indica 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 señalados en las normas transcritas, lo cuales ostenta la categoría de libre nombramiento y remoción, personal respecto del cual se predica una vinculación legal y reglamentaria.

Se señala igualmente que, el personal destinado a las funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, tienen la categoría de trabajadores oficiales, vinculados mediante contrato de trabajo.

Mediante el Decreto 1876 de 3 de agosto de 1994¹, se reglamentaron los artículos 96, 97 y 98 de la Ley 100 de 1993, que hacen referencia a las Empresas Sociales del Estado, y la conformación y funciones de sus Juntas Directivas, determinando en su artículo 5, que el área de dirección estaría conformada por la Junta Directiva y el Gerente:

“ARTICULO 5o. ORGANIZACION. Sin perjuicio de la autonomía otorgada por la Constitución Política y la ley a las Corporaciones Administrativas para crear o establecer las Empresas Sociales del Estado, éstas se organizarán a partir de una estructura básica que incluya tres áreas, así:

a) DIRECCION: conformada por la Junta Directiva y el Gerente y tiene a su cargo mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la Misión y Objetivos institucionales; identificar las necesidades esenciales y las expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del Servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional, sin perjuicio de las demás funciones de dirección que exija el normal desenvolvimiento de la entidad.

Parágrafo.- A partir de la estructura básica, las Empresas Sociales del Estado definirán su estructura organizacional de acuerdo con las necesidades y requerimientos de los servicios que ofrezca cada una de ellas (...).”

Por su parte, el artículo 11 de la disposición en cita, fijó las funciones de la Junta Directiva, asignándole entre ellas, las siguientes:

“(...) 6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.

(...)

16. Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente. (...)
(Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, las competencias de los Gerentes de Empresas Sociales del Estado, en principio fueron señaladas por el artículo 14 del Decreto 1876 de 1994, el cual posteriormente fue derogado por el Decreto 139 de 1996, que en sus artículos 4 y 7, preceptúa:

¹ Posteriormente aclarado por el Decreto 1621 del 25 de septiembre de 1995.

"ARTICULO 4o. DE LAS FUNCIONES DEL CARGO DE GERENTE DE EMPRESAS SOCIAL DEL ESTADO Y DE DIRECTOR DE INSTITUCION PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD PUBLICA DEL PRIMER NIVEL DE ATENCION. Son funciones del Gerente de Empresas Social del Estado y de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud Pública del primer nivel de atención, además de las definidas en la Ley, Ordenanza o Acuerdo, las siguientes:

(...)

16. Presentar a la Junta Directiva el proyecto de planta de personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento y someterlos a la aprobación de la autoridad competente.

(...)

ARTICULO 7o. DE LAS FUNCIONES. Son funciones del Gerente de Empresas Social del Estado y de Director de Institución Prestadora de servicios de Salud Pública del segundo y tercer nivel de atención además de las definidas en el artículo 4o. de este Decreto, las siguientes:

1. Propiciar y desarrollar investigaciones científicas-tecnológicas con el fin de establecer las causas y soluciones a los problemas de salud en su área de influencia.

2. Adelantar actividades de transferencia tecnológica y promover las realizaciones de pasantías con el fin de ampliar los conocimientos científicos y tecnológicos de los funcionarios de las entidades hospitalarias.

3. Participar y contribuir al desarrollo del sistema de red de urgencias en su área de influencia.

4. Promocionar el concepto de gestión de calidad y de acreditación que implique contar con estrategias coherentes de desarrollo organizacional".

De lo anterior se colige que, quien ostenta la competencia para efectuar el proceso de supresión de empleos dentro de una Empresa Social y del Estado es la Junta Directiva de la Entidad y que sólo compete al Gerente (representante legal) la facultad de presentar un proyecto de planta de personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento, el cual es sometido a la aprobación de la autoridad competente (Junta Directiva de la Entidad).

De las normas que regulan la intervención forzosa de la Superintendencia de Salud respecto de las entidades prestadoras de los servicios de salud.

La liquidación de las Empresas Sociales del Estado, proveniente de la intervención hecha por la Superintendencia de Salud, está contemplada en las siguientes normas:

La Ley 715 de 2001, en cuanto a la intervención forzosa ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud, establece lo siguiente:

"...La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos, cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como para intervenir técnica y administrativamente las direcciones territoriales de salud, en los términos de la ley y los reglamentos.

La intervención de la Superintendencia de Salud a las Instituciones Prestadoras de Salud tendrá una primera fase que consistirá en el salvamento".

Por otra parte, el artículo 42 de la citada disposición, señala:

"ARTÍCULO 42. COMPETENCIAS EN SALUD POR PARTE DE LA NACIÓN.

Corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio de las siguientes competencias, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

...

42.8. Establecer los procedimientos y reglas para la intervención técnica y/o administrativa de las instituciones que manejan recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sea para su liquidación o administración a través de la Superintendencia Nacional de Salud en los términos que señale el reglamento. El Gobierno Nacional en un término máximo de un año deberá expedir la reglamentación respectiva.

42.9. Establecer las reglas y procedimientos para la liquidación de instituciones que manejan recursos del sector salud, que sean intervenidas para tal fin".

Las normas antes citadas, permiten concluir que, la Superintendencia Nacional de Salud en uso de su facultad de inspección y vigilancia, por expresa disposición legal, 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 con una etapa tendiente a restablecer el normal funcionamiento de la entidad.

Adicionalmente, el Decreto 1922 de 1994 por el cual se reglamenta la intervención del Ministerio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud, señaló respecto de las facultades del interventor lo siguiente:

"ARTICULO 16. FACULTADES DEL INTERVENTOR. La autoridad en ejercicio de las facultades de intervención total o parcial, según el caso, puede:

1. Asumir las funciones de uno, de varios o de todos los programas, organismos, dependencias y cargos que ejerzan funciones de dirección y administración en el ente intervenido de conformidad con sus estatutos.

2. Decretar la separación de personas que ejerzan cargos de dirección técnica, científica o administrativa en la entidad intervenida.

3. Ejercer las funciones de la Junta Directiva por el término que dure la facultad de intervención.

4. Ejercer las facultades que garanticen los efectos de la intervención total o parcial, según el caso, a que se refieren los artículos 14 y 15 del presente Decreto.

ARTICULO 31. INTERVENCION PARA LIQUIDAR. <NOTA DE VIGENCIA: El artículo 1o. del Decreto 788 de 1998, publicado en el Diario Oficial No. 43.290 del 4 de mayo de 1998, dispone que la intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las EPS e IPS debe ser ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud.> El Ministerio de Salud o la autoridad en quien éste delegue podrá intervenir o tomar posesión de una entidad promotora de salud para liquidarla cuando se haya revocado la autorización para funcionar o haya incurrido en una causal de liquidación de conformidad con sus estatutos o con su régimen legal.

ARTICULO 32. PROCEDIMIENTOS DE LA INTERVENCION PARA LIQUIDAR. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto-ley 1259 de 1994, los procedimientos administrativos para la intervención o toma de posesión para liquidar una entidad promotora de salud, serán en lo que sea pertinente, los previstos en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993 y las demás normas que lo complementen o modifiquen".

Se observa como, las disposiciones antes señaladas, establecen la facultad que tiene la Superintendencia de Salud de intervenir a las empresas

prestadoras del servicio de salud, sea para administrarlas o para liquidarlas, estableciendo que para tal procedimiento se deben seguir los parámetros indicados en el Decreto 663 de 1993², el cual establece en sus artículos 116 y 117, los efectos y consecuencias de la toma de posesión de la entidad para su liquidación. Por otra parte, en el artículo 296 del mismo decreto, se establece que la Superintendencia, una vez dispuesta la liquidación de una entidad vigilada, tiene la facultad de designar y remover discrecionalmente a los liquidadores, fijar sus honorarios y hacer un seguimiento de la actividad que desarrollan.

Así las cosas, 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.

De las competencias de los liquidadores en los procesos de liquidación forzosa, en entidades prestadoras de salud.

Como se indicó en el acápite anterior, el procedimiento a seguir cuando se dispone la liquidación de una empresa prestadora de servicio de salud es el contenido en el Decreto 663 de 1993, que respecto al régimen aplicable al liquidador en su artículo 295, dispone:

"ARTICULO 295. REGIMEN APLICABLE AL LIQUIDADOR Y AL CONTRALOR.

9. Facultades y deberes del liquidador. El liquidador designado por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades:

a. Actuar como representante legal de la intervenida;

b. Ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva;

c. Adelantar durante todo el curso de la liquidación el recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto

² Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración

deban ingresar a la masa de la liquidación, para lo cual podrá ofrecer incentivos por la denuncia de la existencia y entrega de tales activos;

(...)

m. Dar por terminados los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera, y conservar o contratar los que sean necesarios para el debido adelantamiento de la liquidación;

n. Bajo su responsabilidad promover las acciones de responsabilidad civil o penales que correspondan, contra los administradores, directores, revisores fiscales y funcionarios de la intervenida;

o. Propiciar acuerdos cuyo objeto consista en la continuación por un nuevo fiduciario de la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en los contratos fiduciarios celebrados por la entidad intervenida, antes de efectuar las restituciones a los fideicomitentes a que haya lugar, y

p. Destinar recursos de la liquidación al pago de la desvalorización monetaria que hubieren podido sufrir las acreencias que debieron sujetarse al proceso liquidatorio".

Advierte la Sala que, las normas antes citadas están dirigidas a ser aplicadas a los procesos de liquidación de las entidades de carácter privado, tales como las Instituciones Financieras, las cuales vinculan a sus empleados siempre mediante contratos de trabajo, razón por la cual, se utiliza la terminología **dar por terminados los contratos de trabajo**, cuando se refiere a la finalización de todos los vínculos laborales de sus trabajadores, ya que, la única forma de vinculación de trabajadores a una entidad de carácter privado, es precisamente el contrato de trabajo.

Por tanto, a la hora de aplicar esta normatividad a una Empresa Social del Estado, como lo es la entidad demandada, debe entenderse la finalidad de la norma, cual es la de acabar con todos los vínculos laborales de la entidad, sin importar el tipo de vinculación que ostenten, ya sea legal o reglamentaria o contractual, cuando ellos no resultaren útiles para adelantar el proceso de liquidación de la entidad.

Aunado a lo anterior, las funciones del liquidador de la entidad, deben ser

analizadas en el marco de un proceso liquidatorio, como es la de ejecutar los actos que tiendan a facilitar la preparación y realización de una liquidación rápida y progresiva, función que lleva implícita la reducción de la planta de personal de la misma, por lo que, no puede entenderse que la planta de personal debe permanecer aún cuando la entidad a la que se encuentra adscrita, va a desaparecer, ya que ello sería inconsecuente con la situación fáctica que sufre la entidad.

Ahora, se observa que las funciones del liquidador señaladas en las normas antes citadas, coinciden íntegramente con las conferidas mediante las Resoluciones 1021 de 2003 y 1077 de 2003, expedidas por la Superintendencia de Salud, al Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, que se resume en que podrá dar por terminados los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera, pudiendo conservar y contratar a los empleados que sean necesarios para el debido adelantamiento del proceso de liquidación, facultades que se le otorgan con fundamento en el Decreto Ley 663 de 1993, teniendo siempre en cuenta la finalidad antes expuesta, es decir, la de dar por terminadas todas las relaciones laborales que hubiere asumido la entidad, sin importar la clase de vinculación que dio origen a las mismas.

5. CASO CONCRETO

Revisado el expediente, se observa que, la Superintendencia Nacional de Salud, por Resolución No. 1021 de 25 de julio de 2003, da por terminada la intervención administrativa y ordena iniciar la toma de posesión para liquidar el Hospital Universitario de Cartagena Empresa Social del Estado, estableciendo en el literal j del artículo tercero:

*"j. **El liquidador dará por terminados los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera**, pudiendo conservar y contratar a los empleados que sean necesarios para el debido adelantamiento del proceso de liquidación, de conformidad con lo ordenado en el literal m) numeral 9º artículo 295 del Decreto Ley 663 de 1993."*(Resaltado de la Sala).

Así mismo, mediante Resolución No. 1077 de 2003, la Superintendencia designó al Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, disponiendo en su artículo segundo, lo siguiente:

*"ARTICULO SEGUNDO. La persona natural designada ejercerá las funciones propias de su cargo como liquidador, previa posesión del mismo y tendrá la guarda y administración de los bienes que se encuentren en poder de la intervenida, de la masa de la liquidación o excluidos de ella y, además, los siguientes deberes y facultades:
(...)*

l. Dar por terminado los contratos de trabajo de empleados cuyo servicio no requiera, y conservar y contratarlos que sean necesarios para el debido adelantamiento de la liquidación..."

El Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, en uso de las facultades que le fueron conferidas en las resoluciones antes señaladas, expidió la Resolución No. 002 de 22 de agosto de 2004 (folios 26– 27), por medio de la cual suprime de la planta de personal de dicha entidad, varios cargos, entre los que se encuentran 246 de Auxiliar de Enfermería código 555, porque no se requerían para el debido adelantamiento de la liquidación.

De igual manera, mediante Oficio No 346 de 22 de agosto de 2003 (folio 25), el Agente Liquidador de la ESE Hospital Universitario de Cartagena, le comunica a la señora MARÍA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO, que el cargo de Auxiliar de Enfermería había sido suprimido de la planta de personal de esa entidad, motivo por el cual quedaba retirada del servicio a partir de esa fecha.

Se encuentra demostrado que la señora MARÍA AUXILIADORA DE FEX SANTIAGO, al momento de la supresión de cargos de la planta de personal de la entidad demandada, se encontraba desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería código 555 (Ver oficio No. 346 de agosto 22 de 2003), cargo de carrera administrativa, según se desprende de los Estatutos de la ESE Hospital Universitario de Cartagena y del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, motivo por el cual ostentaba la calidad de empleada pública.

Como ya ha determinado la Sala, aunque los actos administrativos que facultan al Agente Liquidador de la entidad demandada, le otorguen expresamente la competencia para *terminar los contratos de trabajo*, en el contexto de una Empresa Social del Estado, como el Hospital Universitario de Cartagena, debe entenderse que dicha facultad abarca necesariamente la supresión de la totalidad de los cargos de la planta de personal, siempre que no se consideren necesarios para adelantar en debida forma el proceso liquidatorio, sin que haya lugar a hacer distinciones entre empleados oficiales y servidores públicos, ni al tipo de vinculación de los mismos.

Así las cosas, comparte la Sala el criterio del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, según el cual el Agente Liquidador de la entidad accionada, tenía competencia para suprimir los cargos de la planta de personal y terminar los contratos innecesarios para la situación administrativa de la entidad, independientemente de que se tratase de empleados vinculados por contrato de trabajo o por una relación legal y reglamentaria, como es el caso de la actora; Motivo por el cual, los actos administrativos que se profirieron fueron expedidos con competencia para ello, de suerte que el cargo de nulidad que se invoca no prospera. En consecuencia, esta Sala de decisión confirmará la sentencia recurrida.

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 de la demandante.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de Veintiocho (28) de octubre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones *ut supra*.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

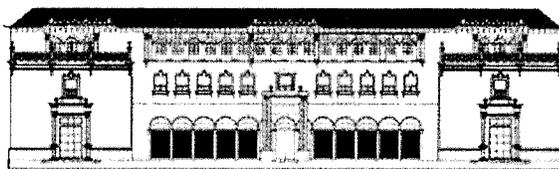
JORGE-ELIECER FANDIÑO GALLO



MARCELA LOPEZ ALVAREZ

FAB **AUSENTE CON PERMISO**

PROYECTO:
JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1389
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MIGUEL DE JESUS CABRERA JIMENEZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2011-00138-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C. Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 310 ~~2013~~

Tema: Retiro discrecional

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-004-2011-00138-01
Demandante: MIGUEL DE JESUS CABRERA JIMENEZ
Demandado: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2012, dictada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor MIGUEL DE JESUS CABRERA JIMENEZ instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

Persigue el demandante la declaración de nulidad de la Resolución No. 074 del 4 de febrero de 2011, por medio de la cual se llamó a retiro discrecional al actor, la que fue proferida por el Ministerio de Defensa Comando de la Armada Nacional.

Que, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reintegrar al accionante al citado cargo de Suboficial Primero, y se ordene el reconocimiento y pago de los salarios, sueldos, primas de todo orden, bonificaciones, y demás emolumentos y derechos prestacionales y laborales dejados de percibir con retroactividad desde el día 4 de febrero de 2011, fecha en la cual lo retiraron del servicio activo de la Armada Nacional, hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrado al grado que le corresponda.

Que así mismo se declare la revisión del acta No. 418 de enero 26 de 2011, del Comité de Evaluación para Suboficiales, pues los que firmaron y estuvieron presentes no son los competentes tal como lo indica el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000, en virtud de que dicha acta debía estar firmada por el comandante de su unidad operativa a la cual pertenecía como era el Comandante del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 30 del Yatí Magangué (Bol.) y el Director de Personal de la Armada Nacional, militares estos que no participaron, ni estuvieron presentes en la reunión del Comité.

HECHOS

Como soporte fáctico de sus pedimentos, sostiene que entre el señor CABRERA JIMENEZ y la demandada, existió un vínculo de carácter laboral en la carrera militar entre el 8 de enero de 1992 hasta el día 4 de febrero de 2011, cuando fue fulminado con el fenómeno jurídico "Retiro Discrecional", mediante la Resolución No. 074 de febrero 4 de 2011, previo concepto del Comité de Evaluación para Suboficiales de la Armada Nacional mediante acta No. 418 de enero 26 de 2011, desconociendo antes de su retiro los motivos por los cuales le desvincularon, situación de hecho que destruye la defensa y afecta el derecho fundamental al debido proceso que le asiste al actor.

Cuenta que el retiro se produjo cuando ocupaba el rango militar de Suboficial Primero de la Armada Nacional y ostentaba el cargo de Jefe del Departamento de Armamento en la motonave fluvial ARC SENEN ALBERTO ARAUJO BELLO, y nunca supo los motivos por los cuales se originó su desvinculación, no se le dio a conocer el concepto, ni las recomendaciones en que se apoyó el Comité de Evaluación de la Armada Nacional para retirarlo del servicio.

Señala que durante su permanencia en la Institución, fue un militar de excelentes calidades profesionales y humanas, cumplidor de sus deberes en su cargo, su desempeño fue muy bueno, recibiendo abundante calificaciones, cualidades que están consignadas en su folio de vida de los lapsos evaluables de los años 2010 y 2011 y extracto de hoja de vida.

Manifiesta que la entidad demandada incurrió en un error jurídico al retirar del servicio mediante la resolución acusada al demandante, constituyéndose una desviación o abuso de poder y un presunto fraude procesal, debido a que no tuvo la Institución militar en cuenta el documento público, Oficio No. 1314-MD-CG-CARMA-OFJUR-22 de fecha 26 de junio de 2009, proferido por el Comandante de la Armada Nacional, documento que impedía y limitaba cualquier tipo de retiro por vía discrecional por causal de retiro por separación absoluta y retiro temporal con pase a la reserva.

Agrega que la institución militar contaba con 30 días siguientes a la notificación de los fallos de primera y segunda instancia dictados por el Juez Penal Militar respectivamente, y sin embargo no dispuso dentro de ese término el retiro del actor por separación absoluta y temporal conforme a los artículos 111 y 112 del Decreto ley 1790 de 2000.

No obstante, señala que después de haber transcurrido 20 meses desde la emisión del Oficio No. 1314-MD-CG-CARMA-OFJUR-22 de fecha 26 de junio de 2009, y dos años y dos meses desde la notificación y ejecutoria de los fallos de primera y segunda instancia dictados por el Juez Penal Militar, la Armada en la decisión adoptada con el acto acusado, resolvió retirar del servicio activo al señor CABRERA JIMENEZ con la figura del retiro discrecional utilizando la causal de retiro TEMPORAL contemplada en el artículo 112 del Decreto 1790 de 2000, fundamentando la resolución en acta del Comité de Evaluación para

Suboficiales, la cual a su vez fue motivada en los hechos relativos a las sentencias condenatorias proferidas en contra del demandante, como cómplice del punible de cohecho a la pena de dos años y seis meses de prisión y SEPARACION ABSOLUTA de las Fuerzas Militares.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado actor estima que la decisión administrativa acusada a través de esta acción, es violatoria de las siguientes disposiciones:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 5, 15, 16, 25, 29, 122 y 127 inciso final.
- Código Sustantivo del Trabajo, arts.: 9 y 10.
- Decreto 1790 de 2000 art. 99, 100 y 104.
- Decreto No. 1104 de 2006.
- Decreto 1428 de 2007.

Como argumentos en el concepto de violación de la norma, afirma que las Fuerzas Militares de Colombia Armada Nacional, por conducto de su comandante incurrió en un error de tipo jurídico al aplicarle el Decreto 1790 del 2000, artículos 99 y 104 al actor, sin el lleno de los requisitos y el procedimiento, por lo que la Nación- Ministerio de Defensa- Armada Nacional, por conducto del comando de la Armada Nacional, incurrieron en un error jurídico inadecuado al retirar del servicio activo mediante Resolución acusada No. 074 de febrero 4 de 2011 al militar MIGUEL CABRERA, constituyéndose su decisión en una desfiguración legal de las normas con lo cual aplicó su retiro, además en un acto de desviación de poder y en un presunto fraude procesal y de contera en un acto de interpretación típica de error por la vía de hecho por falso juicio de existencia, que implica que la institución militar ha debido señalar en forma clara el medio de prueba que tenía y que soportaba el retiro, pero sin embargo ignoró el medio probatorio material con que contaba y está amparado el actor, debido que no tuvo la institución militar en cuenta el documento público, Oficio No. 1314-MD-CG-CARMA-OFJUR-22 de fecha 26 de junio de 2009, proferido por el Comandante de la Armada Nacional, documento que impedía y limitaba cualquier tipo de retiro por vía discrecional por causal de retiro por separación absoluta y retiro temporal con pase a la reserva.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL, expone que se está en presencia de una demanda inepta, dado que no se demandaron todos los actos que componen el acto administrativo complejo, mediante el cual se ordenó el retiro del actor, además el acto administrativo atacado fue expedido con el lleno de todos y cada uno de los requisitos de forma que ello requiere y con observancia de la Constitución y la ley.

Señala que según las reglas de la carga de prueba, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, obligación que ha incumplido el actor, pues hasta este estadio procesal, no se ha acreditado ninguna de las causales de nulidad del acto administrativo, por la sencilla razón de que la institución militar actuó dentro de las reglas propias del régimen militar, sin vulnerar normas de orden superior, tan es así que la facultad discrecional, se encuentra reglada por el Decreto 1790 de 2000 artículo 104.

Propone como excepción la inepta demanda.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó sentencia el 11 de diciembre de 2012, negando las pretensiones de la demanda.

Estimó la *a quo* que, con respecto al cargo de violación de normas superiores, se desprende del material probatorio que el actor fue retirado del servicio previa recomendación del Comité de Evaluación de la Armada Nacional, cuyo contenido claramente se desprende que dicho órgano asesor impartió el aval que exige el artículo 104 del Decreto 1790 de 2000 y dicho acto fue expedido por funcionario competente de acuerdo con lo establecido en el artículo 99 *ibídem*, por lo tanto la entidad demandada ajustó a las normas superiores aplicables al acto de retiro en su expedición, por lo cual el cargo no prospera.

Con respecto al cargo de Desviación de Poder, señala la Juez que en el asunto de marras, las anotaciones positivas consignadas en la hoja de vida del actor corresponden únicamente al estricto cumplimiento de su deber como miembro de la Armada Nacional y en ejercicio de sus funciones, no le otorgan la prerrogativa de permanencia ya que es lo mínimo que se le debe exigir a todo funcionario.

Considera que no existen elementos de juicio que permitan concluir que la medida de separación del servicio activo, obedeció a una finalidad distinta a la prevista por el legislador, y en esa medida la censura por esta causal en criterio de este operador judicial, tampoco está llamada a salir adelante.

Finalmente con relación al debido proceso, consideró que es característico de los actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, que se consideran o suponen expedidos en aras del buen servicio público y la administración no está obligada a expresar los motivos del acto, a diferencia de los proferidos en virtud de la facultad disciplinaria, evento en el cual debe respetarse el debido proceso y el inculpado debe ser oído en descargos.

Afirma que por tratarse de una facultad discrecional no era de rigor que el acto que ordenó la remoción del actor expresara motivos distintos de la voluntad discrecional de la administración, lo que sí es indispensable para los actos reglados con el objeto de determinar la conexidad entre los hechos y el derecho aplicado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primera instancia, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, interpuso recurso de apelación la parte demandante.

Sustenta su recurso afirmando que el acto con el cual retiraron al demandante, fue edificado y diseñado mediante el desconocimiento y la violación directa de la norma sustantiva que consagra los señalados artículos especial militar, en cuyo contenido está claramente determinado los términos con que contaba la

institución militar para elaborar el acto administrativo para la separación por retiro temporal con pase a la reserva cuando un miembro suboficial de la Armada Nacional haya sido condenado mediante sentencia debidamente notificada y ejecutoriada.

Señala que, el señor Comandante de la Armada Nacional en vez de ordenar el retiro mediante un acto administrativo dentro de los términos legales que dispone el artículo 113 del Decreto ley 1790 de 2000, no lo hizo, por el contrario convalidó la permanencia en el servicio activo del actor, a través del Oficio No. 1314-MD-CG-CARMA-OFJUR-22 de fecha 26 de junio de 2009, proferido por el Comandante de la Armada Nacional apoyado jurídicamente en razón a la caducidad, prescripción y vencimiento con que contaba para retirar del servicio al actor.

Afirma que la institución militar, en forma inadecuada y con violación de la norma sustantiva revivió el retiro del actor cuando este había sido superada en derecho a raíz del descuido de la institución militar y lo hizo mediante la resolución acusada, después de haber transcurrido dos años y dos meses después que la providencia respectiva había sido notificada y ejecutoriada, situación que es evidente contrariando la ley, ya que esta dispone que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la respectiva providencia donde fue condenado por la justicia penal militar, y no después de dos años y dos meses.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 5 de abril de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 216); y, con providencia adiada en abril 22 de la misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 218).

En esta oportunidad procesal, la parte demandante alegó de conclusión de manera extemporánea, la parte demandada alegó de concusión dentro del término legal para ello y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandada. Señala la apoderada de la entidad demandada que no le asiste razón al demandante al afirmar que hubo violación al debido proceso, por cuanto la norma aplicable era el artículo 111 del Decreto No. 1790 de 2000, pues tal como lo afirmó el Comandante de la Armada Nacional, mediante Oficio No. 1314 del 26 de junio de 2009, al actor no le aplicaría dicha norma, por haber fenecido el término de ley para ello, no obstante ello no quiere decir que el actor gozara de una estabilidad perpetua en la institución castrense, dado que por razones del buen servicio podía ser retirado del cargo, como en efecto sucedió.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público delegado ante esta corporación, rindió concepto de fondo manifestando quede los considerandos de la resolución acusada, se aporta suficientes motivos para la expedición del acto, es decir, la resolución que ordena el retiro discrecional del actor, cuenta con motivación suficiente, de tal forma que se satisfaga la exigencia de la Corte Constitucional de expresar las razones que conducen a la decisión de retirar del servicio al actor.

Señala que no existe en autos prueba alguna que demuestre que las razones y motivos expresados en el acto acusado sean falsas o que con las mismas se esté en presencia de una desviación de poder, por el contrario, en autos militan pruebas que respaldan los argumentos de la junta asesora para recomendar el retiro del actor.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de diciembre de 2012 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico gira entorno a establecer la legalidad de la Resolución 074 de febrero 4 de 2011, por medio de la cual se retira del servicio activo de la Armada Nacional, en forma temporal, con pase a la reserva y por retiro discrecional al Suboficial Primero MIGUEL CABRERA JIMENEZ.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en razón a que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho pues fue expedido previo concepto del Comité de Evaluación para el retiro discrecional de la Armada Nacional, que recomendó el retiro del actor en forma discrecional, de conformidad con lo establecido en los artículos 100 y 104 del Decreto 1790 de 2.000, potestad completamente independiente de la penal consagrada en el artículo 111 ibídem.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución No. 074 de febrero 4 de 2011, expedida por el Comandante de la Armada Nacional, mediante la cual ordenó el retiro del servicio activo por retiro discrecional al Suboficial Primero MIGUEL DE JESUS CABRERA JIMENEZ (fl. 16).

Conforme a las previsiones del art. 63 del C.C.A., al no haberse interpuesto contra tal decisión el recurso de reposición y tratándose de un acto administrativo de carácter discrecional, se agotó en debida forma la vía gubernativa.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL SOBRE EL RETIRO DISCRECIONAL

De conformidad con lo establecido en los artículos 216 y 217 de la Constitución Política, el Ejército Nacional forma parte de las Fuerzas Militares; las cuales, a su turno, tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La misión especial que le ha conferido la Constitución Política a la Fuerza Pública, y en especial a las Fuerzas Militares, requiere la existencia de ciertas facultades en cabeza de sus máximas autoridades, entre ellas y la principal del Presidente de la República¹, tendientes a obtener un mejor servicio.

Dentro de dichos mecanismos la posibilidad del retiro del servicio, por facultad discrecional, se constituye en una herramienta que, establecida legalmente, permite la renovación del personal con el objeto de obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la Institución.

Dicha facultad, sin embargo, no puede interpretarse aisladamente de los principios que informan nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio, las cuales se presumen².

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho y conforme a derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. Al respecto, en sentencia del H. Consejo de Estado, de 3 de agosto de 2006, C. P. doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se sostuvo:

“La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.”.

La posibilidad de la Administración de adoptar decisiones fundadas en criterios de oportunidad y conveniencia, sin embargo, dentro de un sistema de pesos y

¹ De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del Artículo 189 de la Constitución Política, le corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. “(...) Dirigir la fuerza Pública y disponer de ella como comandante supremo de las fuerzas armadas de la república.”.

² Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

contrapesos no es ajena al control en sede judicial³. El H. Consejo de Estado reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico⁴. En este sentido, en la providencia anteriormente mencionada sostuvo:

*“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”.*

Concretamente la Resolución acusada, expedida por el Comandante de la Armada Nacional, se fundó en las siguientes disposiciones:

a. En el artículo 99 del Decreto 1790 de 14 de septiembre de 2000, “por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, que reza:

ARTICULO 99.- RETIRO. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales, sin perder su grado militar, por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por Decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

³ Al respecto, en sentencia de esta Subsección, de 27 de marzo de 2003, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 2366-02, actor: Francisco Javier Caballero Hurtado, se consideró: “Así las cosas, el quid de la discrecionalidad no versa hoy en día sobre su existencia, la cual no se discute, sino hasta dónde es legítimo el ejercicio del control judicial y en qué consistiría dicho control, partiendo del principio, ecuménicamente aceptado, según el cual la discrecionalidad sólo puede ser concebida como legítima en un Estado de Derecho en la medida en que aprecie el interés general en relación con otros intereses múltiples y heterogéneos que aparecen en el ordenamiento jurídico – como por ejemplo la estabilidad de los trabajadores –, con el fin de elaborar, en un marco de justicia y respeto por los derechos fundamentales, la decisión que mejor se aproxime a aquella que pueda ser calificada como la más adecuada.”.

⁴ Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto

b. En el artículo 100 literal a), numeral 8) *ibídem*⁵, el cual dispone:

“El retiro del servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a. Retiro temporal con pase a la reserva

(...)

8. Por retiro discrecional de acuerdo con el artículo 104 de este Decreto.

(...)”.

De esta norma se infiere que el retiro del servicio por facultad discrecional es una causal legal de baja del servicio dentro de la Carrera Especial de las Fuerzas Militares⁶, la cual se contempla en el artículo 104 del mismo Decreto, norma que a continuación se pasa a analizar por ser la otra fuente legal del retiro del actor en el acto atacado.

c. En el artículo 104 *ibídem*, que estipula:

“Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto. “.

De la lectura de esta norma, entonces, se pueden extraer las siguientes premisas:

- a) El retiro del servicio por facultad discrecional tiene como causa “razones del servicio”;
- b) Para decretarlo no se requiere tiempo mínimo alguno de labores; y,

⁵ Este artículo fue modificado por la Ley 1104 de 2006, artículo 24; sin embargo, en atención a la fecha en que se produjo el retiro del capitán Rosal García no se transcribe dicha modificación por no encontrarse vigente en dicho momento.

⁶ La carrera especial de las Fuerzas Militares tiene sustento Constitucional en el artículo 217, inciso 3º que dispone “La Ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares. así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio.”.

- c) Cuando se hace efectivo frente a un oficial, se requiere concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para las Fuerzas Militares.

Esta última disposición normativa, cabe anotar, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-179 de 8 de marzo de 2006, M.P. doctor Alfredo Beltrán Sierra, por considerar que el ejercicio de una facultad discrecional no vulnera la norma superior, en tanto en cuanto dicho poder sea entendido no como sinónimo de arbitrariedad sino como una prerrogativa fundada en criterios de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, que se justifica, además, por la misión que dentro de un Estado Social de Derecho le está asignada a la Fuerza Pública. En tal sentido expresó la Alta Corporación:

"En varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la facultad discrecional que se concede a dichas instituciones para retirar del servicio a sus miembros por razones del servicio, encontrando admisible desde la perspectiva constitucional el retiro en esas circunstancias dadas las funciones constitucionales que se les atribuyen. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha sido cautelosa en precisar que la facultad discrecional para el retiro de funcionarios de la Fuerza Pública no puede ser confundida con arbitrariedad. La discrecionalidad no es otra cosa que una facultad más amplia que se concede por la ley a una autoridad para que ante situaciones específicas normadas explícitamente pueda acudir a una estimación particular atendiendo las circunstancias singulares del caso concreto. Nótese que es la ley la que enmarca los elementos en que puede ser ejercida la potestad discrecional para el retiro de miembros de la Fuerza Pública, a saber: i) la existencia misma de la potestad; ii) la competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados; y, iii) la obtención de una finalidad específica. No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que puede ser ejercida la potestad discrecional."

LIMITES DEL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL

Sobre este aspecto, resulta pertinente traer a colación, apartes de lo que ha dicho el H. Consejo de Estado en el siguiente sentido:

*"Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa **en presencia de circunstancias de hecho determinadas**, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.*

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino

menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (Artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho** que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional **en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos**, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

No se trata de exigir **la motivación** del acto sino la justificación de **los motivos**, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.

Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo

importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.⁷

En ese mismo sentido, la Sala se permite también citar al H. Consejo de Estado⁸ en cuanto establece que el análisis judicial de la facultad discrecional, debe tener en cuenta, entre otros criterios, los de congruencia y coherencia de la administración al momento de tomar la decisión.

"(...)

Así las cosas, el quid de la discrecionalidad no versa hoy en día sobre su existencia, la cual no se discute, sino hasta dónde es legítimo el ejercicio del control judicial y en qué consistiría dicho control, partiendo del principio, ecuménicamente aceptado, según el cual la discrecionalidad sólo puede ser concebida como legítima en un estado de derecho en la medida en que aprecie el interés general en relación con otros intereses múltiples y heterogéneos que aparecen en el ordenamiento jurídico – como por ejemplo la estabilidad de los trabajadores –, con el fin de elaborar, en un marco de justicia y respeto por los derechos fundamentales, la decisión que mejor se aproxime a aquella que pueda ser calificada como la más adecuada.

(...)

De acuerdo con lo anterior, la decisión de la Dirección General debe inspirarse en razones del servicio, esto es, de conveniencia o necesidad institucional, cuyo examen se ha confiado por la ley al Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, organismo que debe aplicar criterios de prudencia, justicia y equidad al momento de emitir su recomendación; ahora bien, estos criterios, según expresó la Corte, deben perseguir el fin establecido por la norma, contar con un personal que por sus valores de disciplina, moralidad y eficiencia se avenga con los fines institucionales. Así puntualizó dicho tribunal.

(...)"

Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, siguiendo al H. Consejo de Estado, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja

⁷Consejo de Estado, sentencia de fecha 3 de agosto de 2006 Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, subseccion "B" Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05)

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subseccion B, Consejero Ponente Jesus Maria Lemos Bustamente, sentencia de fecha 27 de marzo de 2003.

de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal.

Así las cosas, de conformidad con todos estos precedentes jurisprudenciales, la Sala considera que el debate del caso bajo examen deberá ser trasladado es al terreno probatorio, y así, al examinar el expediente, verificar si el acto administrativo acusado, al momento de su expedición, observó en forma efectiva los fines que persigue el ordenamiento jurídico, o si, por el contrario, fue expedido en forma arbitraria.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

- Se encuentra demostrado en el plenario que el señor MIGUEL CABRERA JIMENEZ ingresó a la Armada Nacional el día 8 de enero de 1992; siendo su último rango dentro de la institución castrense el de Suboficial Primero Jefe de Departamento de Armamento y Cubierta Unidad Mayor en la motonave fluvial ARC SENEN ALBERTO ARAUJO BELLO, que ostentó hasta la fecha de su retiro, el 4 de febrero de 2011. (F. 20 y 21).
- Al proceso se allegó copia del Acta del Comité de Evaluación para el Retiro Discrecional No. 418 del 26 de enero de 2011, mediante el cual se recomendó por unanimidad el retiro del actor del servicio activo (fls. 50).
- Con Resolución No. 074 de febrero 4 de 2011, el Comandante de la Armada Nacional decide retirar del servicio activo por retiro discrecional, en forma temporal con pase a la reserva al Suboficial Primero Cuerpo de Mar MIGUEL DEJESUS CABRERA JIMENEZ a partir de la fecha de su expedición, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1790 de 2000, artículos 99 y 100 literal a) numeral 8) modificado por el artículo 24 de la Ley 1104 de 2006 y 104. (F. 16).
- Copia de la comunicación de fecha 4 de febrero de 2011 mediante el cual se resuelve retirar del servicio activo de la Armada Nacional al demandante a partir de esa fecha (fl. 17).

- Oficio No. 1314-MD-CG-CARMA-OFJUR-22 de fecha 26 de junio de 2009, proferido por el Comandante de la Armada Nacional, mediante el cual en respuesta a la solicitud de no separar de las Fuerzas Militares al señor MIGUEL CABRERA y otros, con ocasión al fallo de fecha 5 de julio de 2007, en el que se le condenó por el punible de cohecho propio en calidad de cómplices a la pena principal de dos años y seis meses de prisión, comunica que el Comando de la Armada Nacional no dará aplicación a la norma contenida en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000, por no haberse dado el mismo dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la mencionada providencia de conformidad con lo establecido en el artículo 113 ibídem. (fl. 19)
- Extracto de la hoja de vida del señor CABRERA JIMENEZ (fl. 20-24).
- Copia de la sentencia de primera instancia de fecha 5 de julio de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe, y la de segunda instancia de fecha 29 de enero de 2008, proferida por el Tribunal Superior Militar con las cuales se condena penalmente al señor CABRERA JIMENEZ y otros, remitidas mediante Oficio No. 618MD del 13 de diciembre de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia de la Fuerza Naval del Caribe (fls. 80 a 105).
- Copia auténtica de los formularios de evaluación del señor CABRERA JIMENEZ (fls. 146 – 159).

CASO CONCRETO

En el presente asunto los artículos que sirvieron de soporte al acto acusado prevén que por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación y Clasificación para el efecto, el cual estará conformado por el Segundo Comandante de Fuerza, el Inspector General, el Jefe de Personal de la respectiva Fuerza, y el Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca.

Cuando se trate de Suboficiales, se requiere previo concepto del Comité de Evaluación para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto.

La única exigencia de la norma para que se pueda proceder al retiro con fundamento en las normas aludidas es la verificación de las razones del buen servicio, previo concepto del Comité de Evaluación y clasificación.

Ahora bien, la decisión de retiro en el *sub examine* estuvo soportada en el Acta de Evaluación para el retiro discrecional emitida por el órgano competente de la Institución que a su vez se fundamentó en el estudio de la historia laboral del actor, de la cual igualmente hacen parte los fallos condenatorios de primera y segunda instancia de fecha 5 de julio de 2007 y 29 de enero de 2008 respectivamente, emitidos por la justicia penal militar en su contra, por la comisión del delito de cohecho propio.

De lo anterior se infiere que aunque en la parte motiva del acto acusado se hace relación a los fallos condenatorios de primera y segunda instancia proferidos en contra del hoy actor, en el mismo no se está dando cumplimiento a dichas providencias sino que se toma como referencia para retirar del servicio activo al señor Cabrera Jiménez en virtud del retiro discrecional.

En esta dirección, lo primero que hay que señalar es que evidentemente entre la fecha de la sentencia penal, por un lado, y el retiro por facultad discrecional no hay una cercanía temporal. Este sólo hecho, sin embargo, no acredita un vicio de nulidad del acto cuestionado por desviación de poder, en la medida en que los hechos acaecidos pudieron generar en sus superiores desconfianza e inducirlos a promover su retiro y a removerlo efectivamente del servicio⁹.

A pesar de que la desconfianza en el funcionario por parte de sus superiores puede justificar en algunos eventos el ejercicio de la facultad discrecional de retiro, en la medida en que interfiere en el buen desempeño de una función estatal¹⁰, en el presente asunto lo que se evidencia es que ante la ocurrencia

⁹ En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-525 de 16 de noviembre de 1995, M. P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa, sostuvo: *"Por otra parte, debe tener en cuenta que el servicio tiene unas exigencias de confiabilidad y de eficiencia que implican que los altos mandos de la institución puedan contar, en condiciones de absoluta fiabilidad, con el personal bajo su mando. Es claro que el éxito del servicio guarda relación de proporcionalidad entre las aptitudes del personal que lo presta y el fin de la institución; en caso de descoordinación entre el servidor y el fin de la institución debe primar éste, y por ende debe la institución estar habilitada para remover a quien por cualquier motivo impida la consecución del fin propuesto."*

¹⁰ Ven entre otras las sentencias de esta Subsección de 21 de agosto de 2008, C. P. doctor Jesús María Lemos Bustamante, radicado interno No. 3149-2005, actor Héctor Mario Arias Vargas; y, de

de algunas irregularidades en el servicio prestado por el actor, la facultad de retiro discrecional resulta viable sólo en la medida en que el hecho evidentemente condujera a una afectación en el servicio, tal y como lo expresó la Resolución No. 074 del 4 de febrero de 2011, que en uno de sus aparte señala: *"El bien jurídico protegido no es otro que la administración pública, de tal manera que quienes portamos las armas de la República, debemos generar total confianza en el pueblo que defendemos, confianza que se ve minada y disminuida gravemente frente a la condena impuesta de autoridad competente al SIMCM MIQUEL DE JESUS CABRERA JIMENEZ."*

Ahora bien, considera el actor que su desvinculación debió realizarse con fundamento en el artículo 111 del Decreto 1790 de 2000 por separación absoluta de las fuerzas militares al haber sido condenado a pena privativa de la libertad por el punible de Cohecho, dio lugar a una investigación penal dentro de la Armada Nacional, razón por la cual su retiro no fue consecuencia de la facultad discrecional consagrada en los artículos 100 y 104 del mismo Decreto, configurándose así la infracción a la ley en que debía fundarse el acto.

Esta situación por sí misma no vicia de ilegalidad el acto de retiro pues, como se ha manifestado en numerosas sentencias, la facultad discrecional y el poder disciplinario y/o penal pueden ejercerse en forma independiente, toda vez que la ley faculta para que quien esté aún retirado de la administración pueda ser objeto de sanción por faltas cometidas en el ejercicio de funciones públicas.

Al respecto, la máxima Corporación, en casos similares al que se controvierte, ha manifestado:

- *"En síntesis, el retiro absoluto de los Agentes de la Policía Nacional, por razones del servicio es una facultad discrecional consagrada en la ley. No requiere exponer al interesado las razones del mismo, tampoco es necesario que previamente se adelante un proceso disciplinario. Basta que se cumplan las formalidades previstas en la ley, es decir que se lleve a cabo previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, aspectos que se cumplieron en el sub-líte. Desde esa perspectiva, resultaría*

absurdo, por decir lo menos, aceptar que la existencia de determinada investigación penal o disciplinaria por conductas contrarias a la moral, o que tengan que ver con responsabilidad disciplinaria o penal, inhibieran al nominador para ejercer la facultad discrecional de libre remoción que le confiere la ley, en procura de fortalecer el adecuado servicio público que la sociedad espera. El nominador puede ejercer libremente la facultad discrecional y simultáneamente adelantar la potestad disciplinaria o penal, sin que ello implique desvío de poder, siempre y cuando el implicado en un proceso penal o disciplinario, tenga oportunidad de ejercer el derecho de defensa.” (Resaltado fuera del texto).¹¹

- **“La Sala en diferentes oportunidades ha expresado que la facultad nominadora de que está investida la autoridad pública, por regla general, es diferente a la potestad disciplinaria o penal. Una y otra no se suspenden en su ejercicio y la iniciación de un proceso penal o disciplinario, no confiere estabilidad al servidor, porque así no lo ha autorizado la ley, pues de ser así, se llegaría a la absurda conclusión de que la comisión de una falta penal o disciplinaria otorgara estabilidad y ello no puede ser así, porque reñiría contra la misma ética y transparencia que demanda el ejercicio de la función pública, más tratándose de miembros de la Policía Nacional, Institución cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes convivan en paz.” (Resaltado fuera del texto)¹²**

En consecuencia, no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, pues la motivación del acto demandado concuerda con las normas en que debía fundarse. En efecto, se trataba de ejercer la facultad discrecional de conformidad con lo establecido en los artículos 100 y 104 del Decreto 1790 de 2.000, potestad completamente independiente de la penal consagrada en el artículo 111 del mismo Decreto y que fue ejercida por la Armada Nacional, mediante la Justicia Penal militar en la que estuvo incurso el actor en el año de 2007.

Además, como lo señaló la Juez a quo, previo a su retiro existió la recomendación del comité de evaluación y clasificación, mediante acta 418 de 26 de enero de 2011 (fl. 50), actuación que cumplió con los requisitos y procedimientos establecidos por el Decreto 1790 de 2.000, para el ejercicio de la facultad discrecional.

¹¹ Sentencia de 31 de agosto de 2000. Expediente No. 00-01242, Actor: Daniel Cuesta Bader, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

¹² Sentencia de 15 de febrero de 2001, Expediente No. 99-03239, Actor: José de Jesús Angulo y otros, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

En conclusión, la presunción de legalidad que ampara el acto de retiro no fue desvirtuada. Se confirmará entonces el fallo del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

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

FALLA

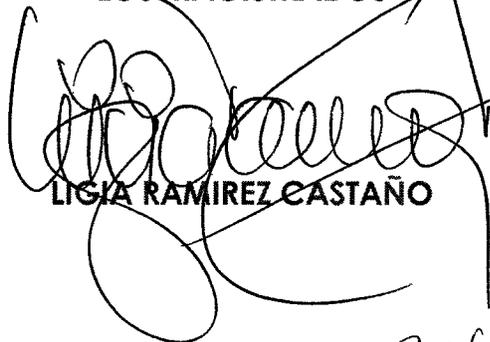
PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha once (11) de diciembre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LICIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

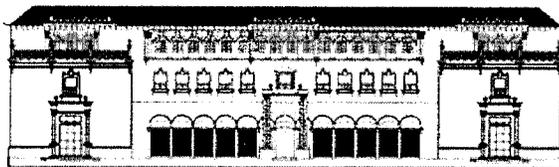
AUSENTE CON PERMISO

dlib



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

PROYECTO:
JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1390
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ALMACENES ÉXITO S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2009-00176-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:



**REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO 002 DE DESCONGESTIÓN**

SALA DE DECISIÓN N° 004

Cartagena de Indias D. T. y C., Noviembre veintinueve (29) de dos mil trece (2013)

Sentencia 314 /2013

2º instancia.

Tema: Solicitud de Liquidación Oficial de Revisión de Valor.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-33-31-012-2009-00176-01
Clase de proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ALMACENES EXITO S.A.
Demandado: UAE DIAN.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de Abril 12 de 2013, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado a través de apoderado judicial por ALMACENES ÉXITO S.A., contra la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, providencia a través de la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, y se procedió al correspondiente restablecimiento del derecho.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., la sociedad ALMACENES EXITO S.A., a través de apoderado judicial, presentó demanda de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la UAE DIAN con el fin que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES:

1. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 1-048-201-241-656-000283 de diciembre 9 de 2008 proferida por la Jefe de la División de Gestión de Liquidación Aduanera, de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se negó una solicitud de liquidación oficial de revisión de valor para efectos de devolución presentada por el importador Almacenes EXITO S.A.

2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 48-236-2008-0386-00087 de enero 19 de 2009, expedida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, que resolvió el recurso de reconsideración contra el acto administrativo mencionado en el numeral anterior, confirmando lo dispuesto en el mismo.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, se realice el estudio de valor correspondiente, con la finalidad de determinar que el precio declarado por la sociedad Almacenes EXITO S.A. es el precio real de las mercancías.

4. Igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se reconozca que la sociedad que represento pagó en exceso la suma de ochenta millones quinientos treinta y siete mil cuatrocientos diez pesos (\$ 80.537.410 m/cte) por concepto de ajuste al valor del precio indicativo, y se ordene la devolución de dicha suma.

HECHOS

Los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:

Al amparo del documento de transporte No. SMLUCAR013A03546 de septiembre 29 de 2007 y de las Facturas Comercial No. 12006 y 12005 de septiembre 26 de 2007, expedida por el proveedor NOVATEX INTERNATIONAL SA., la sociedad Almacenes EXITO S.A. introdujo al territorio nacional, una gran cantidad de mercancías consistentes en calzado y confecciones.

Los valores FOB de las mercancías pagados al proveedor se encontraban por debajo de los precios indicativos determinados para éstas en las Resoluciones Nos. 7511 de junio 26 de 2007, 7509 de junio 26 de 2007 y 11414 de septiembre 28 de 2007.

La Nacionalización de las mercancías mencionadas se realizó mediante las Declaraciones de Importación identificadas con autoadhesivo Nos. 23830013814697, 23830013814640, 23830013814665, 23830013814658, 23830013814681 y 23830013814712 de octubre 13 de 2007.

Dichas declaraciones fueron diligenciadas tomando como valor FOB de la mercancía, en la casilla 78, los valores realmente pagados o por pagar al proveedor de las mismas; y consignando en la casilla número 83 "Ajuste Valor USD" el valor de la diferencia existente entre los tributos a pagar con base en el valor real de las mercancías y los tributos correspondientes teniendo como valor de las mercancías el precio indicativo fijado oficialmente.

Mi representada al consignar en la casilla 83 el valor del ajuste al precio indicativo (USD 101.787,30), debió pagar por concepto de tributos aduaneros correspondientes a dicho ajuste la suma de USD 39.900.62, que a una tasa de cambio equivalente a \$2.018,45, da un resultado de \$80.537.409,67 pesos. En ese orden de ideas, la sociedad Almacenes EXITO S.A. pagó los tributos aduaneros a que había lugar, así como la suma de \$80.537.410 pesos en exceso.

El 4 de noviembre de 2008, Almacenes EXITO S.A. presentó ante la División de Gestión de Liquidación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, con radicado No. 044457, solicitud de liquidación oficial de revisión de valor para efectos de devolución, con la finalidad que se reconociera el pago en exceso de tributos aduaneros antes mencionado.

Mediante Resolución No. 1-048-201-241-656-000283 de diciembre 9 de 2008, la Jefe de la División de Gestión de Liquidación Aduanera, de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, negó la solicitud presentada.

Mediante la Resolución No. 48-236-2008-0386-000087 de enero 19 de 2009, expedida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, notificada el 23 de enero de 2009, se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto, confirmando lo dispuesto en el mismo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A juicio del apoderado de la sociedad accionante, con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes disposiciones:

- Artículo 83 de la Constitución Política.
- Artículos 35 y 84 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.)
- Artículo 7 del Acuerdo sobre valoración de la OMC.
- Artículos 2, literal g, 45 y 52 de la Resolución 846 de la Secretaría General de la CAN "Reglamento Comunitario de la Decisión 571-Valor en aduana de las mercancías importadas".
- Artículos 128, 131, 132, 237, 254, 259 y 514 del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero).
- Artículos 170, 171, 172 y 439 de la Resolución 4540 de 2000 de la DIAN.
- Concepto 61 de 2006 de la DIAN.

➤ Memorando 00587 de 2005 de la DIAN.

Afirma la sociedad demandante que con los actos acusados se incurrió en falsa motivación, además de violarse las normas en las que debieron fundarse, toda vez que niegan la devolución de mayores valores pagados por tributos, cuando evidentemente ALMACENES ÉXITO S.A., no estaba en la obligación de pagarlos.

Que ALMACENES ÉXITO S.A., realizó un pago de tributos aduaneros en algunas declaraciones de importación, tomando como base gravable el precio indicativo fijado por la DIAN y no el precio real de las mercancías, es decir, se produjo un cálculo de tributos aduaneros con una base gravable diferente a aquella con la que estos deben calcularse, de conformidad con la normatividad aplicable; de ahí que surja el derecho a solicitar la devolución de las sumas pagadas en exceso, previo procedimiento de solicitarle a la DIAN la realización del estudio tendiente a determinar que el precio FOB declarado corresponde al precio realmente pagado o pagar al proveedor, seguido de la expedición de una liquidación oficial de corrección de valor mediante la cual se corrija la declaración de importación inicialmente presentada y se determine el menor valor que esta debe pagar por concepto de tributos aduaneros, reconociéndose y devolviéndose el mayor valor pagado.

Manifiesta que conforme a la normativa legal aplicable al caso, los precios indicativos no son obligatorios, de tal forma, que al haberse ajustado los valores negociados a estos en la declaración de importación que se menciona, no se impide que se le pueda solicitar a la DIAN que a través de una liquidación oficial de revisión del valor determine la correcta base gravable y por ende que hubo un pago en exceso de los tributos aduaneros aplicables.

Somete también a consideración el argumento según el cual, la falsa motivación se hace evidente, pues contrario a lo afirmado por la DIAN el concepto 61 de 2006 de la Oficina Jurídica de la DIAN no condicionó la devolución de las sumas pagadas en exceso al hecho de que el importador haya efectuado el ajuste del precio de la transacción, al indicativo fijado por la DIAN de manera voluntaria o involuntaria, sino que simplemente consagró el

reconocimiento del derecho que le asiste al importador de reclamar los mayores valores pagados.

Que el hecho de que en el caso concreto no haya habido lugar a inspección, no trae implícita la renuncia al derecho del UAP, a que la DIAN, a través de liquidación oficial reconozca lo pagado en exceso; y que resulta viable que mediante control posterior se suscite controversia de valor.

Finalmente se afirma que con la expedición de los actos que se acusan, la administración vulneró el principio de la buena fe, porque negó el derecho a la devolución de sumas pagadas de más, cuando lo pretendido por el usuario aduanero permanente no era más, que evitar dilaciones injustificadas, atendiendo para ello claras directrices dictadas por la misma DIAN en el memorando 00587 de 2005, ajustándose a valores indicativos, y esperando que mediante control posterior se suscitara la correspondiente controversia de valor y se expidiera la liquidación oficial de revisión reconociéndose el valor pagado en exceso.

DEFENSA – UAE DIAN –

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F.77) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta la legalidad de los actos acusados, citando para ello, entre otros, los artículos 10, 237, y 514 del Decreto 2685 de 1999, así como el contenido del artículo 172 y 438 de la Resolución 4240 de 2000, y el memorando 00587 de 26 de agosto de 2005 expedido por el Director de Aduanas.

En lo relevante, y como oposición a los cargos, señaló de manera textual lo siguiente:

"...De acuerdo con la información suministrada por el solicitante se aprecia que el importador en forma voluntaria y antes de la diligencia de inspección, reajustó los valores declarados al precio indicativo determinado en las Resoluciones 7511, 7509 de junio 26 de 2007 y 11414 de septiembre 28 de 2007, con la finalidad, según lo afirmó, de obtener el levante y agilizar el procedimiento de control durante la inspección simplificando la solución de las controversias que pudieran formularse, conforme lo establece el Memorando 0587 de 2005, evitando con ello además el constituir una póliza conforme al artículo 523 de la Resolución 4240 de 2000 con ocasión de la posible controversia.

...es viable la devolución de tributos aduaneros cuando con ocasión de la controversia de valor prevista en los literales c), d) y e) del artículo 128 del Decreto 2685 de 1999 el declarante corrige la declaración y posteriormente en la Liquidación Oficial de Revisión de Valor se determina que la base gravable declarada inicialmente corresponde efectivamente al precio pagado o por pagar aun cuando esté por debajo de los rangos de precios estimados o indicativos; tal como claramente lo dispone el Concepto Jurídico No. 061 de noviembre 10 de 2006.

Bajo esta secuencia de ideas, es claro que dentro de la actuación de inspección física si el importador no hubiera reajustado sus precios voluntariamente en forma previa a la actuación aduanera, el inspector estaba obligado a hacer uso de la herramienta de control de precios indicativos para asegurarse que realmente el precio declarado era el verdadero valor de transacción. Entonces, en ese momento si el declarante no estaba de acuerdo con dicho reajuste tenía un camino jurídico claro para establecer el verdadero valor de transacción, cual era, dentro de los cinco días siguientes a la práctica de la inspección aduanera presentar los documentos que acreditaran que el valor declarado se ajustaba a las normas de valoración o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros. Y si estaba de acuerdo con el control efectuado debía corregir la declaración con base en la lista de precios indicativos oficiales.

En el caso sub examine, el importador obvió todos estos pasos y reajustó voluntaria y previamente a la inspección, por tanto no utilizó la oportunidad legal que tenía para manifestar la inconformidad con el control establecido en la inspección aduanera, sino que renunció completamente a este control; opción que no puede utilizar a posteriori, en cuanto los términos legales se encuentran vencidos.

Adicional a lo anterior, al presentar su declaración de importación con ajuste de precios, supone per se una actuación voluntaria desprovista de toda presión o conminación, y como tal no existe ningún elemento con el cual pueda desvirtuarse esta declaración de importación, opción voluntariamente escogida por el declarante.

...Optó el importador por proceder conforme al Memorando 0587 de agosto 26 de 2005 durante su trámite de importación, cual fue, agilizar su proceso de control de inspección aduanera, evitando las controversias al valor y ajustó su declaración al precio indicativo oficial. Ya que con base en la Resolución 12227 de octubre 19 de 2007 los ALTEX o UAP que ostenten la calidad de grandes contribuyentes, sólo están sometidos al control de los precios de referencia, estimados o indicativos cuando las mercancías sean objeto de inspección física o documental.

Analizadas las declaraciones de importación N° 23830013814607/640/665/658/681/712 del 13/10/2007, se observa que éstas reúnen todos los requisitos formales para el levante que le fue otorgado Automáticamente por la DIAN, con el valor declarado y consignado

voluntariamente por el importador, el cual ajustó el valor declarado, lo cual se encuentra igualmente, para la entidad que represento ajustado a lo legal, por tanto no era procedente efectuar Liquidación Oficial de Corrección para efectos de Devolución."

Propuso la excepción de: *INEPTA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.*

SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión de Cartagena dictó sentencia el 12 de abril de 2013, en la que decidió:

"PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones N° 1-048-201-241-656-000283 del 9 de diciembre de 2008 y N° 48-236-2008-0385-000087 del 19 de enero de 2009, expedidas por la Jefe de la División de Gestión de Liquidación Aduanera y el Jefe de la División de Gestión Jurídica Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN – dar curso a la solicitud de Liquidación Oficial de Revisión de Valor formulada por ÉXITO S.A.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 176 del C.C.A..."

Luego de citar las normas que consideró aplicables a la controversia, el Despacho señaló en lo relevante:

"Del aparte transcrito se destaca que la Administración Aduanera conserva la facultad de efectuar el control posterior, de lo cual se sigue que la demanda por su propia iniciativa o por solicitud de la parte actora, muy a pesar del ajuste de valor efectuado en la declaración, podía ejercer el control que diera lugar a la respectiva liquidación oficial de revisión. Afirmar lo contrario, implica una enervación de la facultad correctiva de la Administración Aduanera y más aún de su función fiscalizadora.

En este contexto, es asertiva la parte actora al sostener que la administración ha convertido los precios indicativos - no obligatorios – en oficiales y obligatorios, cercenado la posibilidad de efectuar revisión alguna respecto de las declaraciones de importación de mercancías, cuyo levante se ha obtenido automáticamente.

Por consiguiente, la afirmación de la demanda, en el sentido de que el ajuste voluntario a los precios indicativos inhibe la posibilidad de una controversia de valor, resulta contraria a las disposiciones jurídicas que se han invocado como violadas, configurándose la falsa motivación de los actos acusados.

Esta sólo razón es suficiente para declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, sin que sea necesario un pronunciamiento, respecto de los restantes cargos formulados en la demanda."

IMPUGNACIÓN

La parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de 12 de abril de 2013, por cuanto le fue desfavorable.

Disiente de la decisión de primera instancia y plantea como fundamento de su recurso, que de la lectura del memorando 00587 de 26 de agosto de 2005 se concluye, que su aplicación requiere la existencia de diligencia de inspección física o documental, para que el inspector envíe a control posterior la declaración con todos los documentos soportes aportados por el importador, y, a través de un estudio de valor se determine el precio realmente pagado.

Por tanto, si ALMACENES EXISTO S.A en forma voluntaria reajustó sus precios, mal podía pedir aplicación del memorando en cita de manera parcial, en la medida en que presentó la declaración de importación debidamente ajustada al precio indicativo correspondiente, pero no permitió que se realizara la inspección que se requiere por parte de la DIAN, pues no renunció a la selectividad otorgada por el sistema al obtener levante automático y retirar la mercancía en forma inmediata.

Insiste en que si la Compañía se allano a tales precios indicativos, y pretendía que esa situación fuera verificada para efectos de devolución, debió solicitarle a la DIAN que realizara la inspección requerida a efectos de generar la correspondiente controversia.

Que la negativa de la administración no puede considerarse como una forma de enriquecerse sin causa, pues el mismo actuar del interesado fue el que impidió que la DIAN pudiera articular la devolución que ahora solicita.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 29 de Julio de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (F. 438); y, con providencia adiada en agosto 26 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 441).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ambas partes presentaron escrito de alegaciones finales, en general se ratifican en los argumentos planteados en la sentencia de primera instancia y recurso, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 441 reverso), se abstuvo de emitir concepto.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso el demandado tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la no *reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

Caducidad

Sobre tal presupuesto se tiene que la acción fue ejercida en tiempo, con la sola verificación de la expedición del último de los actos acusados - Resolución No. 000087, que data del 19 de enero de 2009-, de manera que, constatándose la presentación de la demanda el 8 de mayo del mismo año, - tal como consta a folios 1, 13 y 64 del expediente -, ha de tenerse por oportuna, acorde con el término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la apelación interpuesta por la parte demandada, la cual ataca la decisión de la Juez *a - quo* al declarar la nulidad de los actos que se acusan con la acción interpuesta. El apelante trae nuevamente a debate el hecho de que ALMACENES ÉXITO S.A., debió propiciar que la DIAN tuviera acceso a una inspección física y documental que le permitiera controlar la devolución propuesta, y que si en forma voluntaria reajustó sus precios de acuerdo con el memorando 587 de 2005, mal hace en pedir su aplicación en forma parcial.

Por lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer, si en el presente caso, se configuran o no los supuestos fácticos y legales necesarios para acceder al pedido de liquidación oficial de revisión de valor que invocó la parte demandante en calidad de importador, y que finalmente avaló la Juez de primera instancia.

Para la Sala, la sentencia apelada deberá confirmarse, teniendo en cuenta que se dan los supuestos de hecho y de derecho que viabilizan lo pretendido por el accionante.

La anterior tesis se funda en los argumentos que a continuación se exponen. En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por la Resolución N° 000283 del 9 de Diciembre de 2008, y la N° 00087 de 19 de enero de 2009 proferidas en su orden por la División de Liquidación Aduanera y la División Jurídica Aduanera.

La primera de las Resoluciones acusadas resolvió negar la solicitud elevada por ALMACENES ÉXITO SA., tendiente a obtener expedición de liquidación oficial de corrección para efectos de devolución de lo pagado en exceso. Con la segunda de las resoluciones acusadas se confirma la anterior negativa.

El artículo 514 del Decreto 2685 de 1999 regula lo concerniente a la liquidación oficial de revisión de valor, - que fue lo solicitado en sede gubernativa por la parte demandante - , así:

"ARTICULO 514. LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN DE VALOR.

La autoridad aduanera podrá formular Liquidación Oficial de Revisión de Valor cuando se presenten los siguientes errores en la Declaración de

Importación: valor FOB, fletes, seguros, otros gastos, ajustes y valor en aduana, o cuando el valor declarado no corresponda al valor aduanero de la mercancía establecido por la autoridad aduanera, de conformidad con las normas que rijan la materia, sin perjuicio de las demás sanciones que procedan según las disposiciones en materia de valoración aduanera".(Subrayado de la Sala)

El mismo Decreto consagra las disposiciones aplicables a la Devolución y Compensación de las Obligaciones aduaneras, indicando en su artículo 548:

"ARTICULO 548°. Procedencia de la Devolución. Podrá solicitarse ante la Administración de Aduanas Nacionales, con jurisdicción y competencia aduanera en el lugar donde se efectuó el pago, la devolución de los tributos aduaneros y demás sumas pagadas en exceso, en los siguientes eventos:

*a) **Cuando se hubiere liquidado en la Declaración de Importación y pagado una suma mayor a la debida por concepto de tributos aduaneros...**" (Subrayas de la Sala).*

La Resolución 4240 de 2000, que reglamenta el Decreto 2685 de 1999, dispone en su artículo 438 lo siguiente:

Artículo 438°. Liquidación oficial de corrección. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, la liquidación oficial de corrección, procederá a solicitud de parte, dirigida a la División de Liquidación, o a dependencia que haga sus veces, cuando:

a) Se presenten diferencias en el valor aduanero de la mercancía, por averías reconocidas en la inspección aduanera. En estos casos, se deberá anexar a la solicitud, copia de la Declaración de Importación y del Acta de Inspección, donde conste la observación efectuada por el funcionario aduanero competente, sobre la avería o el faltante, reconocidos en la inspección.

b) Cuando se trate de establecer el monto real de los tributos aduaneros, en los casos en que se aduzca pago en exceso.

Parágrafo. No procederá la devolución cuando esté referida a una operación que estuvo soportada en documentos falsos, independientemente de la ausencia de responsabilidad penal o administrativa que aduzca el petionario.

El artículo 439 siguiente, - que atendiendo la solicitud en instancia administrativa es el aplicable al asunto concreto - por su parte dispone:

"ARTÍCULO 439°. Liquidación oficial de revisión de valor. Conforme lo señala el Artículo 514 del Decreto 2685 de 1999, **esta liquidación procede respecto de las Declaraciones de Importación que presenten errores en el valor FOB**, fletes, seguros, otros gastos, ajustes y valor en aduana, o cuando el valor declarado no corresponda al valor aduanero de la mercancía, establecido por la autoridad aduanera". (Negrillas de la Sala).

Ahora, en lo que atañe al concepto de *precio indicativo* ampliamente referenciado por la demandante y la defensa, el artículo 237 del Decreto 2685 de 1999, define los precios de referencia e indicativos así:

"PRECIO DE REFERENCIA

El precio establecido por la Dirección de Aduanas, tomado con carácter indicativo para controlar durante el proceso de inspección, el valor declarado para mercancías idénticas o similares. También serán considerados precios de referencia los incorporados al banco de datos de la Aduana como resultado de los estudios de valor, así como los tomados de otras fuentes especializadas.

(...)

PRECIO INDICATIVO. <Definición adicionada por el artículo 5 del Decreto 4431 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> **Es aquel precio de referencia establecido mediante acto administrativo expedido por la Dirección de Aduanas, para ser utilizado como mecanismo de control de los precios FOB declarados,** según el país de origen o el tipo de mercancías importadas o introducidas al resto al territorio nacional, conforme a lo previsto en el presente decreto." (Subrayado de la Sala).

El artículo 22 del Decreto 2557 de julio 6 de 2007, adicionó el artículo 254 del Decreto 2685 de 1999, con el inciso siguiente:

"ARTICULO 254.

"...Cuando del estudio de valor elaborado como consecuencia de la controversia de valor se establezca la aceptación del precio declarado sin ajuste, se remitirá copia del mismo a la dependencia competente para la cancelación de la garantía constituida y al importador para que si lo estima pertinente solicite la devolución de los tributos aduaneros pagados en exceso conforme a lo previsto en el Título XVIII de este decreto".

En el literal e) del numeral 5 del artículo 128 del Decreto 2685 de 1999, se establece la procedencia del levante, en tratándose de precios indicativos, en los siguientes términos:

"ARTICULO 128. AUTORIZACIÓN DE LEVANTE. La autorización de levante procede cuando ocurra uno de los siguientes eventos:

(...)

5. **Cuando practicada inspección aduanera física o documental, se suscite una controversia de valor en razón a que:**
(...)

e) El valor FOB declarado está por debajo de los precios indicativos establecidos por el Director de Aduanas y el declarante dentro de los cinco (5) días siguientes a la práctica de dicha diligencia, corrige la declaración de importación y paga los tributos aduaneros con base en el precio indicativo en los términos y condiciones señalados por la DIAN, debiéndose en todo caso remitir las diligencias a la División de Fiscalización Aduanera con el fin de que se adelante el proceso de liquidación oficial de revisión de valor correspondiente.

Cuando se cumpla con lo previsto en el presente numeral, no se causará sanción alguna durante el proceso de inspección". (Negritas y subrayado de la Sala).

Por su parte, el artículo 33 del mismo Estatuto dispone la siguiente prerrogativa a los Usuarios Aduaneros Permanentes-UAP:

"ARTICULO 33. PRERROGATIVAS DE LOS USUARIOS ADUANEROS PERMANENTES.

Las personas jurídicas que hubieren obtenido su reconocimiento e inscripción como Usuarios Aduaneros Permanentes, tendrán durante la vigencia de la misma, las siguientes prerrogativas especiales:

a) Obtener el levante automático de las mercancías importadas bajo cualquier modalidad.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de practicar la inspección aduanera cuando lo considere conveniente".

Finalmente, no puede dejar de citarse en el presente marco normativo, el Memorando No. 00587 del 26 de Agosto de 2005¹, al cual se refieren ambos extremos enfrentados; el cual expide el Director de Aduanas a los administradores especiales, locales, delegados y otras dependencias, así como a usuarios aduaneros, y según el cual, él importador, en aras de simplificar la solución de controversias que puedan formularse, puede presentar la declaración de importación debidamente ajustada al precio de referencia o indicativo establecido por la DIAN, en los siguientes términos:

¹ MEMORANDO No.00587 DE: DIRECTOR DE ADUANAS PARA: Administradores Especiales, Locales y Delegadas de Aduanas. Administradores Locales de Impuestos y Aduanas. Jefes de las Divisiones Técnica Aduanera, Fiscalización Aduanera y/o Tributaria y Aduanera. Servicio de Aduanas y Servicio al Comercio Exterior. Importadores, Sociedades de Intermediación Aduanera y demás usuarios aduaneros. ASUNTO. Precios de referencia (tradicionales, indicativos y estimados). FECHA: 26 de Agosto de 2005. (Memorando al cual se hace referencia en las consideraciones del primero de los actos acusados).

*“Con el fin **agilizar el procedimiento de control durante la diligencia de inspección y simplificar la solución de las controversias que puedan formularse en aplicación de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 128 del Decreto 2685 de 1999**, reglamentado por el artículo 172 de la Resolución 4240 de 2000 y las respectivas modificaciones, cuando el precio de negociación está por debajo del precio de referencia, indicativo o estimado establecido por el Director de Aduanas, el importador, si así lo decide, podrá presentar antes que la autoridad aduanera le genere controversia, la declaración de importación debidamente ajustada al precio de referencia, indicativo o estimado que corresponda.*

*Para el efecto, la diferencia resultante entre el precio negociado en términos FOB y el precio de referencia indicado en el acto administrativo que corresponda, se registrará en la casilla “Ajuste Valor USD” de la declaración de importación; **esto sin perjuicio de que el inspector envíe a control posterior la declaración con todos los documentos soporte aportados por el importador, para que a través de un estudio de valor se determine el precio realmente pagado o por pagar por la mercancía y el correspondiente valor en aduana, de lo cual se derivará el acto administrativo que decide de fondo.***

Es importante señalar que la Declaración Andina del Valor debe contener la información relativa a la negociación realmente realizada, conforme se refleje en los documentos que la soportan”. (Negrillas y subrayas de la Sala).

Analizada la situación fáctica presentada en el asunto tratado y confrontándola con la normativa a la que arriba se ha hecho referencia, advierte la Sala que la situación de ALMACENES ÉXITO S.A. se ajusta a la prevista en el literal a) del Art. 548 del Decreto 2685 de 1999, puesto que la controversia que se trae a juicio surge del pago de una suma que excede lo que realmente debió pagarse por concepto de tributos aduaneros.

Ahora, el punto de divergencia viene a ser, la posición de la administración en negar una revisión de valor por haberse acogido de manera voluntaria la parte que hoy demanda, a unos precios de referencia o indicativos, y que es precisamente tal conducta la que la hace desistir del trámite para acceder posteriormente a la devolución de unos valores pagados en exceso, aún cuando se hubiere optado por tales precios, para agilizar un trámite de aduana.

Al respecto cabe aclarar, que no existe dentro de la legislación aduanera, norma alguna que le impida al importador acceder al trámite de una liquidación oficial de revisión de valor por concepto de tributos aduaneros pagados en exceso, todo lo contrario, claramente la normativa establece la

posibilidad de que el usuario aduanero - en este caso permanente -, obtenga la devolución o compensación de pagos efectuados por concepto de tributos, previa controversia de valor.

Tampoco prevé la normativa, que el usuario aduanero tenga que renunciar a tal derecho, - de mediar determinada situación en el curso de la presentación de las correspondientes declaraciones de importación, en ese sentido, considera la Sala que la Sociedad actora tenía derecho a reclamar lo pagado en exceso cuando canceló su obligación aduanera, promoviendo el procedimiento correspondiente para dicho efecto.

Bajo las anteriores precisiones, pasa la Sala a referirse a las pruebas allegadas a autos, esenciales para definir la controversia:

1. A folios 51 a 57 del cuaderno principal, se observa solicitud de Liquidación Oficial de Revisión de valor para efectos de devolución por pago en exceso, suscrita por el apoderado de la sociedad demandante, y dirigida a la División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, con fecha de recibido ante tal entidad del 4 de noviembre de 2008.
2. Declaraciones de importación identificadas con autoadhesivo Nos. **23830013814697, 23830013814640, 23830013814665, 23830013814658, 23830013814681 y 23830013814712 de octubre 13 de 2007**, donde consta que la sociedad demandante es el importador, que se declararon varias mercancía identificada con distintas subpartidas arancelarias, y que además el *Valor FOB USD* declarado correspondiente a la casilla 78, fue de **\$15,122, 1.092, 10,657, 16,830, 6,132 y 16,317**, respectivamente; el *Ajuste de Valor USD* correspondiente a la casilla 83 fue de \$47,097, 2,652, 25,092, 13,64810,917 y 2,379, respectivamente, con total de arancel liquidado de \$ **49.469,630, 2,979,647, 28.455.051, 24,381,724, 13,587,161, 15,051,583**, respectivamente (F. 125 a 132).
3. Copia de Declaración de cambio por importaciones de bienes - formularios No. 1 de 27 de Diciembre de 2007, donde se identifica como importador a la sociedad demandante (F. 170).

4. Copia de Factura comercial No. 15302, de septiembre 28 de 2007 a nombre de la Sociedad ALMACENES EXITO S.A., donde se relaciona la mercadería comprada por el importador, y descrita en las correspondientes declaraciones de importación (F 175 a 190).
5. Copia de la factura cambiaria de transporte N° 88957 de 1° de octubre de 2007, y del documento de transporte con remitente KUEHNE + NAGEL S.A (proveedor) y consignado a la sociedad actora. (F. 196 – 197).
6. Copia de la relación contable de la importación efectuada por Almacenes Éxito S.A., (F. 194 a 200).
7. Copia de certificación de Revisor Fiscal sobre los costos incurridos en la importación, el valor realmente pagado al proveedor y el mayor valor pagado por la Sociedad. (F. 215).
8. A folios 46 a 50, obra la Resolución No. 000283 del 9 de diciembre de 2008 –primero de los actos demandados-, por medio de la cual se niega a la sociedad actora la solicitud de liquidación oficial de corrección; en el aparte de antecedentes y consideraciones de dicho acto, se lee:

...aprecia este Despacho que el importador en la (s) declaración(s) de importación reajustó los valores declarados al precio indicativo determinado en las Resoluciones 7511, 7509 de junio 26 de 2007 y 11414 de septiembre 28 de 2007. Precisamente según afirma el mismo importador en su solicitud, con la finalidad de obtener el levante y agilizar el procedimiento de control durante la inspección simplificando la solución de controversias que pudieran formularse, conforme se sustenta en el Memorando 0587 de 2005. Evitando con ello además el hecho de tener constituir una póliza conforme al artículo 523 de la Resolución 4240 de 2000 con ocasión de la posible controversia.

*Así las cosas tendremos que proceder a dilucidar las consecuencias y procedimientos a seguir por una controversia de valor frente al hecho de declarar una mercancía con valores inferiores a los precios indicativos fijados oficialmente. **Todo ello de cara a la opción voluntaria asumida por el importador de reajustar los valores declarados al indicativo oficial a fin de obtener su levante evitando una controversia de valor.***

(...)

*En el caso sub examine, el importador obvió todos estos pasos y **reajustó voluntariamente en forma previa a la inspección...** Adicional a lo anterior, **al presentar su declaración de importación con ajuste de precios, supone per se una actuación voluntaria desprovista de toda presión o conminación,** y como tal no existe ningún elemento con el cual pueda desvirtuarse esta*

declaración de importación, opción voluntariamente escogida por el declarante." (Subrayado de la Sala).

Según la valoración conjunta de las pruebas arriba citadas, resulta probado que la Sociedad demandante al momento de realizar las declaraciones de importación a que se ha hecho referencia, reajustó voluntariamente las mismas a los precios indicativos fijados por la DIAN, a través de la Resolución No. 7511 citada, pagando en ese sentido los tributos aduaneros en proporción a los citados precios, esto, acogándose al fin previsto por la administración, de agilizar el trámite de nacionalización de las mercancías importadas.

Que el importador ALMACENES EXITO S.A., en ningún momento desconoció el pago de su obligación tributaria, pues pagó los tributos aduaneros, atendiendo los valores previamente establecidos por la misma DIAN; luego entonces la Administración no puede vulnerar el derecho que tiene el importador de solicitar la devolución de los tributos aduaneros que fueron pagados en exceso, de conformidad con el artículo 548 literal a) del Estatuto Aduanero, pues, si bien no hubo provocación de controversia de valor, ni práctica de inspección física o documental por parte de la administración al momento de presentarse las declaraciones de importación respectivas, no puede la demandada en virtud de esto, inferir la renuncia a la devolución de lo pagado en exceso, pues ninguna norma así lo indica.

Al respecto se destaca, que dentro de los argumentos utilizados por la DIAN, sale a relucir el contenido del artículo 128 del Decreto 2685 de 1999, en su numeral 5º, que establece la procedencia de la autorización de levante, cuando es practicada la inspección aduanera, - física o documental -, y se produzca con ocasión de la misma, controversia de valor; sin embargo, se insiste en que no resulta el caso concreto ajustado a los supuestos que trae dicho precepto, pues, como ha quedado suficientemente claro, la parte actora se acogió a un trámite previsto por la misma administración, a fin de agilizar el procedimiento de inspección aduanera, de manera que la inspección física o documental resultaba ser un imposible jurídico, teniendo en cuenta que ALMACENES EXITO S.A. obtuvo el levante automático de las mercancías que importaba, y tal situación no le puede restringir su derecho de

un control posterior a través de un estudio de valor, como erradamente lo consideró la DIAN.

Queda claro entonces que ALMACENES EXITO S.A., al momento de establecer los valores de la mercancía, dentro de la declaración de importación, utilizó los precios de referencia establecidos por la misma DIAN, sin esperar los trámites de inspección física o documental – acogiéndose a un trámite que lo cataloga como colaborador de la respectiva autoridad aduanera -, y posteriormente a ello fue que solicitó la devolución de lo pagado en exceso, por cuanto el valor FOB de la mercancía, era inferior al estipulado en los precios de referencia o indicativos utilizados por la DIAN.

Así, para Sala, en el presente caso no se suscitó la controversia de valor de que trata el artículo 128 numeral 5, literales a) hasta e), del Decreto 2685 de 1999, pues en ningún momento hubo inspección física o documental de la mercancía declarada, lo que torna inaplicable a norma en cuestión.

Además resultaría contrario a los principios de justicia y de buena fe que la DIAN viabilice o le permita al importador un trámite, cuyo fin es agilizar la labor de la misma administración; trámite que consagra de manera expresa en el memorando No. 00587 de 2005, y por el otro lado, impedirle en virtud de ese mismo mandato, la posibilidad de solicitar la revisión de los valores declarados por concepto de tributos, en las declaraciones de importación respectivas, argumentando omisión de trámites formales.

Acorde con lo dicho, y según la normatividad arriba citada, se considera, que la solicitud de liquidación de revisión de valor hecha por un importador a efectos de devolución de tributos aduaneros que se dicen fueron pagados en exceso, es procedente, no obstante se hubiera omitido en una primera oportunidad, la generación de la controversia de valor.

Lo anterior porque resulta claro, que si es permitido agilizar el trámite de legalización de la mercancía, prescindiéndose de la generación de controversia de valor, y además conceder el levante automático de la mercancía – como resulta ser en el caso concreto - sin inspección aduanera para los Usuarios Aduaneros Permanentes, de conformidad con el artículo 33 Decreto 2685 de 1999 citado, ello, no debe convertirse en una estrategia para

que en oportunidad posterior se genere la controversia de valor por contribuciones tributarias presuntamente pagadas en exceso con la declaración de importación inicial, de conformidad con el artículo 548 del E.A; no siendo aplicables en tales casos, como afirma el apelante, las normas referentes a controversias de valor en virtud de inspección física o documental de mercancía declarada, pues esta diligencia de inspección no fue realizada, precisamente en virtud de la agilización del trámite de nacionalización de mercancía, que la misma DIAN consagra.

De lo aportado al plenario igualmente se logra establecer, que la parte demandante cumplió el deber contributivo, sufragando la cantidad debida al Estado por concepto de tributos aduaneros, y que el pago hecho en virtud de agilizar trámites aduaneros, bien pudo ser en exceso, sin que en ningún momento haya dejado de cumplir con su obligación, luego entonces, coartarle su derecho a obtener la devolución o compensación de tales pagos por concepto de tributos pagados de más, sería entrar a establecer parámetros que no se encuentran estipulados expresamente en la normatividad aduanera, siendo en cambio procedente – de acuerdo al estudio hasta aquí hecho – que la DIAN realice los estudios de valor respectivos, para determinar si le asiste razón o no al usuario aduanero que de manera voluntaria y sin intervención de la DIAN, pagó unos tributos aduaneros en base a unos precios indicativos fijados de manera previa por la administración, precios que en ningún momento pueden ser considerados obligatorios o inequívocos, pues sólo deben ser utilizados como mecanismo de control de los precios FOB, declarados por el importador, y en ese sentido su utilización por el importador bien puede acarrear un pago en exceso de tributos, máxime si los valores FOB de las mercancías pagados al proveedor, pueden estar por debajo de tales referencias.

Así, a juicio de esta Sala el actuar de la DIAN no se ajustó a la legalidad, pues no analizó la situación de UAP de la parte demandante al momento de suscitarse la controversia, ni la opción escogida por ésta para agilizar la labor de la administración, siendo en cambio procedente que la Administración realice el trámite correspondiente a la solicitud elevada por la sociedad

actora, a la luz de artículos 548 literal a) y 514 de Estatuto Aduanero, en armonía con lo dispuesto en el artículo 439 de la Resolución 4240 de 2000.

Cabe aclarar en este punto de la providencia que se emite, que los anteriores argumentos obedecen – en cuanto a la interpretación del caso concreto - al precedente horizontal fijado por esta Corporación².

La Sala entonces comparte la decisión emitida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión el 12 de abril de 2013, en lo que tiene que ver con la nulidad decretada, pues la interpretación sistemática de las normas consignadas en el marco normativo fijado en la presente providencia, permite que sea deducible la ilegalidad bajo a cual obró la DIAN.

No obstante lo anterior se aclara, que esta Corporación mediante sentencia de 29 de mayo de 2013, unificó su criterio en lo relacionado con el restablecimiento del derecho, por estimar, que resulta necesario que la DIAN proceda a efectuar la liquidación para devolución de tributos aduaneros pagados en exceso, de acuerdo con los documentos soportes aportados por el importador desde el momento mismo en que elevó su solicitud de liquidación oficial, procediendo a la devolución pretendida si a ello hay lugar, y sin efectuar un nuevo trámite en sede administrativa. Sin embargo, no resulta del caso modificar la decisión que aquí se estudia en tal sentido, por cuanto la DIAN figura como apelante único, y por supuesto, no puede entrar la Sala a modificar a favor de quien no manifiesta inconformidad con lo que se falla en primera instancia.

Finalmente se procederá a adicionar la providencia en mención con un nuevo numeral en el que se resuelva lo concerniente a la excepción propuesta.

² Véase entre otros fallos -SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 001- Magistrado Ponente ARTURO MATSON CARBALLO. SENTENCIA No 92. Cartagena de Indias, D. T. y C., veintidós (22) de junio de dos mil doce (2012) TEMA Devolución de tributos aduaneros ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: No 13-001-33-31-007-2009-00110-01. Demandante. Permoda S.A. Demandado DIAN // SALA DE DECISIÓN 001 Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) Magistrada Ponente: HIRINA MEZA RHENALS Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Radicación. 13-001-33-31-006-2009-00124-01 Demandante. Sociedad PERMODA S.A Demandado: DIAN // Sala de Decisión N° 001 Cartagena DT y C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012) Acción Nulidad y restablecimiento del derecho Demandante Permoda S.A Demandado. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Expediente. 13-001-33-31-007-2009-00113-01 Magistrado ponente. JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena en fecha 12 de abril de 2013, por la cual se concedieron las súplicas de la demanda; acogiendo razones adicionales a las consideradas por la Juez a – quo.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia con un nuevo numeral, así:

SEPTIMO: Declarar NO PROBADA, la excepción de INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES propuesta por la parte demandada.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

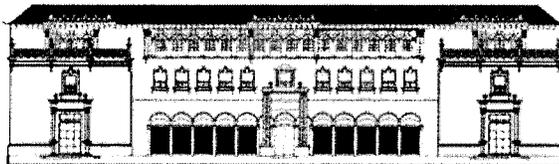
LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ALVAREZ

AUSENTE CON PERMISO

JBG



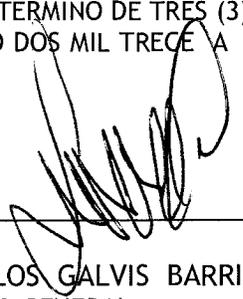
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1391
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: IVAN GUSTAVO RODRIGUEZ DE AVILA
DEMANDADO	: E-S-E JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2007-00088-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso

E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono: 6642718



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

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C. Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 309/2013

2ª Instancia

Tema: Reliquidación de prestaciones sociales e indemnización

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-33-31-002-2007-00088-01
Demandante: IVAN GUSTAVO RODRIGUEZ DE AVILA
Demandado: ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor IVAN GUSTAVO RODRIGUEZ DE AVILA instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN

LIQUIDACION para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad de la Resolución THLPS-EP No. 0001398 de enero 29 de 2007 mediante la cual son liquidadas, reconocidas y ordenadas el pago de prestaciones sociales y demás acreencias laborales a la vez que es liquidada, reconocida y ordenada pagar la indemnización por desvinculación al señor IVAN RODRIGUEZ DE AVILA, en razón a que no fueron tenidos en cuenta factores prestacionales extralegales reconocidos por la Convención Colectiva vigente de fecha 31 de octubre de 2001, los cuales son considerados derechos colectivos.

2.- Que a título de restablecimiento de derecho condenar a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN**, hacer la reliquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales tomando como base los factores prestacionales inherentes al cargo que ocupaba el actor, tanto legales como extralegales conferidos por la Convención Colectiva de fecha 31 de octubre de 2001.

3.- Se condene a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN** hacer la reliquidación de la indemnización por supresión del cargo del actor, teniendo en cuenta para ello lo señalado en el artículo 5º de la Convención Colectiva, e incluyendo la totalidad de factores salariales y prestacionales tanto legales como extralegales conferidos por dicha convención.

4.- Se condene a la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO JOSÉ PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN** al pago de las acreencias laborales devengadas por el actor, durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 al 31 de abril de 2006, tales como incremento adicional salarial, prima técnica, prima de vacaciones, primas de servicios adicionales a la prima legal, cesantías e

intereses a las cesantías, sanción moratoria por la no inclusión de la prima técnica, prima de servicio y demás factores constitutivos de salario.

HECHOS

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

Afirma el apoderado que, el actor desde el día 9 de noviembre de 1987 se encontraba vinculando al Seguros Sociales, en calidad de Médico Especializado, prestando sus servicios en la Clínica Enrique de la Vega de la ciudad de Cartagena.

Agrega que, el Presidente de la República profirió el Decreto 1750 de 2003 mediante el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado entre ellas la ESE José Prudencio Padilla, a la cual fue vinculado automáticamente el actor, sin solución de continuidad, entablándose su dependencia laboral a partir del 26 de junio de 2003.

Sostiene que la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – SINTRASEGURIDADSOCIAL continuo vigente aun después del 26 de junio de 2003, fecha de la escisión del ISS.

Manifiesta que, por decisión del Gobierno Nacional y mediante Decreto 2505 de 2006, fue ordenada la supresión y liquidación de la ESE José Prudencio Padilla, a la que venía vinculado el accionante.

Afirma que mediante Oficio No. LIQ 2414 del 4 de diciembre de 2006, le fue comunicado al señor IVAN RODRIGUEZ su desvinculación de la E.S.E. JOSE PRUDENCIO PADILLA a partir del 6 de diciembre de 2006, por la supresión del cargo que venía desempeñando.

Agrega que, mediante acto administrativo acusado la E.S.E. JOSE PRUDENCIO PADILLA, reconoció al señor IVAN RODRIGUEZ DE AVILA el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales y a la vez liquida y ordena el pago de indemnización por su desvinculación al cargo, sin embargo no fueron incluidos los factores salariales y prestacionales convencionales a que

tenía derecho, por su afiliación a ASMEDAS, ni fue tomada en cuenta la tabla de indemnización que el artículo 5 de la convención citada establecía que le debían ser reconocidos.

Aduce que durante el tiempo que laboró bajo la subordinación de la ESE, en el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 6 de diciembre de 2006, no le fueron pagadas ninguna de las acreencias laborales relacionadas en el libelo demandatorio, pese a los múltiples requerimientos que hizo al ente demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículos 13, 29, 53, 58 y 209.
- Decreto 1750 de 2003. Artículos 17 y 18.
- Convención Colectiva del Trabajo SINTRASEGURIDADSOCIAL, de octubre 30 de 2001. Artículos 5, 40, 41, 49, 50 y 62.

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

Afirma que, los actos administrativos demandados se profirieron con base en una falsa motivación, la cual se observa concretamente en el desconocimiento de la Convención Colectiva de que es beneficiario el actor.

Agrega que el acto administrativo es arbitrario, es ilegal por desconocimiento de un precepto superior, pues el Gerente Liquidador de la ESE, sostiene que el actor no es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo, ya que según él, al momento de adquirir la calidad de empleado público, no puede gozar de beneficios establecidos a trabajadores oficiales, desconociendo con ello que tales beneficios, son considerados derechos adquiridos a favor del actor, pues, si bien cambió la naturaleza de su vinculación con el Estado, no deviene con ello la pérdida de sus derechos, mucho menos dentro de un Estado de derecho como el nuestro.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de fecha 5 de agosto de 2010 (fl. 117), se ordenó la notificación de la demanda a la Nación- Ministerio de la Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quienes contestaron la demanda dentro del término legal para ello.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO: Sostiene la entidad demandada que el Ministerio es ajeno a cualquier relación laboral, reglamentaria, convencional contractual con el señor IVAN RODRIGUEZ, pues no es cierto que deba reconocer el pago de salarios y prestaciones convencionales a exfuncionarios de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN, ni mucho menos que en virtud del Decreto 2709 de 2008, se desprenda alguna clase de solidaridad con el Ministerio de la Protección Social, para atender obligaciones de la extinta ESE.

Propone como excepciones las siguientes: i) Falta de jurisdicción y competencia, ii) Inviabilidad de reconocer efectos de la convención colectiva del ISS, a empleados públicos de otra entidad, iii) No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, iv) caducidad de la acción, v) prescripción, vi) falta de legitimación en la causa por pasiva, vii) cobro de lo no debido y viii) Genérica.

MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL: Por intermedio de apoderada, contestó la demanda y solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, con fundamento en que entre el actor y el Ministerio no existió vinculo de ninguna naturaleza y a su vez las ESEs no estaban bajo la subordinación de este Ministerio dado el carácter especial que gozaban en virtud del Decreto 1750 de 2003.

Manifiesta que la convención colectiva del ISS y su sindicato, no le es aplicable al actor como empleado público de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA, además que tal convención solo estuvo vigente hasta el 2004.

Propone como excepciones las siguientes: i) Falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente al Ministerio de la Protección Social ii) Falta de legitimidad en la causa por pasiva, iii) Inexistencia de causa para demandar, iv) Inexistencia de solidaridad entre las demandadas, v) Falta de integración del Litisconsorcio, vi) caducidad de la acción y prescripción de los derechos.

ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION, no contestó la demanda.

III. CAMBIO DE COMPETENCIAS

En desarrollo del Plan de Descongestión adoptado para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el presente proceso fue redistribuido al Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena quien adelantó la primera instancia en este asunto.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 26 de febrero de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la presente demanda, bajo las siguientes consideraciones:

El Juez de primera instancia, consideró que no obra en el expediente la convención colectiva suscrita entre el I.S.S. y SINTRASEGURIDADSOCIAL, ni existe constancia sobre su vigencia, pues pese a haber sido ordenado por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena y a que el Ministerio de Trabajo informo que el expediente estaba a disposición para que fueran obtenidas las copias, la parte actora no demostró haber realizado diligencia alguna, lo que impide resolver si los empleados de la ESE demandada, tenían derecho a que se les aplicara la convención colectiva 2001-2004 del ISS.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante a través de su apoderada judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2013, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Señala que, no comparte la decisión adoptada por el *a quo*, ya que el texto de la Convención Colectiva de Sintraseguridadsocial fue aportado como anexo de la demanda, amén de entenderse conocido su contenido y aplicación al actor, conforme a la lectura e interpretación de la sentencia de constitucionalidad que el mismo despacho cita en sus consideraciones (Sentencia C-314 de 2004 del H. Corte Constitucional).

Afirma que la prueba solicitada por la parte demandante y ahora aguardada por el fallador de primera instancia, debió ser allegada al proceso por oficio enviado por la autoridad administrativa competente, pues al observar el Despacho judicial que era necesaria para fallar y establecer el derecho o no del demandante, debió insistir en su incorporación garantizando con ello el debido proceso de quien aduce a la administración de justicia.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 15 de mayo de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 275); y, con providencia adiada en agosto 26 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 279).

En esta oportunidad procesal la parte demandante alegó de conclusión de manera extemporánea, la demandada Ministerio de la Protección Social alegó de conclusión, las demás entidades demandadas guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

ALEGATOS DEL MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL: Sostiene que la extinta ESE con el objeto de cumplir con dicha disposición efectuó un pago único a favor del demandante en el cual se reconocía los beneficios económicos contenidos en la convención colectiva celebrada entre el ISS y Sintraseguridadsocial por el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, fecha en la cual expiraba la vigencia de la convención colectiva, dicho pago incluía la totalidad de las sumas de dinero que dejó de percibir como consecuencia del cambio de régimen laboral, esto de conformidad con lo establecido en las sentencias C-314 y C-349 de 2004, proferidas por la Corte Constitucional.

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 26 de febrero de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Compete la Sala determinar si el acto acusado debió tener en cuenta factores salariales y prestacionales extralegales reconocidos por la Convención Colectiva de fecha 31 de octubre de 2001.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala la sentencia recurrida deberá ser confirmada, pero por razones diferentes, pues la liquidación de las prestaciones sociales y la indemnización por supresión del cargo se sujetó a la normatividad legal aplicable, que en este caso era el Decreto 775 de 2006.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata de la Resolución THLPS-EP No. 001398 de enero 29 de 2007, notificada personalmente el 5 de febrero de 2007, "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, otras acreencias laborales e indemnización por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación", expedida por el Gerente Liquidador de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA en Liquidación. (fl. 18-21)

A través de la resolución acusada, se estableció el monto de la liquidación por concepto de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación, y el monto de la indemnización por supresión de cargo a favor del señor IVAN GUSTAVO RODRIGUEZ DE AVILA.

Concretamente en dicho acto, se sostuvo que por los Decretos No. 775 y 776 del 16 de marzo de 2006, el Gobierno Nacional modificó la estructura y la planta de personal de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla y, por comunicación se le informó que el cargo que él venía desempeñando se había suprimido. Y se agregó:

"Que RODRIGUEZ DE AVILA IVAN GUSTAVO tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización señalada en el artículo 12 del Decreto No. 775 de 2006, por supresión del cargo que desempeño, en la cuantía de \$112.301.557 conforme a la siguiente información: (...)"

Ahora bien, de conformidad con la tabla relacionada en la Resolución THLPS-EP No. 001398 de enero 29 de 2007, se reconocieron las siguientes sumas (fl. 19 del expediente):

CONCEPTO	VALOR
Indemnización de vacaciones 09/11/2005 A 06/12/2006	\$1.760.444
Prima de vacaciones adeudadas 09/11/2005 A 06/12/2006	\$1.760.444
Proporción de prima de navidad 01/01/2006 A 06/12/2006	\$3.119.344
TOTAL	\$6.640.232

Así mismo, se incluyó por concepto de indemnización la suma de \$112.301.557; teniendo en cuenta para el efecto un tiempo de servicio comprendido entre el 9 de noviembre de 1987 y el 6 de diciembre de 2006, para un total de 18 años y 10 meses de labores.

Para calcular el valor de la indemnización se tomaron los siguientes factores (fl. 20):

Para la indemnización: asignación básica, prima individual de compensación, horas extras, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, salario base de indemnización.

Ahora bien, el Juez *a quo*, se abstuvo de estudiar de fondo el presente asunto, toda vez que no obra en el expediente la convención colectiva suscrita entre el I.S.S. y SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo que impide resolver si los empleados de la ESE demandada, tenían derecho a que se les aplicara la convención colectiva 2001-2004 del ISS.

Al respecto, esta Sala no comparte lo señalado por el Juez de primera instancia, por cuanto el texto de la Convención Colectiva fue aportado como anexo de la demanda, visible a folios 39 al 72 y no fue tachado de falsedad por

las entidades demandadas, por lo que se procederá a realizar el estudio del caso concreto.

Establecido lo anterior pasa la Sala a resolver el *sub júdice* en el siguiente orden: (I) De la naturaleza de la vinculación del accionante; (II) Competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional de empleados públicos; (III) Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas y (IV) Del caso concreto.

(I) De la naturaleza de la vinculación del accionante

El Instituto de Seguros Sociales fue creado en el año 1946, a través de la Ley 90 de 26 de diciembre del mismo año, como una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, con el objeto de dirigir y vigilar los seguros sociales¹, los cuales fueron señalados por el artículo 1º para cubrir los siguientes riesgos: enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez y vejez; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y, muerte.

Los trabajadores vinculados a dicha entidad, a su turno, de conformidad con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2324 de 1948, ostentaron la condición de trabajadores particulares.

Posteriormente, a través del Decreto 433 de 27 de marzo de 1971², se dispuso que el ISS era una entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social³. Dicho cambio de naturaleza generó, con la expedición del Decreto 1651 de 1977, la existencia en dicha institución de una categoría especial de empleados denominados "*funcionarios de la seguridad social*", correspondientes a aquellos que desempeñaran cargos asistenciales y administrativos⁴.

En el año 1992 se dio otro cambio fundamental en la naturaleza del Instituto, pues de conformidad con lo ordenado por el Decreto 2148 de 1992, se

¹Artículo 8º del referido cuerpo normativo.

²Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales

³Artículo 9º.

⁴Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 413 de 1980, existió la condición de empleados públicos y funcionarios de la seguridad social.

convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta condición determinó que luego, con ocasión del estudio de constitucionalidad del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-579 de 1996, declarara la inexecutable de dicha categoría en una empresa que, como se anotó, pasó a ser industrial y comercial del estado, cuyo régimen determina que por regla general los servidores vinculados son trabajadores oficiales.

Hasta aquí, entonces, es claro que el accionante, por la fecha en que se vinculó al ISS, ostentó la condición de trabajador oficial.

Luego, mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 se escindió del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y centros de atención ambulatoria (artículo 1º) y se crearon 7 Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de Protección Social (artículo 2º). Una de ellas fue precisamente la demandada en el presente asunto, la E.S.E. JOSÉ PRUDENCIO PADILLA.

Con la entrada en funcionamiento de la E.S.E., la situación laboral de la actora se modificó sustancialmente, pues a partir de allí pasó a ser considerado como empleado público, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003. Dicha incorporación a la nueva planta de personal además, al tenor de lo estipulado en el artículo 17 ibídem, fue automática y sin solución de continuidad.

Frente a este aspecto cabe resaltar que la consagración de la referida regla, esto es, que la naturaleza de la vinculación es la propia de un empleado público, es consonante con el régimen que a partir de la Ley 100 de 1993, concordante con las Leyes 10 de 1990 y 489 de 1998, corresponde a las Empresas Sociales del Estado, las cuales son una categoría especial de entidad descentralizada dentro del engranaje institucional existente en el país.

Establecido lo anterior, entonces, precisa aclarar quién es la autoridad competente para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados

públicos, pues la reclamación que en esta oportunidad se analiza tiene que ver con un tiempo en el cual la señora Gloria Grajales Rojas ya ostentaba dicha condición.

(II) Competencia para la fijación del régimen salarial y prestacional.

El artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución Política de 1991, dispone:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

...

e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.

..."

En este orden de ideas, conforme a la Constitución Política de 1991, que no ha otorgado a otras autoridades la facultad de expedir normas sobre salarios y prestaciones de los empleados públicos, corresponde al Congreso fijar las normas generales a las que se sujeta el Gobierno Nacional para fijar los requisitos y condiciones del reconocimiento de su régimen salarial y prestacional.

A su turno, la Ley 4ª de 1992, dispuso en sus artículos 1º y 2º que:

"ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

(...)

ARTÍCULO 2o. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;

b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;

c) La concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo;

(...)"

El artículo 10 de esta misma norma determinó:

"Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos."

De la normatividad referida, entonces, es incuestionable que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos es el legal fijado por las autoridades competentes.

(III) Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas.

El derecho a la negociación colectiva fue consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

"Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señala la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo."

El artículo 416 del C.S. del T. dispone:

"Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no pueden declarar o hacer huelga." (Negrilla fuera de texto)

En la Sentencia C-1235 de 2005 la Corte Constitucional al hacer un análisis sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, se consideró que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no riñe con el ordenamiento jurídico superior, en la medida en que la negociación colectiva no se identifica con dichos institutos, sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que sí pueden ser utilizadas por los empleados públicos. De esta forma, expresó la Corte, se deben buscar mecanismos de concertación que permitan equilibrar la tensión existente entre el derecho de los empleados públicos de intervenir en las decisiones que afectan su ejercicio laboral, por un lado; y, la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas

en el orden nacional y territorial, para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria.

Para arribar a dicha conclusión, la Corte Constitucional acudió a una definición de pliego de condiciones como un “*proyecto de convención colectiva de trabajo*” propuesta por los trabajadores sindicalizados; a la definición de convención colectiva regulada en el artículo 467 del C.S. del T., y a la definición de negociación colectiva expuesta en el artículo 2º del Convenio 154 de la OIT.

De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, ya que no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Sin embargo, tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos.

(IV) Del caso concreto

Establecido el anterior marco normativo y jurisprudencial, la Sala procede a definir la situación concreta del accionante, de cara a su cargo principal, cual es, que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año 2001, para una vigencia inicial de 3 años, a la fecha de retiro aún se encontraba vigente, en aplicación de la prórroga automática contemplada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

Con tal objeto, lo primero que debe resaltarse es que, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, a partir del 26 de junio de 2003 el señor IVAN RODRIGUEZ DE AVILA tuvo la condición de empleado público y, en consecuencia, a partir de dicho momento no ostentaba el derecho a suscribir convenciones colectivas ni a beneficiarse de ellas.

Sin embargo, en el caso concreto, el Decreto 1750 de 2003 contempló en el artículo 18 siguiente:

*"DEL RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. **En todo caso se respetarán los derechos adquiridos.** Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas."*.(Negrilla fuera de texto y el aparte subrayado declarado inexecutable mediante la Sentencia C-314 de 2004.)

En la sentencia C-314 de 2004⁵, la Corte Constitucional analizó el referido artículo, frente a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva⁶ y de los derechos adquiridos. En este sentido, luego de efectuar un amplio análisis de lo que debe considerarse, al amparo de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, como derecho adquirido, concluyó que el aparte subrayado se encuentra viciado por los siguientes motivos: (i) hace referencia sólo a derechos prestacionales, cuando la protección debe abarcar los salariales también; (ii) la definición contenida en dicha disposición es errática; y, (iii) deja por fuera los derechos derivados de la Convención Colectiva de Trabajo durante el tiempo por el cual fue pactada. Al respecto, precisó:

"En primer lugar, la expresión señalada del artículo 18 es inconstitucional porque únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial.

(...)

De igual modo, la definición de derecho adquirido consignada en el artículo 18 resulta violatoria de los derechos de los trabajadores por no ser clara frente a lo 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 causada o cuando ha ingresado en el patrimonio del servidor.

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

⁵M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁶Frente a este aspecto concluyó que el derecho a la negociación colectiva no es absoluto y que está inescindiblemente ligado a la naturaleza de la vinculación; la cual, a su turno. No puede considerarse tampoco como un derecho adquirido del trabajador. Al respecto, consideró: "Los argumentos de la Sentencia, aunados a los que en esta oportunidad se consignan, permiten concluir que el cambio de régimen jurídico de los trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos no vulnera el derecho a la negociación colectiva porque ni el mismo es un derecho adquirido, en tanto depende de la naturaleza de la vinculación jurídica del servidor con el Estado, ni es un derecho absoluto que no pueda ser objeto de restricciones justificadas por parte del legislador."

hipótesis distintas aquellas que para la doctrina son una misma, por lo que, no siendo posible determinar con exactitud cuándo el derecho de que se habla se ha adquirido o permanece como mera expectativa, la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos.

(...)

Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.”.

Esta tesis, a su turno, fue reiterada en la Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con ocasión del análisis de constitucionalidad de las expresiones “automáticamente” y “sin solución de continuidad” contenidas en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, en los siguientes términos:

“A juicio de la Corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentada de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales.

(...)

No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la

pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004."

Al respecto se resalta que, de conformidad con la copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, que obra a folios 39-72, la vigencia de la misma se reguló en los siguientes términos:

"Artículo 2º. La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente."

A su turno, el artículo 135 estipuló:

*"REVISIÓN DE LA CONVENCION.
La Convención Colectiva se revisará de conformidad con lo establecido en el Artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo.
(...)"*

Referente a la aplicación de la Convención Colectiva mencionada, bajo el argumento que aún se encontraba vigente, en aplicación de la prórroga automática contemplada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, el Consejo de Estado⁷ ha sostenido lo siguiente:

"Esta situación empero, generada por el pronunciamiento de la Corte Constitucional, no puede ser una excusa para que la actora sostenga que con posterioridad al 31 de octubre de 2004 e incluso para el año 2007 aun era beneficiaria de la Convención Colectiva, por cuanto:

- De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004 la protección de los derechos convencionales por un tiempo, deriva del concepto de derecho adquirido y de la afirmación según la cual la Convención Colectiva es en verdad un instrumento al que se someten las relaciones laborales que se ven afectadas por el mismo durante su vigencia.*
- La prórroga automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social⁸, no encuadra dentro de dicho concepto de derecho adquirido pues ella es una mera posibilidad*

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero Ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número 05001-23-31-000-2008-00067-01(0673-2010).

⁸"A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación."

que ante la actitud pasiva de las partes el instrumento convencional sigue vigente y, en consecuencia, no puede sostenerse que los trabajadores oficiales al 25 de junio de 2003 tenían un verdadero **derecho adquirido** a que se prorrogara el término de la convención.

- Adicionalmente a ello, no puede perderse de vista que para el 31 de octubre de 2004 la mayoría de trabajadores de la E.S.E., dentro de los cuales se encuentra la accionante, ostentaban la condición de empleados públicos y por lo tanto no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento.

- Por lo anterior, no es viable avalar la interpretación del Tribunal y tampoco la de la Corte Constitucional sostenida en la Sentencia T-1166 de 2008, pues a la luz de lo expuesto por la misma Alta Corporación en las Sentencias de Constitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, la protección deriva del concepto amplio de derecho adquirido.

- En el mismo sentido, en la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1º de octubre de 2009, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve; radicado interno No. 0212-2008, se sostuvo:

"De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala considera 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 en que terminó la vigencia de la misma, conforme con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos y 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 períodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos pueden 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."

De lo expuesto se concluye, que los derechos salariales y prestacionales reclamados, teniendo en cuenta parámetros convencionales, no tienen sustento alguno; y, en consecuencia no es dable acceder a las pretensiones del actor, pues la liquidación de las prestaciones sociales y la indemnización por supresión del cargo debieron sujetarse, como en efecto se hizo, a la normatividad legal aplicable, que en este caso era el Decreto 775 de 2006.

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

FALLA

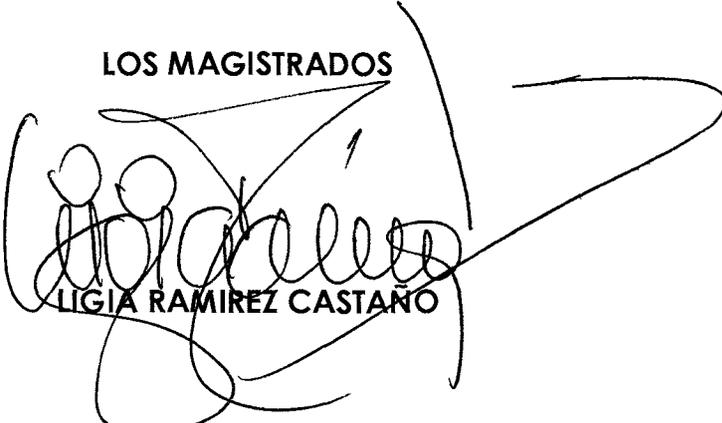
PRIMERO: CONFIRMAR por razones diferentes la sentencia de primera instancia proferida el día veintiséis (26) de febrero de dos mil trece (2013) por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



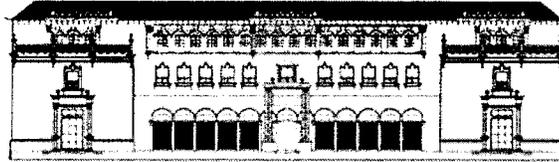
LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
AUSENTE CON PERMISO



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ

JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1392
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: JOSE WILSON SUAREZ VELASCO
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO D E LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2012-00157-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 307 /2013

2ª Instancia

Tema: Reajuste Asignación de Retiro - IPC

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-003-2012-00157-01
Demandante: JOSE WILSON SUAREZ VELASCO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

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

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor JOSE WILSON SUAREZ VELASCO instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y

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

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad del Oficio Cremil No. 64369 del 7 de diciembre de 2010, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la reliquidación y sus reajustes pensionales de la asignación de retiro al actor, reconocida mediante Resolución No. 1473 del 17 de abril de 2000 dando aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en los años 2001, 2002, 2003 y 2004, norma que dispone el incremento anual de las pensiones, en un porcentaje igual al IPC del año anterior.

2.- Que como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuar el reajuste y reliquidación para los años 2001, 2002, 2003 y 2004, por la ausencia de aplicación del IPC de conformidad con la Ley 238 de 1995, teniendo en cuenta el porcentaje que le corresponde a cada grado, con respecto del sueldo básico del general.

HECHOS

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

Como soporte fáctico de sus pedimentos, el señor JOSE WILSON SUAREZ VELASCO expone que le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 1473 del 17 de abril de 2000, como Sargento Primero.

Sostiene que la asignación de retiro del actor durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004, fue reajustada en porcentaje inferior al IPC del año inmediatamente anterior, por lo que radico ante la Caja demandada petición de fecha 1º de diciembre de 2010 solicitando el reajuste de su asignación de retiro dando

aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la cual fue negada afirmando que se han hecho los reajustes de ley, por lo tanto no hay lugar a reajustar la asignación de retiro con base en el IPC.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora invoca como violadas las siguientes disposiciones: Preámbulo y los Artículos 2, 4, 13, 45, 48 y 53 de la Constitución Nacional, la Ley 100 de 1993, parágrafo 4º, del artículo 279, Ley 238 de 1995, Artículo 1º.

Como concepto de violación de las normas acusadas, aduce que mediante acto administrativo demandado, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES desconoce el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 238 de 1995. El artículo 14 de la ley 100 de 1993 ordena el reajuste de las pensiones del sistema general según la variación porcentual del IPC y la Caja, al negar el reajuste transgrede dicha normatividad.

Señala que la demandada como sustento de la negativa a aplicar las normas en referencia, argumenta que los reajustes de las pensiones los realiza dando cumplimiento al Decreto 1211 de 1990.

Afirma que los argumentos expuestos por la caja demandada, no tienen fundamento jurídico y tal interpretación es errada, ya que desde la Ley 238 de 1995 debe considerarse que los reajustes anuales no se pueden incrementar por debajo del IPC y que en la actualidad el incremento debe hacerse en cumplimiento de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 238 de 1995.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada no contestó la demanda, tal y como lo dispuso el auto de fecha 18 de enero de 2013 (fl. 51), por lo tanto no será tenida en cuenta.

III. SENTENCIA CONSULTADA

El Juez Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO. *Declarar la nulidad del oficio CREMIL No. 101346 consecutivo 34369 (sic) de fecha 7 de diciembre de 2010, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual, negó al señor José Wilson Suarez Velasco el reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro de conformidad a las variaciones del índice de precios al consumidor, para las vigencias en que éste fue más favorable al demandante.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a realizar los reajustes de la Asignación de Retiro del señor José Wilson Suarez Velasco con aplicación del porcentaje del índice de Precios al Consumidor, para los años en que este fue superior al decretado por el Gobierno Nacional, en especial, para los años 2001, 2002, 2003 y 2004 que fueron debidamente probados en el proceso.*

TERCERO: *Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los índices de precios al consumidor, a partir del primero (1) de diciembre de dos mil seis (2006) y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.*

CUARTO: *Declarar prescritas las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, causadas con anterioridad al primero (1) de diciembre de dos mil seis (2006).*

(...)."

Estimó el Juez a quo, que para los años 2001, 2002, 2003 y 2004, los incrementos con aplicación de la variación del IPC fue superior al incremento realizado por el actor con base al principio de oscilación, estableciendo entonces que el actor tenía derecho al reajuste de su asignación de retiro conforme al IPC para esos años, que fueron probadas en el plenario.

Afirma que la petición de reajuste de la asignación de retiro fue radicada por el actor el 1º de diciembre de 2010, solo procede el pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo al IPC, a partir del 1º de diciembre de 2006 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 7 de octubre de 2013, esta Corporación aprehendió el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo establecido en artículo 184, inciso 4 del C.C.A., dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 3 cdno 2)).

En esta oportunidad procesal la parte demandante guardó silencio, la parte demandada alegó de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandada: Sostiene la apoderada de la entidad demandada que, como bien es sabido, la Fuerza Pública tiene un régimen especial que establece como se reajustan las asignaciones de retiro y los decretos anuales que se han expedido y aplicando para reajustar las asignaciones, todo lo cual esta ajustado a la Ley 4 de 1992 y al régimen especial de la fuerza pública, que es el único aplicable.

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

V. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que a su tenor dispone:

“ART. 184. Consulta. 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.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectúe una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.” (Negrillas y subrayas de la Sala)

En esas condiciones es necesario previamente verificar si se dan los presupuestos legales para ello, tratándose de un asunto contencioso de carácter laboral, donde la sentencia de primera instancia impuso condena a cargo de la entidad pública, procede constatar si la demandada durante la respectiva actuación no ejerció defensa alguna de sus intereses.

Así se observa que la demandada fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda el día 28 de septiembre de 2012, al Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fl. 50), y fijada en lista el 9 de octubre de 2012 (fl. 45 rvso.), observando la Sala que no se contestó la demanda y no alegó de conclusión.

Determinada la procedencia del grado de consulta, esta Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, analizará la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena el 10 de mayo de 2013.

CADUCIDAD.

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

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

PROBLEMA JURÍDICO.

Como problema jurídico, la Sala deberá determinar si los reajustes de la asignación de retiro estuvieron conforme al ordenamiento jurídico, es decir, si el accionante tiene derecho al reajuste del IPC tal y como se declaró en la sentencia consultada, o si por el contrario, al reajuste de la asignación de retiro del señor JOSE SUAREZ VELASCO le es aplicable inexorablemente el régimen prestacional de la Fuerza Pública.

TESIS DE LA SALA.

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

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se trata del **Oficio Cremil No. 101349 consecutivo 64369 de fecha 7 de diciembre de 2010**, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro por concepto de reconocimiento del índice de precios al consumidor "IPC" del SP @ JOSE SUAREZ VELASCO (fl. 3).

En sede administrativa el señor JOSE SUAREZ VELASCO, presentó derecho de petición de fecha 1º de diciembre de 2010, solicitando el reajuste de la asignación de retiro, con base en el I.P.C., el que fue atendido con el Oficio Cremil No 101349 consecutivo 64369 de fecha 7 de diciembre de 2010, negando dicha solicitud, agotando así la vía gubernativa como lo dispone el art. 63 del C.C.A. y, por tanto, habilitando a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado en la forma como lo establece el art. 135 ib.

DEL CASO EN CONCRETO.

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

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

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

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

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

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

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

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

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que en el presente asunto, que el servidor retirado de la Fuerza Pública, tiene derecho a que la entidad demandada revise los incrementos de su asignación de retiro y verifique cuál es el mayor porcentaje de cada año para su reajuste, a partir de 1997 si del aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza Militares y de Policía, fijado en la escala salarial porcentual, o del Índice de Precios al Consumidor - IPC, que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de manera que, en cada año se aplique el porcentaje de mayor valor en orden a realizar el incremento, teniendo en cuenta que sólo se debe utilizar uno de estos porcentajes, el más favorable, no los dos de manera concomitante el mismo año, toda vez que, no son acumulables porque se generarían dos aumentos no ordenados por la ley para el mismo periodo fiscal o anualidad.

Si de las operaciones matemáticas que se efectúen, resulta alguna diferencia entre los valores cancelados y la nueva liquidación, deberá pagarse esa suma al demandante, actualizada como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la Sala considera que el acto administrativo demandado, viola normas superiores, lo que permite inferir que le asiste razón al accionante, de manera que se confirmará la sentencia apelada.

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

De la Prescripción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso."³

En el presente caso la entidad deberá reajustar la asignación de retiro con base en el IPC desde cuando se adquirió el derecho y en los años en que sean más favorables, no aplicando un sólo el régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable al demandante.

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

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

AÑO	INCREMENTO GOBIERNO	IPC	DIFERENCIA
2001	5.85%	8,75%	-2,90%
2002	4.99%	7,65%	-2,66%
2003	6.22%	6,99%	-0,77%
2004	5.38%	6,49%	-1,11%

De lo anterior se concluye que, le asiste razón a la Juez a quo al considerar que el accionante tiene derecho a que la Caja demandada le reajuste su asignación de retiro, teniendo en cuenta que para los años 2001, 2002, 2003 y 2004 el incremento que resulta de la aplicación del IPC fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, además resulta aceptado declarar prescritas las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, causadas con anterioridad al 1º de diciembre de 2006, ya que la petición de reajuste de la asignación de retiro con base en el

³Radicación número 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09) de fecha 27 de enero de 2011, Consejero ponente. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

IPC fue presentada por el actor el 1º de diciembre de 2010, por lo tanto el fallo dictado en primera instancia debe ser confirmado.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha diez (10) de mayo de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA: Ejecutoriada esta 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

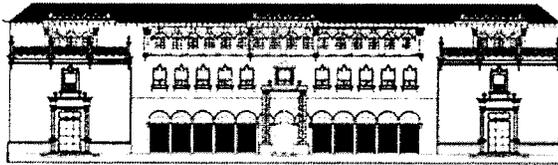


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
AUSENTE CON PERMISO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1393
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-000-2012-00298-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 308 /2013

1º Instancia

Tema: Reliquidación de pensión de jubilación -docente

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación : 13-001-23-31-000-2012-00298-01
Demandante: AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA
Demandado: NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PENSIONES DEL MAGISTERIO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA quien a través de apoderado judicial presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DISTRITO DE CARTAGENA.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

Como pretensiones la demandante solicitó que se declare la nulidad de los Oficios Nos. 2120 del 8 de junio de 2011 y 3336 del 7 de septiembre de 2011,

expedidos por el Secretario de Educación Distrital de Cartagena, mediante los cuales se denegó a la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA la revisión y ajuste de su pensión de jubilación.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación Distrital- Alcaldía Mayor de Cartagena a reconocer y pagar a la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA, el reajuste de su pensión de jubilación a partir del día siguiente al de haber cumplido 20 años de servicio a la educación y 55 años de edad, cuyas mesadas iniciales deben ser liquidadas en cuantía equivalente al 75% del promedio de lo devengado por ella, por concepto de sueldos y demás factores salariales en el último año de servicios inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio, junto con los reajustes legales correspondientes.

HECHOS

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

Afirma el apoderado que, la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA nació el 3 de enero de 1951 cumpliendo 55 años de edad el 3 de enero de 2006 y 20 años de servicio el día 24 de marzo de 2001 y durante más de 20 años ha prestado sus servicios al Distrito de Cartagena en el magisterio nombrada en propiedad.

Manifiesta que, mediante acto administrativo No. 2182 del 29 de noviembre de 2006, la Nación - Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- Secretaria de Educación Distrital- Alcaldía Mayor de Cartagena, reconoció y ordenó el pago de la pensión vitalicia de jubilación a favor de la accionante, tomando como la base de liquidación la asignación básica, desconociendo la totalidad de factores salariales a que tiene derecho.

Sostiene que la actor solicitó el día 2 de julio de 2009 a la Secretaria de Educación del Distrito de Cartagena, se le reconociera y pagara el reajuste de su pensión de jubilación teniendo en cuenta todos los factores salariales que no

fueron tenidos en cuenta al momento de reconocerse la pensión, tal como lo establecen las leyes 4 de 1966, 71 de 1988, 91 de 1989, 100 de 1993, 962 de 2005, 1122 de 2007 y Decreto 2821 de 2005.

Aduce que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, mediante Resolución No. 2120 del 8 de junio de 2011, negó la solicitud de reajuste de la pensión de jubilación y contra dicha resolución se interpuso recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 3336 del 7 de septiembre de 2011, resolviendo no reponer y confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución No. 2120 del 8 de junio de 2011.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículos 2, 6, 13, 25, 53, 58 y 84.
- Ley 4 de 1966 art. 4.
- Decreto 2831 de 2005 art. 5.
- Ley 115 de 1994 art. 115.
- Ley 812 de 2003 art. 81
- Ley 489 de 1998 art. 3.
- Ley 91 de 1989 art. 15 numeral 1 parágrafo 1.
- Código sustantivo del Trabajo, art. 21.
- Acto legislativo 01 de 2005.

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

Afirma que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio-Secretaria de Educación Distrital, inicialmente reconoce la pensión vitalicia de jubilación teniendo en cuenta para su liquidación únicamente la asignación básica, pero sustentándose jurídicamente en que la mesada pensional corresponde al 75% promedio de los factores salariales devengados en el último año de servicios, sin que efectivamente fueren tenidos en cuenta.

Señala que en el acto administrativo recurrido la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, acude al artículo 3° del Decreto 3752 de 2003 informando que de acuerdo a lo establecido en este, la base de liquidación que se debe tener en cuenta para liquidar las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la ley 812 de 2003, no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual se realizan los aportes, lo cual disiente con el sustento jurídico de la resolución No. 2182 de 2006, mediante la que se reconoció la prestación, desconociendo además el ordenamiento legal, que al respecto establece que la pensión de jubilación debe ser equivalente al 75% del salario devengado en el año anterior al cumplimiento de los requisitos de ley o el último año de servicio.

Indica que conforme a lo estipulado en el artículo 81 inciso 1° de la Ley 812 de 2003, solo se aplica a quienes se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la citada ley, razón por la cual la norma que se debe aplicar para el caso analizado es la Ley 91 de 1989 y en razón de esta la Ley 4 de 1966 y el Decreto 1848 de 1969.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida el 22 de junio de 2012 (Fl. 32).
- ✓ El proceso se fijó en lista del 21 de agosto al 3 de septiembre de 2012 (fl. 33 rev).
- ✓ La demanda fue debidamente contestada por parte de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (fls. 40-49).
- ✓ El Distrito de Cartagena no contestó la demanda.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por intermedio de apoderado constituido para el efecto, contestó la demanda y su corrección y solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Afirma que la liquidación de la pensión contenida en la resolución objeto de litis, se efectuó de conformidad con la Ley 33 de 1985, artículo 1º, por lo que al acreditar el accionante los presupuestos señalados en el artículo mencionado, a saber tiempo de servicio 20 años y la edad 55 años se procedió a reconocer la pensión de jubilación.

Sostiene que teniendo en cuenta que la discrepancia del actor radica en que la entidad demandada no le incluyó los factores salariales que debió incluir, solicita la reliquidación de esa pensión de jubilación, por lo que es necesario señalarle que no es ajustado a derecho que se tuviera en cuenta otros factores, tales como prima de navidad y prima de vacaciones y demás factores generados durante el año status de pensión, en virtud de lo que dispone el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

Agrega que los actos acusados no violan las disposiciones invocadas por el actor y está estrictamente ceñido a las disposiciones en que debería fundarse. Las razones por las cuales se realiza la liquidación de la pensión, fueron la existencia de la Ley 812 del 26 de junio de 2003, el Decreto 2341 de 2003 el Decreto 3752 de 2003.

Expresa que no existe omisión, ni violación a derecho alguno en la respuesta dada en los actos demandados, toda vez que la docente para la fecha de entrada en vigencia la Ley 33 de 1985 no tenía 15 años o más de tiempo de servicio, por tanto no se beneficia con la excepción consagrada en la disposición legal.

Propone como excepciones: 1) Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma, 2) Buena fe, 3) Pago, 4) Genérica y 5) Caducidad.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha nueve (9) de abril de dos mil trece (2013), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl. 55).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha veintisiete (27) de agosto del 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente, oportunidad que no fue aprovechada por la parte demandante y las demandadas y el Ministerio Público desistió de emitir concepto de fondo.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 1º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

RESOLUCIÓN DE EXCEPCIONES:

Propuso la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO las excepciones de:

- 1) Inexistencia del derecho por errónea interpretación de la norma.
- 2) Buena fe.
- 3) Pago.
- 4) Genérica y
- 5) Caducidad.

Antes de entrar a analizar el fondo del asunto, la Sala debe resolver la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada.

Como las demás excepciones se refieren al objeto de la acción, se atenderán subsiguientemente en lo extenso de este proveído y sólo ante una eventual condena.

CADUCIDAD

Sostiene el apoderado de la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que ha operado el fenómeno de la caducidad de la acción tendiente a modificar el acto acusado a la luz de lo establecido en el artículo 136 del C.C.A.

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA tiene derecho a que las entidades demandadas, le reliquide su pensión de jubilación teniendo en cuenta la asignación salarial devengada durante el último año de servicios, incluyendo todos los factores salariales.

TESIS DE LA SALA

La Sala concederá las pretensiones de la demanda, toda vez que la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA, tiene derecho a que su pensión de jubilación sea liquidada en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios

devengados durante su último año de servicios, incluyendo los factores de prima alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata de la Resolución No. 2120 de junio 8 de 2011, proferida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, "Por la cual se niega un Reajuste de la Pensión de Jubilación a la docente AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA" (fl. 15-16).

Resolución No. 3336 de septiembre 7 de 2011, proferida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, "Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 2120 del 08 de Junio de 2011 mediante la cual se niega un Reajuste de la Pensión de Jubilación a la docente AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA" (fl. 19-20).

RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS DOCENTES

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes, en síntesis, son:

La Ley 6ª de 1945, aplicable a los empleados oficiales y particulares, tanto del orden nacional como territorial, en materia de prestaciones sociales consagró:

"Art. 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

"b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión"

La Ley 6ª de 1945 rigió hasta la expedición del Decreto 3135 de 1968. Este decreto, en su artículo 27 estableció:

"El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le

pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios”.

El Decreto 1848 de 1969 que reglamentó el Decreto 3135 de 1968, en cuanto al derecho a la pensión y la cuantía de la misma, dispuso:

“Artículo 68°.- *Derecho a la pensión. Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1o. de este decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.*

Artículo 73°.- *Cuantía de la pensión. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidas en el último año de servicios por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la ley para tal fin.”*

La citada norma, preveía el derecho al pago de la prima de navidad:

Artículo 51.- *Derecho a la prima de navidad. 1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una prima de navidad equivalente a un (1) mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.*

2. Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo servido, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

Parágrafo.- *1. Quedan excluidos del derecho a la prima de navidad a que se refiere este artículo, los empleados públicos y trabajadores oficiales que prestan sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo, tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior, cualesquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1o. del decreto 3148 del mismo año citado.*

2. Si el valor de la prima mencionada fuere inferior al de la prima de navidad, la respectiva entidad o empresa empleadora pagará al empleado oficial, en la primera quincena de diciembre, la diferencia que resulte entre la cuantía anual de aquella prima y esta.

El artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 “por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados

públicos y trabajadores oficiales del sector nacional"-aplicable a los docentes que se hallan en la circunstancia prevista en el párrafo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, dispuso que los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de las pensiones, eran los siguientes:

- a. La asignación básica mensual;
- b. Los gastos de representación y la prima técnica;
- c. Los dominicales y feriados;
- d. Las horas extras;
- e. Los auxilios de alimentación y transporte;
- f. La prima de Navidad;
- g. La bonificación por servicios prestados;
- h. La prima de servicios;
- i. Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j. Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al decreto-ley 710 de 1978;
- k. La prima de vacaciones;
- l. El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll. Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del artículo 38 del decreto 3130 de 1968. (Modifica Ley 62/85 Para reconocimiento de pensiones)

La Ley 33 de enero 29 de 1985 en el artículo 25 derogó los artículos 27 y 28 del Decreto 3135 de 1968; en el artículo 1º dispuso:

"Art. 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

(...)

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres y cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se

reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. En todo caso, los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de esta ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta ley." (Lo resaltado fuera de texto)-

Al entrar en vigencia la Ley 33 de 1985 - el 13 de febrero de 1985, quienes fueran beneficiarios de esta norma, se les debía liquidar la pensión de jubilación, con base en los siguientes factores:

"Artículo 3o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes."

Así mismo, el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 agregó a dichos factores, las primas de antigüedad, ascensorial y de capacitación:

Artículo 1o. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

Parágrafo único. *La Caja Nacional de Previsión Social continuará tramitando y cancelando las cesantías a los empleados y funcionarios de*

la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público hasta el 31 de diciembre de 1985, hasta concurrencia de las transferencias presupuestales que para el efecto se le hagan.

Significa lo anterior que la Ley 33 de 1985 prevé las siguientes excepciones: 1) Los empleados oficiales que trabajen en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones. 2) Los empleados oficiales que a la fecha de entrar a regir hayan cumplido 15 años de servicio, a quienes se les aplicarán las disposiciones que regían con anterioridad. 3) Y los empleados oficiales que a la fecha de la vigencia de la ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, quienes se continuarán rigiendo por las normas anteriores.

La Ley 71 del 19 de diciembre de 1988 "*Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones*", en su artículo 7º dispuso:

"A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisaral o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas."

La Ley 91 de 1989, por la cual se crea el Fondo Nacional de prestaciones Sociales de Magisterio, dispone que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrán el régimen prestacional del que venían gozando:

"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 1º 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 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán 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. Pensiones:

A. Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos.

Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar esta a cargo total o parcial de la Nación.

B. Para los docentes vinculados a partir del 1. de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1o. de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional."

El régimen docente, dio el primer paso hacia la reforma pensional, a través del artículo 16 de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se consagró, que el régimen del Magisterio sería definido por la Ley. Como consecuencia de este artículo se profirió la Ley 812 de 2003 el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006 "Hacia un Estado Comunitario".

La Ley 812 de 2003 dispone que los docentes oficiales nacionalizados y territoriales, vinculados con anterioridad al 26 de Junio de 2003, se seguirán rigiendo por la Ley 91 de 1989, en los siguientes términos:

"Artículo 81. Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

Los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, serán afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y tendrán los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

(...)"

Con el fin de reforzar las medidas adoptadas por la Ley 797 de 2003, se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política a través del Acto Legislativo N° 01 de 2005.

CASO CONCRETO

Como la Ley 33 de 1985, que entró a regir a partir del 13 de febrero de 1985, en el párrafo 2° del artículo 1° dispuso que *"Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley"* y la demandante para esa época se encontraba laborando, la Sala determinará la norma que en materia pensional le es aplicable.

En este caso, en cuanto a la pensión de jubilación de la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA, se encuentra acreditado lo siguiente:

- 1.- Laboró al servicio del Estado, en la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, entre el **24 de marzo de 1980 y el 24 de enero del 2006** –folio 12.
- 2.-Adquirió el status de pensionada como docente nacionalizado el 3 de enero del 2006, fecha en que se encontraba afiliada el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -folio 12.
- 3.- Como nació el 3 de enero de 1951, para la fecha en que hizo la solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación – 22 de mayo de 2006-, tenía 55 años de edad (folio 12).
- 4.- Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales, por medio de la Resolución N° 2182 del 29 de noviembre de 2006, se le reconoció una pensión vitalicia de jubilación como docente nacionalizado en propiedad, efectiva a partir del 4 de enero del 2006; prestación que, según la motivación expuesta en dicho acto, se liquidó conforme a lo establecido en las Leyes 33 de 1985, 91 de 1989, 6 de 1945, 71 de 1988, 812 de 2003 y Decreto 3752 de 2003, y teniendo

como únicos factores, el salario y sobresueldo devengados en el último año de servicio (folios 12-13).

5.- Según certificado salarial expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, durante el año anterior a la consolidación del status, entre el 1° de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2006, la actora devengó, además de la asignación básica, **prima de alimentación especial, prima de vacacional y la prima de navidad** (fl. 24).

6.- La señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA, para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años de edad. En tal virtud, se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición consagrado en dicha norma, es decir, se le aplica el régimen anterior en el cual se encontraba inmerso. Entonces, para el caso concreto, debe establecerse la norma anterior que regulaba su situación pensional:

Antes de la Ley 100 de 1993, el régimen general de pensiones era el previsto en la Ley 33 de 1985.

Como la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el 22 de mayo de 2006, por haber cumplido 55 años de edad y haber laborado por más de 20 años como docente nacionalizado, le resultan aplicables no solo los factores salariales que enlistan las Leyes 33 y 62 de 1985 para conformar la base de liquidación de su pensión, sino todos los factores salariales devengados durante el año de servicio anterior a la consolidación del status pensional, acorde con la directriz trazada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en la Sentencia de Unificación proferida el 4 de agosto de 2010, dentro del proceso radicado bajo el No 25000-23-25-2006-07509-01 (0112-09), zanjando la discusión presentada de tiempo atrás en lo tocante con los factores a tener en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación de las pensiones ordinarias:

*“...en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, **a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los***

factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios. (subraya la Sala)

Así las cosas, de la normatividad anterior a la expedición de la Ley 33 de 1985, tal como ocurre en el caso del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, se observa que los factores salariales que debían tenerse en cuenta para efectos de determinar la cuantía de la pensión de jubilación eran superiores a los ahora enlistados por la primera de las citadas normas, modificada por la Ley 62 de 1985; aún así, también de dicho Decreto se ha predicado que no incluye una lista taxativa sino meramente enunciativa de los factores que componen la base de liquidación pensional, permitiendo incluir otros que también fueron devengados por el trabajador."

En el caso bajo examen, se encuentra que la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA recibió a manera de retribución por sus servicios, los siguiente factores salariales: Sueldo Básico, Prima de Alimentación, Prima de Vacaciones, y Prima de Navidad, sumas estas devengadas en el último año de servicios, retribuciones que son de origen legal (folio 24); se trata pues, de factores salariales que deben ser tenidos en cuenta para fijar el valor de la Pensión de Vejez o Jubilación. Y se observa, como en este caso, la Secretaria de Educación Distrital declaró el derecho pensional, partiendo de las sumas que debía cotizar, sin tener en cuenta todas aquellas diferentes sumas de dinero recibidas por la docente, como retribución de sus servicios en el último año.

Así las cosas como existe fundamento jurídico y precedente jurisprudencial para acceder a la petición de reliquidación de la pensión de jubilación de la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados por aquella durante el último año de servicios, incluyendo los factores de prima alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, por lo que en este aspecto se concederán las pretensiones de la demanda.

Con respecto a la prescripción trienal, encuentra la Sala que no hay lugar a declarar la operancia de la misma, puesto que es interrumpido dicho término por la presentación de la petición de reliquidación que hace la demandante ante la accionada dos años y 8 meses después de haberse emitido la Resolución 2182 de 2006, en el que se le reconoce la mencionada Pensión de

Vejez o Jubilación.

APORTES SOBRE FACTORES SALARIALES

Ahora, si la accionante no cotizó sobre los factores aquí enlistados, acogiendo el pronunciamiento del Consejo de Estado¹ y, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1º de la Ley 33 de 1985, procede el descuento de los aportes correspondientes a los factores cuya inclusión se ordena **y sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal**. Luego la referida omisión por parte de la administración no impide el reconocimiento de dichos conceptos para efectos pensionales, toda vez que aquellos pueden ser descontados por la entidad cuando se haga el reconocimiento prestacional, por ende, se advierte a la demandada, que en cumplimiento de lo previsto en el numeral 1º de la Ley 33 de 1985, debe hacer las deducciones correspondientes de las sumas de dineros a reconocer, sobre los factores que el accionante no aportó durante el último año de servicios.

COSTAS

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

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, conforme a las consideraciones contenidas en esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones No. 2120 de junio 8 de 2011, "Por la cual se niega un Reajuste de la Pensión de Jubilación a la docente

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2010. C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, exp.: 250002325000200607509 01 (0112-2009)

AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA" y la No. 3336 de septiembre 7 de 2011, "Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 2120 del 08 de Junio de 2011 mediante la cual se niega un Reajuste de la Pensión de Jubilación a la docente AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA, proferidas por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena.

TERCERO. ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, efectuar una nueva liquidación de la pensión de jubilación de la señora AURISTELA GOMEZ ZUÑIGA equivalente al 75% de todos los factores de salario devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional tales como Sueldo Básico, Prima Alimentación, Prima de vacaciones y Prima de navidad.

CUARTO: CONDENASE a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a pagar a la demandante las diferencias entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por Pensión de Jubilación (Resolución No. 2182 del 29 de noviembre de 2006) a partir del 4 de enero de 2006.

Una vez determinada la cuantía original de la pensión reliquidada, deberá reajustarla para determinar el valor real de las mesadas pensionales, y descontará los aportes que sobre los factores correspondientes a sueldo básico, prima de alimentación, prima de vacaciones y prima de navidad, debieron hacerse si estos efectivamente no se realizaron durante el último año de servicios al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio.

QUINTO: Las anteriores condenas económicas serán reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (VA), se obtiene multiplicando el valor histórico (VH), que es la suma adeudada a la demandante, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor I.P.C. certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, entre el I.P.C., vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad o prestación.

SEXTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

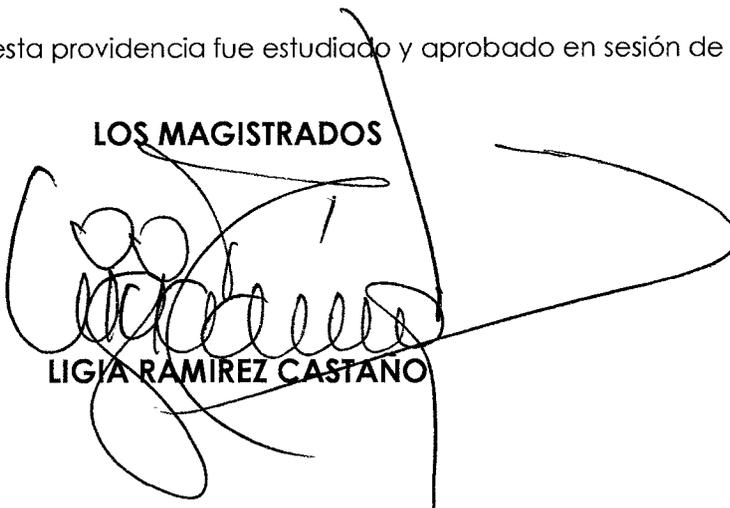
SÉPTIMO: No hay lugar a condenar en costas.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVASE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

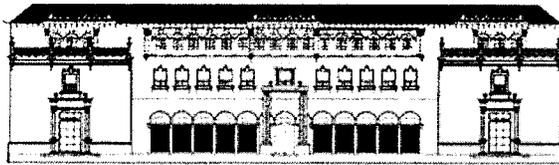


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
AUSENTE CON PERMISO



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1394
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2009-00360-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
 DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

- SALA DE DECISIÓN 004 -

Cartagena de Indias, D. T. y C., Noviembre veintinueve (29) de dos mil trece (2013).

SENTENCIA No 312 2013

2da instancia

Tema: Sanción administrativa aduanera – OTMs por faltantes de mercancía transportada mediante contratación FCL/FCL- No se prueban condiciones de la Resolución 546 de 2010 - Aplicación de principio de favorabilidad no resulta procedente.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13001-33-31-006-2009-00360-01
Demandante: CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A
Demandado: UAE DIAN

Procede esta Sala de decisión, según facultades consignadas en el Acuerdo PSAA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA 9201 de febrero 1º de 2012, y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Febrero 28 de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del circuito de Cartagena, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento de Derecho instaurada a través de apoderado judicial, por la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., contra la UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por la cual se niegan las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La demanda persigue las siguientes

PRETENSIONES

“1. Que es Nulo el Requerimiento Sancionatorio Aduanero N° 000041 de II-27-2009 y las Resoluciones N° 000961 V-26-09 y 001658 de VIII-24-09 por medio de las cuales la División de Liquidación de Aduanas de Cartagena (A), impuso sanción económica a título de multa en cuantía de TREINTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 30.359.000,00) M/CTE, a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A “CCL”.

2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordene a la Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Administración Especial de Aduanas de Cartagena (A), desistir de toda acción sancionatoria contra la Sociedad CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A “CCL S.A”, como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

LOS HECHOS

Los fundamentos fácticos bajo los cuales se soportan las anteriores pretensiones, en lo relevante se consignan así:

La Administración Especial de Aduanas con fecha 24 de Marzo de 2007 aceptó y autorizó a la sociedad demandante la continuación de viaje No. 0600407M002954 cuyo destinatario era el Depósito Aduanero Almaviva de Medellín, sobre mercancías consistentes en 706 cartones conteniendo artículos para decoración de hogar y de cocina que venían embalados en el contenedor FSCU9667225 procedente de MANZANILLO - PANAMA., debidamente sellado y precintado, traído al puerto de Cartagena por la naviera COMPAÑÍA CHILENA DE NAVEGACIÓN INTEROCEANICA CCNI.

Concluido el régimen de transito aduanero, con fecha 30 de Marzo de 2007, la DIAN – Depósito Almaviva – suscribió planilla de recepción en la cual se expresa: “...LLEGA CON FALTANTE DE CINCO CAJAS. PESO SOBRANTE DE 70 KG. LLEGARON DIEZ CJS MOJADAS DENTRO DEL CTNDOR Y EL RESTO SUMIDAS”

Mediante Oficio 006068-00400 de Diciembre 19 de 2007, el Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior de esa administración, remitió a la División de Fiscalización de la Administración de Aduanas de Cartagena, los preliminares del expediente, para que se adelantara el correspondiente proceso administrativo sobre posibles infracciones.

Con Requerimiento Sancionatorio Aduanero No. 000041 del 27 de febrero de 2009, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la empresa demandante por la suma de \$30.359.000, por infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Que pese a la claridad y contundencia de los medios de prueba, la DIAN optó por sancionar a la sociedad actora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A juicio del apoderado de la sociedad accionante, con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes disposiciones:

Arts. 6, 29, 83 y 209 de la Constitución Nacional.

Arts. 364, 369, 509, 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999.

Art. 1° del Decreto 1198 de 2000.

Art. 1027 inciso 2 del Código de Comercio

Art. 21 de la decisión 331 de 1993, Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Arts. 174, 264, 279, 183 y 187 del C.P.C.

Art. 11 de la Ley 446 de 1998.

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

Manifiesta que las consideraciones de orden aduanero, son contrarias a las resoluciones acusadas, afirmándose que la Aduana de Bogotá era la autoridad competente para adelantar cualquier actuación administrativa, por ser este el lugar de domicilio del usuario aduanero.

Afirma igualmente que se evidencia de la actuación administrativa adelantada por la DIAN violación al debido proceso por la ausencia de un

requerimiento previo de información, de manera que ante la ausencia de lo anterior, se le exigió al usuario aduanero más que aquello de lo que la misma ley pretende.

Que en una clara violación de normas, y pese a que la carga no venía con menos peso sino con más, la Aduana de Partida de Cartagena decide entrar a inspeccionar, supervisar, pesar y hacer el conteo unitario de la mercancía, reemplazando el precinto con el cual venía siendo transportada la carga, aprobando luego de ello la continuación de viaje.

Que la carga llega con el nuevo precinto intacto a la aduana de destino.

En todo caso la DIAN debió propender por verificar la verdad real dentro de la correspondiente actuación, pues se allegó prueba proveniente, tanto del proveedor como de la importadora. El primero dando cuenta de una corrección en cuanto a la mercancía despachada, y la segunda de haber recibido a satisfacción sin ningún tipo de faltante.

Aduce igualmente lo que la práctica y la interpretación aduanera dan al concepto de *bulto*, que se asimila al de contenedor, caja o unidad de empaque, de manera que, tratándose de este tipo de operaciones, debe tratarse al contenedor como un bulto bajo condiciones FCL o consolidado, en la que no se involucra ni interviene el transportador, quien se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

Refuerza su tesis señalando, que los sobrantes o faltantes en el número de bultos, operan respecto de carga suelta, o de mercancía embalada por unidades, y que si bien el depósito de destino, debe verificar las condiciones del bulto movilizado por el transportador, en cuanto a la cantidad de contenedores, bultos o consolidados, así como la integridad del sello y peso de éste, no se puede desconocer que el contenedor sigue siendo un bulto transportado, como unidad de carga y de volumen.

Concluye su argumento señalando que en modalidad de transporte denominada Continuación de viaje, aparece la figura del FCL ya descrita, la cual genera el hecho y la obligación en cabeza de un embarcador o

cargador, de llenar una unidad de transporte o contenedor que le ha entregado el transportador, para que dicho embarcador embale, introduzca o deposite las mercancías en este recipiente de transporte, bajo su propia cuenta, riesgo, habilidad y cantidad, con sus propios medios, sin la participación del transportador o su agente, y el que, una vez sellado o precintado por el embarcador al finalizar esa tarea, configura la consolidación del contenedor.

Afirma que no se aplicó el silencio administrativo positivo, que operó, tal y como se comprueba con los documentos obrantes en el proceso.

DEFENSA – UAE DIAN –

El escrito de defensa presentado por la apoderada de la entidad demandada (F.234) dentro de la oportunidad prevista para tal fin, básicamente resalta lo estipulado en Decreto 2685 de 1999, en sus artículos 371, 372, 374, y 497, señalando como oposición de los cargos, que en el presente caso, la intervención de la autoridad aduanera consistió en autorizar el régimen de tránsito aduanero, bajo la modalidad de continuación de viaje, por haber cumplido la solicitud con los requisitos de ley, por tanto, CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA, se hizo responsable por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen, como lo era entregar la misma cantidad de mercancía consignada en la Continuación de viaje en la aduana de destino.

Manifiesta que de conformidad con la circular 188 de 2000, para que el contenedor se considere bulto, éste debe venir para un mismo consignatario, estar amparado en un solo documento de transporte, y que el contenedor salga del puerto sin desconsolidar, y que en el caso que se estudia, la mercancía trae relacionada dos consignatarios, lo que se prueba de la lectura del B/L.

Que de los antecedentes se puede determinar, que existió una entrega incompleta de la mercancía por parte del transportador multimodal, pues en la planilla de recepción, se dejó constancia de que llegaron 701 bultos y se autorizaron 706.

Afirma que desde el momento mismo en que un Operador de Transporte Multimodal solicita a la entidad aduanera autorización para la realización de una continuación de viaje, se sujeta a cumplir con las obligaciones y asume las responsabilidades propias de esta modalidad de importación, de manera que, independientemente del contrato privado que se celebre con el consignatario o con el operador logístico, por ley, el transportador responde por la cantidad de la mercancía que se anuncie en la Declaración de Tránsito Aduanero, y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es la real.

Finalmente se opone a la configuración del silencio administrativo positivo, poniendo de manifiesto, que el legislador aduanero no estableció el silencio administrativo positivo respecto del requerimiento especial aduanero; y que respecto a la afirmación de que operó tal fenómeno por el transcurso de más de 12 meses sin haberse proferido decisión de fondo, debe atenderse la derogatoria expresa recaída sobre el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999.

SENTENCIA IMPUGNADA

Con providencia calendada el día veintiocho (28) de febrero de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia en la que decide:

FALLA

Primero: De oficio, declarar probada la excepción de inepta demanda, y en consecuencia inhibirse para proferir pronunciamiento respecto del requerimiento especial aduanero N° 000041 del 27 de febrero de 2009.

SEGUNDO: Denegar las demás pretensiones de la demanda. No hay condena en costas.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase a la parte demandante el remanente que hubiese quedado de la suma consignada para cubrir los gastos ordinarios del proceso, y archívese el expediente.

Para arribar a la anterior decisión, el juez de primera instancia aborda uno a uno los cargos expuestos por la parte demandante, exponiendo a manera de conclusión:

Ahora, en lo que respecta a la violación circular 188 de 2000, la misma tampoco se configuró, toda vez que en el presente caso no puede asimilarse el concepto de contenedor al de Bulto, como lo pretende la actora, pues es evidente que se trata de mercancía embalada en bultos tal y como se describió en la Continuación de Viaje (F. 7)- CANT DE BULTOS 706 CARTONS, es decir, la carga transportada se concretaba a 706 piezas plenamente individualizadas por las cuales debía responder la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A, que tan sólo entregó 701 en la aduana de destino, de manera que no resulta de recibo el argumento de ésta cuando afirma, que la mercancía estaba contenida un contenedor, como una carga unitarizada o sin desconsolidar y que por tanto, al haberse entregado el mismo contenedor al finalizar el tránsito - independiente de su contenido - ya se había cumplido a cabalidad con lo encomendado...

...Como corolario de todo lo expuesto, se concluye que en el caso en estudio la sociedad actora no logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados, carga que se hace especialmente exigible tratándose de actos como los demandados, tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado, máxime si se tiene en cuenta que la carga de demostrar la ilegalidad de la sanción aduanera impuesta por la DIAN, radicaba en la parte actora, quien no demostró los hechos en que basa sus pretensiones.

IMPUGNACIÓN

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de 28 de febrero de 2013, por cuanto le fue desfavorable.

Disiente de la decisión y centra su argumento partiendo del hecho de no haberse considerado por el *a quo*, los medios de prueba allegados al expediente y demostrativos de la inexistencia de la supuesta infracción con base en la cual la DIAN sancionó a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A.

Que no puede entrar a descalificarse medios de prueba, como lo son la certificación expedida por el proveedor en el exterior, en donde se realiza corrección en torno a la mercancía despachada, y la del importador, que afirma haber recibido a satisfacción y sin faltantes, lo que demuestra que no se presentó diferencia alguna al tiempo de la conclusión del citado régimen, sino simplemente que 5 cajas de mercancía nunca fueron despachadas por LUMINIER S.A., en Colón Panamá, de acuerdo a su propia certificación, - por existencia agotada -.

Afirma no ser verdad que CCL haya ejecutado una operación de transporte multimodal, pues sólo ejecutó una continuación de viaje a tránsito aduanero (porción terrestre), y que la porción marítima la ejecutó la naviera CCNI entre el Puerto de Colón y la Aduana de Partida, por tanto, al indicarse en la Resolución 001658 demandada, el alcance de las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal, se incurre en una falsa motivación, aplicándose además normas sobre las cuales no podía fundarse la sanción impuesta.

Señaló que el Juez *A-quo* guarda silencio sobre la reglamentación contenida en la Resolución 000546 de 25 de enero de 2010, retomando el argumento de que el contrato de transporte respectivo, se pactó en términos FCL/FCL y que el contenedor debe ser considerado como bulto o unidad de carga.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 18 de Junio de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (F. 475); y, con providencia adiada en julio 22 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 477).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ambas partes recorrieron el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general ratificándose en los argumentos planteados en la contestación de la demanda y recurso de alzada, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 477, reverso), se abstuvo de emitir concepto.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Surtido el trámite de la primera instancia y como quiera que no se observa causal de nulidad ni impedimento alguno que pueda invalidar lo actuado hasta esta etapa procedimental (Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la

Ley 270 de 1996), se procede a definir la controversia suscitada entre las partes.

ASUNTO PREVIO:

Considerando los argumentos elaborados por el apelante ante esta Corporación, advierte la Sala que la actora trae un nuevo cargo de ilegalidad frente a los actos acusados, por cuanto señala: *"No es verdad que mi mandante haya ejecutado una Operación de Transporte Multimodal, pues ésta apenas ejecutó un régimen de continuación de viaje o tránsito aduanero (porción terrestre) entre la Aduana de partida en Cartagena y la Zona Franca ALMAVIVA en Envidado – Antioquia"*.

Lo anterior no fue mencionado en la demanda como cargo, y por supuesto tampoco por el fallador de primera instancia en la respectiva sentencia impugnada, de manera que siendo criterio suficientemente decantado, de que la competencia del fallador está delimitada por los hechos y fundamentos de derecho planteados por la parte demandante en su demanda y que por tanto el recurso de apelación no constituye una oportunidad adicional para que la parte actora mejore sus argumentos, o invoque distintos conceptos de violación, por cuanto la oportunidad para exponer y delimitar los hechos, los fundamentos de derecho y el concepto de violación de las normas invocadas, es la demanda; esta colegiatura se abstendrá de atender el argumento al que se alude en el aparte que precede.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Así mismo se hace expresa mención, que en este caso el demandante tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

Caducidad

Sobre tal presupuesto se tiene que la acción fue ejercida en tiempo, con la sola verificación de la expedición del último de los actos acusados - Resolución No. 001658, que data del 27 de Agosto de 2009-, de manera que, constatándose la presentación de la solicitud de conciliación en noviembre 4 de 2009 y la presentación de la demanda el 14 de diciembre del mismo año, - tal como consta a folios 164, 196 y 200 del expediente -, ha de tenerse por oportuna, acorde con el término de caducidad previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la apelación interpuesta por la parte demandante, la cual ataca la decisión del Juzgado al no declarar la nulidad de los actos que se acusan con la demanda, y como consecuencia de ello la negativa en reconocer las pretensiones, centrándose tal argumento en la posición de la Juez *a quo* en tener como ajustado a la legalidad el actuar de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, cuando ni siquiera fueron valorados en su integridad los elementos probatorios obrantes en el plenario, en especial el documento proveniente del proveedor en el exterior de la mercancía transportada y del importador que la recibe; retomando además algunos de los planteamientos propuestos con la demanda, como los términos del contrato de transporte en cuestión, y la expedición de la Resolución 546 de enero de 2010.

Por lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer, si en el presente caso, se configuran los supuestos fácticos y legales necesarios para la imposición de la sanción administrativa aduanera a la sociedad demandante, atendiendo la operación de continuación de viaje por ella ejecutada.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada deberá confirmarse en su totalidad, pues según la interpretación razonada de las normas vigentes aplicadas a la situación concreta que se trae a juicio, la administración aduanera obró

conforme a la legalidad, limitándose a la aplicación de las consecuencias objetivas que resultaban de atender los supuestos de la norma aduanera aplicada a los transportadores en el régimen de tránsito aduanero .

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

En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por el requerimiento especial aduanero número 00041 del 27 de Febrero de 2009, la Resolución N° 000961 de 26 de mayo de 2009, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Administración Especial de Impuestos y Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve sancionar a la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A con multa de \$30.359.000.00, y su confirmatoria en la vía gubernativa, la Resolución No. 001658 del 24 de Agosto de 2009, expedida por el Jefe de la División Jurídica Aduanera (F. 35 a 108).

Para arribar a la decisión a la cual se alude, se tuvieron en cuenta los siguientes sustentos normativos, fácticos y probatorios:

De la legalidad de la sanción aduanera impuesta.

La sociedad actora – además de las apreciaciones que en materia probatoria reprocha contra el Juez de primera instancia, como a su modo de ver resulta ser la desestimación del documento proveniente del proveedor en el exterior de la mercancía transportada y de aquel que expide el importador que la recibe; sostiene, que los actos acusados violan abiertamente el principio de legalidad de la sanción, pues tal y como lo afirmó en su demanda, la sanción a ella impuesta no se ajusta a los preceptos que sobre el concepto de "bulto" se han dejado sentados, y de los que se concluye que el contenedor debe tratarse como tal, bajo condiciones de FCL o consolidado, finalmente, que no se tuvo en cuenta el tratamiento legal que la misma DIAN impone a través de la Resolución 546 de 2010

Con respecto a todo lo anterior cabe precisar, que la sanción aduanera impuesta a la sociedad actora a través de la Resolución No. 000961 y confirmada por la Resolución No. 001658 de 2009, tuvo como unos de sus

fundamentos legales, los artículos 372, 373, 374, 389 y 497 numeral 3.1.1. del Decreto 2685 de 1999 y 531 de la Resolución No. 4240 de 2000¹, que rezan:

ARTÍCULO 372°. Responsabilidad del Operador de transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, **el operador de transporte multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso.**

ARTÍCULO 373°. Garantía. Para responder por el pago de los tributos aduaneros suspendidos y por las sanciones, el operador de transporte multimodal deberá constituir una garantía global por un valor equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La garantía se hará efectiva total o proporcionalmente por el monto de los tributos aduaneros suspendidos y las sanciones generadas por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con ocasión de las operaciones de transporte multimodal, en caso de pérdida de la mercancía, o no finalización de la operación de transporte multimodal.

ARTÍCULO 374°. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la continuación de viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

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

(...)

ARTICULO 389. Aspectos no regulados. A **los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal** y de cabotaje, **les serán**

¹ "Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999".

aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.

ARTÍCULO 497. *Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. <Artículo modificado por el artículo 44 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:*

(...)

3. En el Régimen de Tránsito Aduanero:

3.1 Gravísimas:

3.1.1 **Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso**, tratándose de mercancía a granel o **cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero**".

Resolución No. 4240 de 2000. Artículo 531. *Efectividad de garantías cuyo pago se ordena en un proceso administrativo sancionatorio. **En el acto administrativo que decide de fondo la imposición de una sanción**, el decomiso de una mercancía o la formulación de una Liquidación Oficial, **se ordenará hacer efectiva la garantía**, si a ello hubiere lugar y se notificará a la entidad garante.*

Si dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo de que trata el inciso anterior, el usuario, el Banco o la Compañía de Seguros no acredita, con la presentación de la copia del Recibo Oficial de Pago en Bancos, la cancelación del monto correspondiente, remitirá a la División de Cobranzas el original de la garantía y copia del acto administrativo donde se ordena su efectividad, para que se adelante el correspondiente proceso de cobro. (Negritas y subrayas de la Sala).

El anterior marco normativo determina que los Operadores de Transporte Multimodal, bien pueden responder por las sanciones aplicables a los transportadores en el régimen de Tránsito Aduanero, toda vez que, conforme a los artículos 372 a 374 del Estatuto Aduanero, el Operador de transporte multimodal es responsable de la carga autorizada en la Continuación de Viaje respectiva, y con la cual se autoriza el traslado de mercancías extranjeras por dos o más modos de transporte diferentes, en virtud de un único documento de Transporte Multimodal.

Al respecto anota la Sala, que si bien pueden intervenir varios sujetos en los distintos medios de transporte que convergen en el traslado de la carga hasta territorio aduanero nacional, debe entenderse que se trata de una única operación de transporte multimodal, se insiste, bajo un solo documento de transporte que formaliza un único contrato de transporte, teniéndose como operador o transportador multimodal, aquel que entrega la mercancía al depósito de destino, quien debe cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, esto es, con la entrega física de la mercancía transportada "conforme" y la presentación de los documentos respectivos, en la Aduana de destino, sin que pueda eximirse de tal responsabilidad por otra subcontratación que haga para realizar adecuadamente la operación, de allí que en virtud de la remisión normativa del artículo 389 del Decreto 2685 de 1999, le sean aplicables las sanciones aduaneras de los transportadores a los Operadores de Transporte Multimodal, y en consecuencia la prevista en Artículo 497 numeral 3.1.1 del Estatuto Aduanero, aplicada por la demandada en el presente asunto, existiendo un claro fundamento legal para la sanción impuesta en los actos acusados, contrario a lo manifestado por la parte actora.

Así las cosas, la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A, en su calidad de operador de transporte multimodal, y como responsable del transporte de la carga autorizada con la continuación de viaje respectiva, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito, dentro del término autorizado, entregando la mercancía en las mismas condiciones según se autorizó, so pena de incurrir entre otras sanciones, en la tipificada el artículo 479 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999, que establece entre las faltas gravísimas en que pueden incurrir los transportadores la de "...Entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la declaración de tránsito aduanero."

En ese orden de ideas, existiendo un soporte normativo o legal para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará ahora la Sala a determinar, de conformidad con lo probado en autos, si se dieron o no los

supuestos fácticos para que la administración aduanera aplicara a la sociedad demandante, la sanción contemplada en la norma antes citada.

Acorde con lo anterior, encuentra esta Sala, que tal como lo determinó la Administración al proferir los actos acusados, al culminar la operación de tránsito aduanero en la cual intervino el actor en calidad de transportador multimodal autorizado, se detectó un faltante de mercancía, en relación al peso que se consigna previamente.

En efecto, según consta en el respectivo formato de Continuación de Viaje con número de aceptación 0607004199 del 22 de marzo de 2007 (F. 7), al autorizar el régimen de tránsito quedó consignado que la mercancía sometida al mismo consistía en un contenedores (40 pies) con 706 piezas.

No obstante que en el anterior documento se consignó la mencionada cantidad de mercadería a transportar; según consta en el acta de inconsistencias y en la planilla de recepción, al efectuarse la verificación de la mercancía arribada, se constató que la misma presentó inconsistencia consistente en faltantes en el número de piezas y sobrante en kilos, consignándose en los respectivos ítems, las siguientes cantidades e información *"1 x 40 CON 701 LLEGA CON FALTANTE DE CINCO CAJAS. PESO SOBRANTE DE 70 KG. LLEGARON DIEZ CJS MOJADAS DENTRO DEL CTNDOR Y EL RESTO SUMIDAS"* (F. 31). En el registro de finalización se deja consignado igual información. (F. 32).

Según lo hasta aquí expuesto, es posible establecer que se configura la conducta sancionable atribuida a la sociedad actora, como quiera que se encuentra probado que la cantidad de piezas (cajas) recibidas al finalizar el tránsito aduanero fue menor de la autorizada en la Continuación de Viaje, al iniciar dicha operación, además, se evidenció una diferencia positiva de peso en kilos en la mercadería arribada a la aduana de destino, lo que da cuenta que efectivamente se da una inconsistencia múltiple, pues las piezas disminuyen con el arribo de la carga a su destino, sucediendo lo opuesto con el peso de la carga.

Así las cosas, se concluye que las pruebas arrojadas en vía gubernativa y reiteradas en esta instancia, demuestran la configuración de la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del decreto 2685 de 1999, lo cual conduce a afirmar que la Administración efectuó una adecuada valoración de las mismas, y a descartar, el argumento de la sociedad actora según el cual no existió el soporte fáctico necesario para dar aplicación a tal disposición y por ende para imponer la sanción consagrada en la misma.

Ahora, no desconoce la Sala, que el documento de continuación de viaje en cita, da cuenta de una inspección física aduanera realizada en la aduana de partida

Al respecto encontramos el artículo 364 del Decreto 2685 de 1999, el cual establece:

ARTICULO 364. AUTORIZACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRÁNSITO E INSPECCIÓN ADUANERA DE LAS MERCANCÍAS SOMETIDAS A LA MODALIDAD DE TRÁNSITO Y COLOCACIÓN DE PRECINTOS ADUANEROS.

La Aduana podrá autorizar el tránsito solicitado, si las unidades de carga se encuentran debidamente selladas y precintadas desde el país de procedencia, de forma tal que garanticen que la mercancía no pueda ser extraída de ellas, ni puedan introducirse otras, sin romperse los precintos colocados en el puerto de embarque.

*Para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero, no habrá inspección aduanera en la Aduana de Partida, **salvo cuando la autoridad aduanera observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, presenten diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte**, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad, en cuyo caso, deberá efectuarse la inspección física correspondiente y se dejará constancia del resultado de la diligencia.*

Cuando las unidades de carga o los medios de transporte no se encuentran precintados, y siempre que sea posible, la Aduana procederá a colocar precintos dejando constancia de sus números en la Declaración de Tránsito Aduanero. (Negritas de la Sala).

En el presente caso, el documento correspondiente al conocimiento de embarque o *Bill of lading* de la carga en cuestión, consigna expresamente que la mercancía transportada consistía en **706** (pkgs) – bultos –, que pesaban en total **7332** kilos. (F. 39 y 40).

El funcionario aduanero de la aduana de partida al verificar una diferencia en el peso de la carga, procede a inspeccionarla, dejando constancia de la verificación efectuada, corrigiendo el respectivo formato de continuación de viaje, pues en la casilla 20 PESO KILOGRAMOS: anotó 7350, manteniéndose la cifra: 706, como cantidad que debía arribar al depósito de destino, pues en la correspondiente casilla (17) no se visualiza corrección alguna.

En la casilla: *OBSERVACIONES DE LA ADUANA DE PARTIDA*, no se hace salvedad, más allá de consignarse un código y fecha.

No obstante lo anterior, y pese a la corrección del peso de la carga que se verifica en la casilla número 20 por parte del funcionario de la Aduana de Partida, el transportador CCL, deja expresamente consignado: *LO () EN LA CASILLA # 20 NO VALE LEASE CORRECTAMENTE 7332.80*; es decir que haciendo uso de su derecho de dejar también observaciones en el documento de continuación de viaje, se opone a la aludida corrección.

En las Resoluciones demandadas, la sanción se estructura y se confirma a partir de un faltante consistente en 5 cajas, es decir, que el faltante se verificó en piezas individuales, coincidiendo los distintos actos demandados en la inconsistencia traducida en una diferencia negativa entre lo que se señaló en las facturas, en el documento de embarque (B/L), y en la continuación de viaje sometida a inspección y verificación, y lo que finalmente arribó a la aduana de partida, además de quedar evidenciado embalajes de la carga en mal estado (10 cajas mojadas y el resto sumidas); de tal suerte que no puede hablarse de una falsa motivación.

De otra parte, y con relación a los documentos obrantes a folios 30 y 34 del expediente, consistentes en certificaciones expedidas por el proveedor e importador, respectivamente. En el primero, sin que se visualice quien lo suscribe, pese a identificarse el membrete de la empresa LUMINIER S.A, se lee:

"Hacemos corrección a los siguientes ítems, que no fueron despachados por existencia agotada:

Item: 13 REF.....OLLA CALENTADOR.....12PZ

Item: 16 REF.....JGO DE SACA CORCHO.....9 SET

Item: 95 REF.....JESUS E/CRUZ.....3 PZ

Item: 118 REF.....AFRICANAS.....6 PZ

Item: 143 REF....GALLINA DE METAL.....8 SET

Item: 188 REF....FIG DAMA VESTIDO DORADO...6 PZ

Por lo tanto, su factura N° 52728ª de fecha 14/03/07 queda por un valor total de USD 10719,48 F.O.B Zona Libre de Colón.

Además hacemos corrección a los siguientes ítems en la UM:

Items: 413 – 418 – 427 – 432 – 437 – 441 – 446 – 451 – 458 – 460 – 468

Dice PZ (Pieza), debe decir DOCENA.

Items: 414 - 422 – 430 – 436 – 440 – 443 – 447 – 452 – 457 – 459 – 461 – 469

Dice DZ (Docena), debe decir PZ (Unidad).

Item 431 – 454: dice PZ (Pieza), debe decir SET

Item 432: dice SET, debe decir PZ (Unidad)

Item 455; dice SET, debe decir DZ (Docena)

Pedimos disculpas por las molestias ocasionadas.

El segundo aparece signado por la señora MARÍA EULALIA CORAL PANTOJA, quien manifiesta obrar en calidad de representante legal, pero sin mencionar la empresa que representa, ni aportar como anexo el inventario que anuncia. Informa lo siguiente:

"...que en el embarque al que hago mención en el asunto, la mercancía llegó en su totalidad a mi Almacén, con base en las facturas comerciales de mi proveedor LUMINIER S.A., y luego de un inventario físico minucioso, igualmente dejó constancia de que no se presentó ningún faltante de mercancía y recibí de conformidad mi pedido de importación."

Considera la Sala, que se trata de documentos ausentes de soportes en cuanto a la calidad con la que se afirma que se actúa, y en cuanto a las cantidades que se indican a manera de corrección, pues en el primero se habla de ítems que no fueron despachados por existencia agotada, identificándose 6 referencias agrupadas en piezas, pero sin que se señale un resultado definitivo de lo realmente despachado, ni se haga relación o contraste alguno entre lo allí consignado y en el documento B/L.

En conclusión, los documentos en mención no arrojan un resultado certero y preciso que permita establecer una relación diferencial con las cantidades que quedaron consignadas en los documentos que conformaron la actuación administrativa y que finalmente derivaron en la sanción que aquí se discute; y que impide que los documentos privados en cita le resten contundencia a las probanzas integrantes del expediente administrativos que indican que efecto existió el faltante, y que en últimas avala la sanción impuesta por la DIAN.

En este orden de ideas, en el presente caso, se encontró probado que fueron 5 cajas el faltante en la mercancía, en virtud de lo cual la Administración no estaba habilitada para valorar tal circunstancia a efectos de determinar la sanción a imponer, pues tal como se señaló, el precepto legal no lo facultaba para ello.

Ahora bien, no puede perder de vista la Sala que la parte actora también considera que a su situación debe aplicársele el principio de favorabilidad en relación a la Resolución 546 de 2010, y que termina por sustentar la falsa motivación que alegó con la demanda; pues en su caso, el contrato de transporte se pactó en términos FCL/FCL.

Por lo anterior corresponde analizar el caso en concreto, a la luz de la Resolución 546 de 2010, junto con el principio de favorabilidad que consagra la normativa aduanera; sin embargo debe la Sala antes precisar, que en los términos en que fue concebida la conducta sancionable contenida en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del decreto 2685 de 1999 vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, se establece como único supuesto para la

tipificación de la conducta, la existencia de un faltante, sin consideración alguna al valor o a la cantidad de la mercancía; en otras palabras, establecida la diferencia entre la cantidad de mercancía declarada u autorizada y la recibida en la aduana de destino, se configura la falta cualquiera que sea el valor o cantidad de la mercancía faltante.

En esa línea de pensamiento, acude esta colegiatura al análisis del artículo 3º de la Resolución 546 de 25 de enero de 2010 por la cual se adiciona y modifica la Resolución 4240 de 2000², dentro del - CAPÍTULO III Trámite en la aduana de destino – Entrega de la carga y la declaración de tránsito aduanero al depósito habilitado o al usuario operador de la zona franca, así:

Artículo 3º. Modifícase el literal d) y adicionase un párrafo al artículo 328 de la Resolución 4240 de 2000, los cuales quedarán así:

*... "Párrafo. Para efectos de lo previsto en el literal b) del presente artículo, y con ocasión de la finalización de las operaciones de transporte multimodal en la aduana de destino, **no se consideran inconsistencias a cargo del transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro del contenedor, siempre y cuando se presenten las siguientes condiciones:***

a) El contrato de transporte se haya pactado en términos FCL/FCL.

b) Se acredite certificación del proveedor o de quien haya suscrito el contrato de transporte con el operador de transporte multimodal, asumiendo errores de envío o inconsistencias de orden logístico, y

c) No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga". (Negrillas y subrayas de la Sala).

En el artículo 9º de la misma normativa quedó consignada su vigencia, dejándose constancia de que regiría a partir de la fecha de su publicación, esto es, el 26 de enero de 2010.

En efecto constituye el precepto en cita una novedad que favorece al transportador multimodal en la modalidad de continuación de viaje, pues, sin desaparecer la responsabilidad que al mismo le atañe, - en torno a la entrega conforme de la mercancía previamente declarada -, establece de manera

² Por la Cual se reglamenta el D. 2685 de 1999.

taxativa unas condiciones que en todo caso deben coexistir, a efectos de que no sean consideradas inconsistencias a cargo de transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro de un contenedor.

En el caso bajo estudio quedó demostrado que el transporte de la mercancía se contrató en términos FCL/FCL³, destacándose que en el *bill of lading* se indicó el tipo o modo de servicio contratado (F. 40).

Igualmente se destaca, que contrario a la afirmado por la actora en su demanda, la DIAN dejó consignadas una serie de observaciones, que si bien no hacen alusión propiamente al precinto homologado N° R010231, sí denotan señales irregulares en las unidades de carga, como resulta ser cuando se consignó – *LLEGARON DIEZ CJS MOJADAS DENTRO DEL CTNDOR Y EL RESTO SUMIDAS*, observaciones éstas que no fueron desvirtuadas por la parte demandante; lo que igualmente descarta el cumplimiento de la tercera condición que estipula la norma que se viene estudiando: *No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga*”.

Finalmente, en cuanto a la certificación que también consagra el precepto legal debe indicarse, que si bien a folios 30 y 34 figuran documentos en los cuales se informa acerca de mercancía no despachada desde el exterior y de recibido a satisfacción por parte de quien afirma ser el importador y cliente de LUMINIER S.A; que los mencionados documentos se encuentran desprovistos de soportes que respalden ese simple dicho, como lo sería un inventario detallado de la mercancía cargada donde se hicieran claramente diferenciables las 706 piezas que se consignaron en el B/L, indicándose a partir de allí, puntualmente donde estuvo el error (expedidor); y, por otra parte, el detalle de la mercancía recibida (importador); quedando en todo caso un interrogante por resolver, y sería, la diferencia en el peso que aumenta, en relación con la diferencia negativa de las unidades o bultos que arriban efectivamente a la aduana de destino.

Lo anterior se hace como simple ejercicio de verificación de los supuestos legales en los que insiste la sociedad actora, y ello, de llegarnos a ubicar en el

³ Full container load – Contenedor en su total capacidad.

escenario de favorabilidad en que la misma sociedad pretende ubicarnos, pues lo cierto es que teniéndose en cuenta la vigencia de la aludida Resolución, junto a los términos en que quedó consagrado el principio de favorabilidad en materia aduanera (artículo 520 del E.A.); lo cierto es, que ni aún cumpliéndose en la situación particular y concreta la totalidad de las condiciones a las que se viene haciendo referencia, le asistía a la DIAN la obligación de emitir una decisión en distinto sentido.

El artículo 520, de Decreto 2685 de 1999, dispone:

"Art. 520.- Disposición más favorable. Si antes de que la autoridad aduanera emita el acto administrativo que decide de fondo, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no se hayan mencionado en la respuesta del Requerimiento Especial Aduanero"

Si se procede a la revisión del capítulo matriz de la anterior disposición, - CAPÍTULO XIV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES ADUANERAS, LA DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MERCANCÍA Y LA EXPEDICIÓN DE LIQUIDACIONES OFICIALES - inmediatamente nos ubicamos en el contexto de una sanción, aprehensión de mercancía o una liquidación oficial, lo cual resulta ser de la situación que corresponde dirimir.

En torno a ello se tiene que el artículo segundo contenido en la parte resolutive de la primera Resolución acusada, es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO SEGUNDO: Sancionar a la empresa CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. NIT. 830.060.136-0, con una multa de \$30.359.000 (TREINTA MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia..."

El sentido literal del citado proveído da cuenta de la existencia de orden alusiva a sanción, lo que en principio haría viable la aplicación al caso concreto del artículo 520 del E.A, desde la óptica de la Resolución 546 de 25 de enero de 2010 por la cual se adiciona y modifica la Resolución 4240 de 2000, en el aparte pertinente tal y como arriba se transcribió.

Sin embargo, si se tiene en cuenta la fecha del acto administrativo que decidió de fondo la situación jurídica de la parte demandante, esto es, la

Resolución 001658 de 24 de agosto de 2009 a la que se ha hecho referencia, no resulta procedente estudiar la favorabilidad del artículo 520 del E.A., pues como ya quedó reseñado, la vigencia de la Resolución 546, data desde su publicación, - 26 de enero de 2010 -, y en esa medida no era ésta la norma que debió atenderse por parte de la DIAN para estudiar y resolver el caso planteado por el hoy demandante, pues en ese momento las normas vigentes no consagraban condiciones especiales a efectos de exonerar de responsabilidad al operador de transporte multimodal.

De acuerdo a todo lo arriba expuesto, queda claro, que al no aparecer probado el supuesto factico de la norma (Art. 520 D. 2685 de 1999), no puede accederse al pedido de la Sociedad actora.

Así las cosas, la única conclusión a la que puede llegarse, es que la Sociedad CCL, en su calidad de operador de transporte multimodal, y como responsable del transporte de la carga autorizada con la continuación de viaje respectiva, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito dentro del término autorizado, entregando la mercancía en las mismas condiciones según se autorizó; lo cual no sucedió, al incurrir en la conducta tipificada el artículo 497 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999 que arriba se citó, pues estaba llamado a asumir una conducta de diligencia y cuidado, conociéndose responsable por la carga que traslada dentro del territorio nacional, desde el momento mismo en que le dio inicio a la operación.

Al respecto se destaca lo considerado por el Consejo de Estado⁴, en lo que tiene que ver con las obligaciones que le asisten al transportador responsable de la finalización de la operación aduanera:

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto. Por lo

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO Bogotá, abril cuatro (4) de dos mil dos Radicación número: 05001-23-26-000-1997-1067-01(7377) Actor: SERCARGA S.A. Demandado: DIAN DE MEDELLÍN Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. **El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida. (Subrayado y negrillas de la Sala)**

Se hace hincapié en los anteriores argumentos, pues lo cierto es, que si al momento de la ocurrencia de los hechos, y aún cuando la administración emite decisión de fondo, existía toda una normatividad clara y armonizada con el régimen de tránsito aduanero frente a la situación de los operadores de transporte multimodal, no puede el interesado afectado con la decisión pretender exonerarse de responsabilidad alegando una norma ajena a su situación, pues la vigencia de la misma, junto con la fecha en que se decide la situación de fondo, lo impedía.

Se destaca además, que en el presente caso la parte demandante, teniendo posibilidad de realizar aclaración acerca de la cantidad transportada en la casilla del documento de continuación de viaje denominada: OBSERVACIONES DEL OPERADOR DE TRANSPORTE MULTIMODAL O DEL TRANSPORTADOR SUBCONTRATADO no hace referencia a ello, sino únicamente al peso de la mercancía, que en todo caso, al final de la operación, distó, tanto del consignado por la aduana de partida, como por el que la actora afirmó en su oportunidad como correcto.

De manera que no resulta adecuado ni consecuente el actuar del demandante, primero como recurrente en sede administrativa, y luego como demandante en sede judicial, pues – insiste la Sala –, conociendo éste la norma aduanera especial antes de verificarse la ya conocida infracción, la deja de lado, y en vez de intentar desvirtuar el faltante hallado, se enfoca en el hecho de que el contenedor debe considerarse como una unidad de carga, procediendo a invocar términos FCL/FCL que a lo sumo tienen un sustrato en el ámbito comercial; y luego, cuando conoce de la Resolución 546 que adiciona la 4240 de 2000, pretende que le sea aplicada a su situación.

Igualmente es necesario tener en cuenta, que en el caso en estudio nos encontramos frente a una operación de transporte multimodal, régimen mediante el cual se permite la circulación por el territorio nacional de mercancías que no han sido nacionalizadas y por ende respecto de las cuales no se han cancelado los tributos aduaneros correspondientes, circunstancia que amerita que el control de este tipo de operaciones sea riguroso y estricto.

Consecuencialmente, también se impone la rigurosidad en la aplicación e interpretación de las normas a través de las cuales se pretende ejercer el control sobre este tipo de operaciones y entre las que se cuentan disposiciones como las ya aludidas, a través de la cual se establecen las sanciones cuando se producen faltantes en la mercancía transportada y previamente autorizada en la continuación de viaje.

Al respecto, la configuración de faltantes en la mercancía objeto de tránsito aduanero de suyo comporta un detrimento para la Administración, toda vez que implica la posibilidad de que entre a circular en el territorio nacional mercancía de procedencia extranjera, sin el pago de los tributos aduaneros, lo cual nos permite afirmar que la conducta que originó la sanción, genera perjuicios para la Administración.

Es por todo lo expuesto que esta Sala considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados por ilegales, injustos o desproporcionados, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto, las consecuencias previstas en la disposición que consagró la conducta sancionable (Art. 497 3.1.1. D. 2685/99) y por consiguiente, debió sancionar.

En resumen, se concluye que no se configura vicio de ilegalidad sobre los actos acusados, pues se configuró el supuesto objetivo de la normatividad aduanera vigente, y que en el presente asunto, la infracción devino de la verificación de una inconsistencia en la mercancía embalada en bultos tal y como se describió en la Continuación de Viaje - *CANT DE BULTOS 706*, es decir, la carga transportada se concretaba a 706 piezas plenamente individualizadas por las cuales debía responder CCL, quien tan sólo entregó 701 en la aduana de destino, siendo esta una conducta sancionable derivada de la configuración de un faltante en el número de bultos, piezas, cajas o cartones recibidos en el depósito autorizado, que a su vez reflejó una diferencia positiva de kilos, frente a lo reportado y consignado en el correspondiente documento de continuación de viaje.

Así, la Aduana de Cartagena conserva competencia para adelantar el proceso administrativo para imponer las sanciones correspondientes por la configuración de una infracción aduanera. Es decir la competencia la tiene la Administración de Aduanas de Cartagena, ya que el procedimiento aplicado se presentó con ocasión del control simultáneo que ejerce sobre la Operación de Transporte Multimodal, y en aplicación al principio de justicia, de que trata el artículo 2° del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), el cual preceptúa que los funcionarios aduaneros con atribuciones y deberes que cumplir en relación con las facultades de fiscalización y control deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades, que son servidores públicos, que la aplicación de las disposiciones aduaneras deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia y que el Estado no aspira a que al usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma Ley pretende, sino que en casos como el presente, se busca salvaguardar el orden económico nacional. Además deberán tener presente que el ejercicio de la labor de investigación y control tiene como objetivo detectar la introducción y salida de mercancías sin el cumplimiento de las normas aduaneras.

En suma, la Sala confirmará la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, acogiendo razones adicionales a las expuestas por el Juez *a - quo*.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), acogiendo la Sala razones adicionales a las consideradas por la Juez *a quo*.

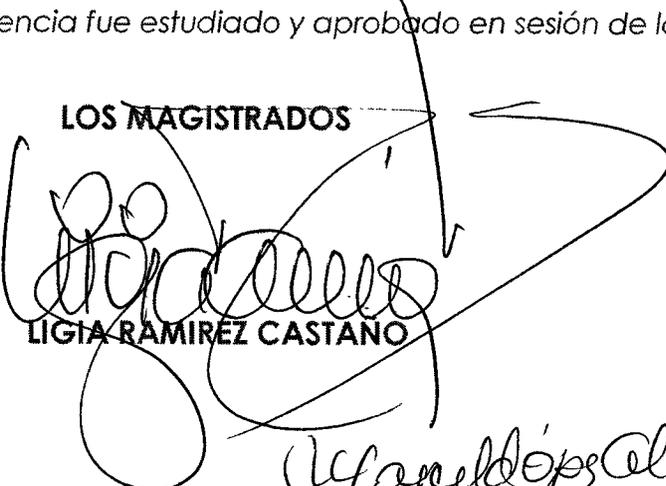
SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

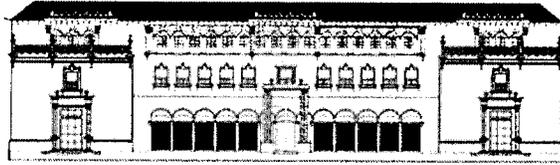

LIGIA RAMÍREZ CASTANO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Gmh.

AUSENTE CON PERMISO



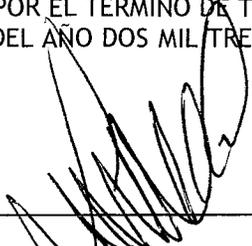
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1395
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ELVIA ESTHER ESTRADA ALVAREZ
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2011-00161-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



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

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C. Noviembre veintinueve (29) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No 315 /2013

Tema: cesantías definitivas

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-008-2011-00161-01
Demandante: ELVIA ESTHER ESTRADA ÁLVAREZ
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha diecisiete (17) de junio de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias D.T. y C., que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora ELVIA ESTHER ESTRADA ÁLVAREZ instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR – SECRETARÍA DEPARTAMENTAL DE SALUD DE BOLÍVAR para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se acceda a las siguientes

Pretensiones

"PRIMERA: Declárense nulo el acto ficto o presunto por no respuesta al petitorio radicado el día 23 de Agosto de 2010, por medio del cual resuelve negativamente la solicitud presentada en la fecha citada anteriormente. En la que se solicita 1.- que mediante acto administrativo motivado se reconozca,

reliquide, y paguen, debidamente indexadas las cesantías retroactivas a que tiene derecho la actora (a) 2.- que se reconozcan, liquiden y paguen sanción moratoria establecida por la Ley 244/95.

SEGUNDA.- Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese al Departamento de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental, el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas a que tiene derecho la actora en calidad de ex empleada del Departamento de Bolívar- Servicio Seccional de Salud de Bolívar – Unidad Regional de Salud N° 2 Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar – Secretaría de Salud Departamental.

TERCERO: Que se reconozcan, liquiden y paguen la indexación de las cesantía retroactivas y la sanción moratoria establecida por la Ley 244 de 1995." (...)

Hechos relevantes

Expresa el apoderado de la actora, que la señora ELVIA ESTHER ESTRADA ÁLVAREZ, prestó sus servicios al Departamento de Bolívar – Servicio Seccional de Salud de Bolívar – Unidad Regional de Salud # 2 Hospital San Monte Carmelo del Carmen de Bolívar – Centro de San Juan Nepomuceno de Bolívar, desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería, con una asignación básica mensual de \$539.987.00 desde marzo 13 de 1980 hasta julio 30 de 1998.

Sostiene, que mediante escrito radicado el 23 de agosto de 2010, su apadrinada solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías definitivas al Departamento de Bolívar, que fue resuelta negativamente mediante acto administrativo ficto o presunto, por la no repuesta a la solicitud citada anteriormente

Normas violadas y concepto de violación

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Nacional: Arts. 1, 2, 13, 23, 48, 53, 90, y 124.
- C.C.A. Arts. 35, 76-5, 78, 85, y del 206 al 214.
- Ley 153 de 1887 Arts. 4, 5 y 8.
- Ley 60 de 1993 Art 33.
- Ley 100 de 1993 Art. 242.
- Ley 6° del 1945 art. 17 y 22
- Ley 65 de 1946 Art. 1 y 2.
- Ley 244 de 1995
- Decreto 1160 de 1947 Art. 2, 3 y 6°
- Decreto 2127 de 1945 art. 53.
- C.S.T. Art. 68, 69 y 70.

- Ley 10 de 1990 Art. 16, 17 y 30.

Argumenta la parte actora que el trabajo representa un valor esencial en el Estado Social de Derecho, y que en virtud de su consagración como un derecho, la Constitución compromete al Estado con el deber de protegerlo, estimulando e incentivando las condiciones económicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades de trabajo para todas a aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que se asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos mínimos ideados por el constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando, los abusos que puedan engendrarse al amparo de las leyes de mercado el principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores.

Para los trabajadores el pago oportuno de los salarios es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. Alrededor del trabajo se desarrolla una compleja dinámica social que está ligada a la realización de proyectos de vida digna y desarrollo, tanto individual como colectivo que, por estar garantizados por la Carta Política como fundamento del orden justo, deben ponderarse.

No puede olvidarse que la figura de la retribución salarial está directamente con la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas a la subsistencia, reconocida por la corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (artículo 11), a la salud (artículo 49), al trabajo (artículo 25), y a la seguridad social (artículo 48).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR contestó la demanda afirmando, que el acto administrativo por medio del cual se le negó el pago de las cesantías definitivas a la señora ELVIA ESTHER

ESTRADA ÁLVAREZ, fue expedido con base en las normas que regulaban el pago de esa prestación social a la actora.

En la contestación de la demanda, el apoderado de la entidad demandada efectúa el estudio concerniente a los diversos regímenes de cesantías establecidos para los empleados públicos, para determinar que, en el caso de la actora, resulta aplicable el régimen de cesantías establecido por el Decreto 3135 de 1968, esto es, que no es beneficiaria del sistema de cesantías retroactivas.

Finalmente concluyó que, en el caso de que existiera alguna obligación prestacional en favor de la demandante, aquella debe solventarse conforme lo dispone el Artículo 5° de la Ley 432 de 1998

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 17 de junio de 2013, la Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia negado las pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

"FALLA

PRIMERO: *Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de los derechos de la parte actora. En consecuencia, deniegase las pretensiones de la demanda.*

Como fundamento de la sentencia, la Juez consideró que en el presente caso operó la prescripción de los derechos solicitados por la parte demandante, toda vez que, desde el momento en que aquella fue trasferida del Departamento de Bolívar al Municipio de San Juan Nepomuceno, el día 31 de julio de 1998, pasaron más de tres años para que aquella pudiera reclamar su derecho en tiempo, pues dicho plazo finalizó el día 31 de julio de 2001. En ese orden concluyó que, al haberse presentado la solicitud de su derecho el día agosto 23 de 2010, se entiende configurada la prescripción de sus derechos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandante

En la oportunidad procesal para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando como motivos de inconformidad los siguientes:

“(…)

No compartimos la decisión acatada, por cuanto no se tuvo en cuenta que la actora se encuentra actualmente vinculada laboralmente a la ESE HOSPITAL LOCAL DE SAN JUAN NEPOMUCENO, como se puede observar a folio 94 del expediente, además, con el proceso de descentralización administrativa realizado en el sector salud del Departamento del Bolívar, se produjo el fenómeno Jurídico de la Sustitución Patronal, y por tal motivo no se interrumpió el vínculo laboral de la actora, porque la transferencia se da sin solución de continuidad, por expreso mandato del parágrafo segundo del artículo 4 del decreto 1399 de junio 04 de 1.990, por medio del cual se regula la nueva vinculación laboral de los empedados oficiales y trabajadores del sector salud en los casos de los artículos 16 y 22 de la Ley 10 de 1990.

(…)”

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 7 de octubre de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 3-4 CSI); y, con providencia adiada en octubre 21 de la misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 6 CSI), oportunidad en la cual la parte demandante y demandada guardaron silencio.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad.

VII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha diecisiete (17) de Junio de 2013, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 numeral 1º del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta, que el acto administrativo acusado ostenta la naturaleza de ficto o presunto, razón por la cual, conforme lo dispuesto el Art. 136 del C.CA, puede ser sometido al conocimiento la jurisdicción en cualquier tiempo.

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos a resolver en el presente caso son los siguientes:

¿Es beneficiaria la demandante del régimen de retroactividad de las cesantías?

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas correspondientes al periodo del 12 de febrero de 1985 al 30 de julio de 1998?

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de San Juan Nepomuceno?

¿Es procedente afirmar que respecto de las cesantías retroactivas reclamadas por la demandante ha operado el fenómeno de la prescripción?

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata del acto administrativo ficto o presunto derivado de la petición radicada en el Departamento Bolívar el día 23 de agosto de 2010, por medio del cual la entidad demanda resuelve negativamente la petición presentada por la señora ELVIA ESTHER ESTRADA ÁLVAREZ sobre el reconocimiento, reliquidación y pago de sus cesantías retroactivas conforme lo dispone la Ley 244 de 1995.

En este caso se entiende agotada la vía gubernativa, puesto que los actos administrativos fictos o presuntos derivados de la primera petición, agotan la vía gubernativa, conforme las preceptivas del Inc 2º del Artículo 135 del C.C.A.

CASO CONCRETO

Propuesto lo anterior procede la Sala a resolver cada uno de los interrogantes planteados de cara a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Así, en cuanto al primer problema jurídico planteado, se precisa:

1. Marco jurídico y jurisprudencial de las cesantías. Empleados del Sector Salud.

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 que en su artículo 17¹, estableció esta prestación social en razón de un mes de salario por cada año de servicios.

Dicha disposición, en el artículo 1º, previó que: *"Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro"*.

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º², reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

Posteriormente, el Decreto 3118 de 1968³, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 *ibídem* se establecieron intereses del 9% anual sobre las sumas que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió al 12% por virtud del artículo 3º de la Ley 41 de 1975.

¹ "Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942." (...)

² "Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942." (...)

³ por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen dispuso a cargo del Fondo Nacional del Ahorro el pago de intereses para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria.

No obstante, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del artículo 17 de la ley 6ª de 1945 y los artículos 1º del decreto 2767 de 1945, 1º de la ley 65 de 1946 y 1º, 2º, 5º y 6º del decreto 1160 de 1947, normativa que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses.

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional o territorial). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto, el Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

“Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998.”.

Ahora bien, con relación al tema específico de las cesantías de los servidores públicos del sector salud, se hacen las siguientes precisiones:

La ley 60 de 1993 que contiene normas orgánicas relativas a la distribución de competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, en los términos de los artículos 181, 288, 356 y 357 de la Constitución, buscó resolver los problemas originados en la financiación de ciertas obligaciones derivadas de la prestación de servicios, entre otros, el de la salud que se hallaba, en todo o en parte, a cargo de la Nación. Entre esas obligaciones se encontraban las comprendidas dentro del pasivo prestacional de los servidores del sector de la salud que, por diferentes razones, se había venido acumulando en el transcurso del tiempo, sin que se hubiera diseñado una solución viable y efectiva para contrarrestar el problema.

Para atender el pasivo prestacional de los servidores del sector salud se instituyó el Fondo Prestacional del Sector Salud, tal como se evidencia de las razones que justificaron su creación:

"Con la creación de este Fondo se intenta resolver definitivamente el pago del pasivo prestacional del sector salud y garantizar el éxito de la descentralización en el mismo sector. Este es uno de los puntos más importantes del proyecto teniendo en cuenta que en la actualidad existe una franja considerable de los trabajadores de los servicios de salud que debido a la dispersión de regímenes jurídicos que ha operado en el sector, no se encuentran afiliados a Cajas de Previsión y por consiguiente su futuro pensional es incierto. Además, para los entes territoriales es igualmente importante contar con reglas de juego claras en lo que se refiere a estos pasivos laborales previas a la asunción de los servicios. Es un hecho que este elemento ha sido el mayor obstáculo al proceso descentralizador iniciado con la expedición de la Ley 10 de 1990" (Gaceta del Congreso No.137, Santafé de Bogotá, 18 de mayo de 1993, P.7)

El Fondo en cuestión se creó como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional a favor de los servidores pertenecientes a las entidades de salud del sector oficial, del subsector privado sostenido y administrado por el Estado, de las entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado, por concepto de cesantías, reservas para pensiones de jubilación, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1993 (artículo 33 de la ley 60 de 1993).

Además de establecer el origen, naturaleza y objetivos del Fondo, el artículo 33 de la ley 60 de 1993, definió la metodología para calcular el valor de los pasivos prestacionales y autorizó a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública destinados a cubrir el pasivo prestacional.

Dispuso además, que el pago de los pasivos por el Fondo "podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen" y, advirtió, que "en todos los casos se entenderá que en la fecha del pago del pasivo prestacional causado, se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda."

Posteriormente, el artículo 242 de la ley 100 de 1993 definió concretamente las responsabilidades del Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud en materia de cesantías y pensiones:

"El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.

A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicables. (...)

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndase por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993". Subrayas fuera texto)

Para concluir el tema, es preciso aclarar que las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones a las que están obligadas, en los términos del artículo 242 de la ley 100 de 1993, hasta el momento en que se firme el contrato en el cual se

establezca la concurrencia para el pago de la deuda (proporción o porcentaje en que han de concurrir financieramente los entes territoriales), en los precisos términos establecidos en los artículos 17 a 21 del decreto 530 de 1994 (artículo 24 ibídem).

Del anterior recuento⁴ se establece que, por regla general, el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso. Ello, salvo que tratándose de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que hubieren optado por el régimen de liquidación y pago de las cesantías previsto en esta norma, renunciando al régimen de retroactividad que se les venía aplicando – evento este último en el que no se ubica la actora, puesto que no obra en autos escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad, supuesto que tampoco se alega por las partes.

Al compás del recuento normativo expuesto y de conformidad con el caudal probatorio obrante en el proceso, se tiene que la demandante laboró desde el 13 de marzo de 1980 hasta el 30 de julio de 1998, en la Unidad Regional de Salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar en el cargo de aseo (fl.9).

Correlativamente a folio 10 del plenario, consta copia del acta de posesión de fecha 27 de marzo de 1980, que da cuenta de la vinculación de la actora en calidad de Aseo en la referida entidad, haciendo claridad que la actora inició sus funciones desde el día 13 de marzo de 1980.

De conformidad con las probanzas resaltadas, colige esta Sala que el régimen de cesantías de la demandante es el retroactivo, como quiera que se vinculó al

⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00942-01(904-06). Actor: JOSE GABRIEL AMARILLO ESPAÑA. Demandado: HOSPITAL SAN RAFAEL NIVEL II DE SAN JUAN DEL CESAR – GUAJIRA.

sector salud en el año de 1980, es decir, con anterioridad a la vigencia del artículo 242 de la ley ibídem.

Lo anterior significa que tal prestación se debe liquidar con el último salario devengado, conforme las disposiciones que regulan la materia.

Resuelto el primer problema jurídico, procede la Sala al estudio del segundo planteamiento formulado así:

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas correspondientes al periodo del 12 de febrero de 1985 al 30 de julio de 1998?

La parte demandante en su escrito de apelación manifiesta que no comparte la decisión adoptada por el A-quo, por cuanto no se tuvo en cuenta que con el proceso de descentralización administrativa realizado en el sector salud del Departamento de Bolívar, se produjo el fenómeno Jurídico de la Sustitución patronal, y por tal motivo los patronos (Empleadores), son responsables solidarios de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles al patrón sustituido.

Al respecto se observa que a folios 17-18, consta copia del acta de entrega de personal del Centro Hospital de San Juan Nepomuceno, Centro de Salud San Cayetano y San Pedro Desconsolado al Municipio de San Juan Nepomuceno; en la cual se contempló que el Departamento de Bolívar se comprometía a gestionar ante el Fondo del Pasivo Prestacional la transferencia a los fondos de cesantías y pensiones, y la deuda prestacional causado por estos conceptos hasta el 31 de julio de 1998.

En el párrafo primero de la referida acta, se dispuso que el Departamento de Bolívar junto con el Departamento Administrativa de Salud de Bolívar, diligenciarían el saneamiento en todos los aspectos de orden salarial y prestacional, hasta la fecha en que sean transferidos e incorporados a la planta de cargos del Municipio de San Juan Nepomuceno.

A folios 19-20 media la lista de empleados que fueron incorporados a la planta de cargos del Municipio de San Juan Nepomuceno, dentro de la cual se encuentra la demandante.

En armonía con lo anterior, estima la Sala que el Departamento de Bolívar es quien tiene el compromiso de reconocer y pagar, las cesantías retroactivas, por lo menos hasta el 30 de julio de 1998, fecha en que la demandante fue transferida a la planta de personal del Municipio de San Juan Nepomuceno, en las mismas condiciones salariales y prestacionales en que venía, pues a partir de ese momento la responsabilidad en materia salarial y prestacional quedaba a cargo de dicha entidad territorial.

En consecuencia y como quiera que el ente territorial demandado no demostró que al momento de la transferencia, estuviese al día en materia prestacional por concepto de pago de cesantías retroactivas, no queda duda que la reclamación de dicha prestación era procedente dirigirla contra el Departamento de Bolívar, como en efecto lo hizo la demandante mediante escrito radicado el día 23 de agosto de 2010, petición que le fue resuelta en forma negativa. (fl.12-16)

Además, porque el Departamento de Bolívar tampoco demostró que la actora hubiese sido beneficiaria del Fondo del pasivo prestacional en salud en los términos del Decreto 530 de 1994 reglamentario de los artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y 242 de la Ley 100 de 1993 y que en esa calidad le hubiese sido ya reconocida y pagada la obligación reclamada por concepto de cesantías retroactivas netas acumuladas, ante lo cual por existir discrepancias en ese aspecto, el inciso final del párrafo del artículo 8 del Decreto 530 de 1994, establece que se podía reclamar directamente a la institución que generó la obligación, en este caso al Departamento de Bolívar.

En definitiva, la Sala como respuesta al segundo problema jurídico planteado, encuentra plenamente acreditada la legitimación en la causa por pasiva, por cuanto considera que el Departamento de Bolívar ostenta la obligación de reconocer y pagar las cesantías retroactivas de la actora generadas hasta el 30 de julio de 1998 fecha en que se efectuó la transferencia del personal al Municipio de San Juan Nepomuceno.

Resultó el anterior problema jurídico, la Sala pasara al estudio del siguiente.

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de San Juan Nepomuceno?

Sobre este punto resulta imperioso destacar que en sentencia de Sala Plena de Descongestión de fecha 16 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Bolívar unificó criterio y en tal sentido debe entenderse que la accionante en el sub judice no procura el pago de la cesantía definitiva, sino que el Departamento de Bolívar emitiera el acto de reconocimiento de lo adeudado a título de cesantías y a su vez lo trasladara al fondo administrador de cesantías al cual se encuentra afiliada la trabajadora.

La anterior tesis tuvo como sustento jurisprudencial el pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado sobre esta misma situación, en la que estimó lo siguiente:

“De esta manera, no se puede afirmar que existió rompimiento del vínculo laboral que la actora traía con el departamento, sino que como empleada del sector salud, fue denominada “de transferencia” como consecuencia del proceso de descentralización. No existiendo entonces rompimiento del vínculo laboral la actora continuaba disfrutando de los beneficios prestacionales que traía, por tener la connotación de derechos adquiridos, entre ellos, el de la retroactividad de la cesantía cuyo valor debía asumir el Departamento de Santander hasta el 31 de diciembre de 1993, al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993. (...)

Consecuente con lo anterior, no es posible entender que la transferencia de los empleados del sector salud a los hospitales del departamento, originó el rompimiento del vínculo laboral que se traía y que por ello el beneficiario de la cesantía debía reclamar su pago definitivo ante el Fondo de cesantías de Santander, so pena de la aplicación del fenómeno prescriptivo trienal.

Por las anteriores consideraciones la sala concluye que la peticionaria no pretendía el reconocimiento de la cesantía definitiva, sino que ha de entenderse que lo pretendido era que la administración emitiera el acto de reconocimiento de lo adeudado a título de cesantía y lo trasladara al fondo privado al cual se encontraba afiliada, máxime cuando según lo informa el folio 74, el departamento asumió el pasivo prestacional de cesantías que estaba a cargo del Instituto de Previsión social a 31 de diciembre de 1995, en concurrencia con el ministerio de hacienda.

Así las cosas, la prescripción que el Tribunal aplicó al derecho prestacional reclamado por la actora en este proceso, no resulta válido, en la medida

en que hasta tanto exista retiro definitivo del servicio, no empieza a contabilizarse el término legal para que el extrabajador reclame sus prestaciones.

Esta novedad, la del retiro definitivo del servicio, no aparece certificada en ninguno de los documentos que conforman el expediente, por el contrario, en varias de las certificaciones se aduce la calidad de activa de la trabajadora. Le asiste razón al impugnante y por tanto la sentencia será revocada, en razón a que el Departamento de Santander estaba en la obligación de reconocer al demandante de manera retroactiva la cesantía, la cual debía consignarse más no entregarse a la beneficiaria, quien según lo informa el Gerente de la empresa social del estado Hospital Integrado San Antonio de Puente Nacional, para el 2 de abril de 2004 y desde el 22 de agosto de 1994, continuaba laborando en dicha entidad (Fol. 47), es decir que se trata sin duda de una empleada activa".⁵

En síntesis, el hecho de que la demandante actualmente se encuentre vinculada con el municipio, pues no media prueba que acredite lo contrario, no hace nugatorio el reclamo de las cesantías retroactivas, pues a luz sentencia proferida por esta Corporación, en el *sub judice* media una situación *sui generis*, es decir, no se pretende el pago de las cesantías definitivas, sino el cumplimiento de lo suscrito por el Departamento de Bolívar en el acta de transferencia, en la cual se comprometió a liquidar y reconocer las cesantías retroactivas de la actora generadas desde el 12 de febrero de 1985 hasta el 30 de julio de 1998.

Ahora, si bien el anterior criterio permite afirmar que a la accionante le asiste el derecho a que el Departamento de Bolívar liquide y reconozca, debidamente indexadas las cesantías retroactivas, y que además le sean consignadas en el fondo de cesantías al cual se encuentre afiliada, considera la Sala que de tal interpretación surge el siguiente problema jurídico, el cual debe ser resuelto, toda vez que constituyó el fundamento principal del A-quo para negar las pretensiones de la demanda.

¿Es procedente afirmar que respecto a las cesantías retroactivas reclamadas por la demandante ha operado el fenómeno de la prescripción?

⁵Consejo de estado, sala de lo Contencioso administrativo, sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009) Radicación No. 68001-23-15-000-2003-00241-01(1945-07)

Al respecto, el A-quo declaró probada la excepción de prescripción de los derechos laborales, propuesta por la demandada, pues a su juicio la actora solicitó el reconocimiento de las cesantías con posterioridad al término de 3 años contados desde que se hizo exigible la obligación, es decir desde el 30 de julio de 1998.

A juicio de la juez de instancia no procede el reconocimiento de los derechos laborales reclamados, por cuanto estima que a partir del 30 de julio de 1998, se creó un nuevo vínculo laboral con el Municipio de San Juan Nepomuceno, en virtud de la transferencia efectuada; por tal razón el reclamo de las cesantías debía hacerse dentro de los 3 años siguientes a la terminación de la relación laboral con el Departamento de Bolívar.

Para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por el A-quo, pues siendo consecuente con el criterio de unificación desarrollado por esta Corporación, en el sub lite resulta improcedente aplicar la prescripción de los derechos laborales, en tanto se estima que la transferencia de los empleados al Municipio de San Juan Nepomuceno, no terminó el vínculo laboral; lo que indica que hasta tanto no medie el retiro definitivo del servicio no es posible contabilizar el término de prescripción trienal para el reclamó de las cesantías parciales.

En cuanto al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se negará dicha pretensión, en razón de que el reconocimiento de esta indemnización solo procede cuando la administración retarda el pago de la cesantía definitiva, originada en la terminación por cualquier causa de la relación laboral, ya sea por despido, por retiro voluntario, por vencimiento del término del contrato, por declaratoria de insubsistencia, entre otros.

En este orden de ideas, y como la prestación que la actora reclama no se origina en ninguno de los eventos reseñado, no se puede entender como definitiva la prestación que reclama y por ende no es posible acceder al reconocimiento de la indemnización por mora.

Conforme a todas las razones expuestas a través de las cuales se dio respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala considera procedente revocar el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagenay, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda

en el sentido de declarar la nulidad del acto demandado, pero a título de restablecimiento del derecho, lo que se ordenará es que el Departamento de Bolívar liquide y reconozca a la señora Carmen Salgado de Mendoza, debidamente indexadas las cesantías retroactivas a que tiene derecho, por haber laborado al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, desde el 13 de marzo de 1980 hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual fue transferida al Municipio de San Juan Nepomuceno y que ese valor liquidado y reconocido, le sea consignado en el Fondo de cesantías elegido por dicha trabajadora.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del diecisiete (17) de febrero de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probada la excepción de prescripción de los derechos laborales reclamados y, en su lugar negó las pretensiones de la demanda. En consecuencia se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, derivado de la petición de fecha 23 de agosto de 2008, por medio del cual el Departamento de Bolívar- Secretaria Departamental de Salud, negó a la señora ELVIA ESTHER ESTRADA ALVAREZ, la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de cesantías retroactivas, por el tiempo que dicha demandante estuvo vinculada al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, esto es, desde el 13 de marzo de 1980 hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual fue transferida al municipio de San Juan Nepomuceno.

TERCERO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Gobernación de Bolívar – Secretaría de salud Departamental, liquidar y reconocer a la demandante, debidamente indexadas las cesantías retroactivas a que tiene derecho por

haber laborado al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de El Carmen de Bolívar, desde el 13 de marzo de 1980 hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual fue transferida al Municipio de San Juan Nepomuceno y que ese valor reconocido le sea consignado a la actora en el respectivo Fondo Administrador de cesantías al cual se halle afiliada.

CUARTO: Negar las demás pretensiones.

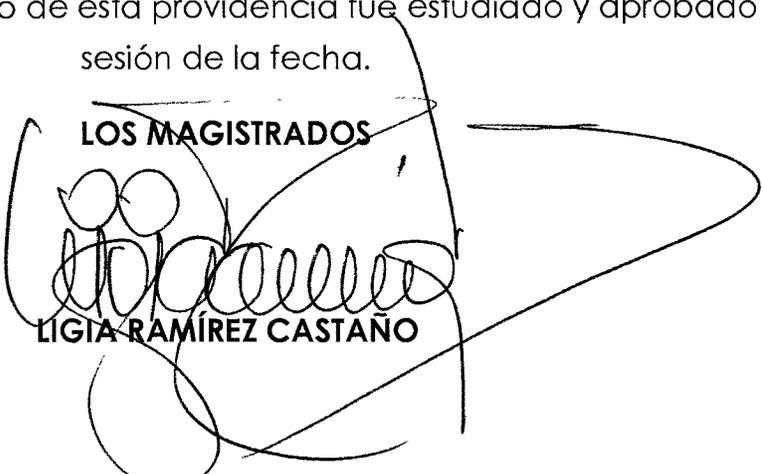
QUINTO: Abstenerse de condenar en costas.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

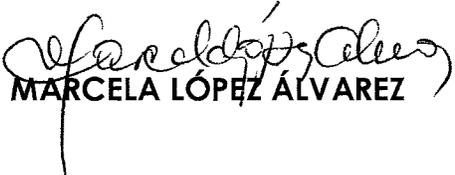
LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

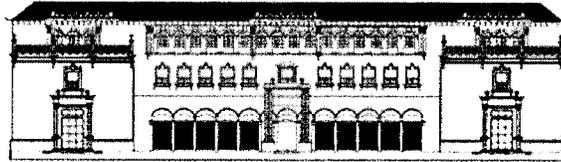
JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO

FAB

AUSENTE CON PERMISO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

PROYECTO
JBG



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1396
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: DAVID MEJIA CASTILLO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2009-00117-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTINUEVE(29) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TÉRMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, ONCE (11) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, TRECE (13) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No 002

Cartagena de Indias, D.T. y C., Noviembre Veintinueve (29) de dos mil trece
(2013).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 318/2013

1ª instancia

Tema: PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-001-2009-00117-00
Demandante : DAVID MEJÍA CASTILLO Y OTROS
Demandado : NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SENTENCIA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor **DAVID MEJÍA CASTILLO (víctima)** actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo **DAVID HUMBERTO MEJÍA TORRES; GENIS MARÍA TORRES SALAS, en calidad de compañera permanente de la víctima y LISETH MARÍA MEJÍA TORRES (hija de la víctima)** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones

1. La Nación – Fiscalía General de la Nación es Administrativamente responsable

de los perjuicios materiales e inmateriales de los demandantes por la falla o falta del servicio en que incurrió.

2. Condenar, en consecuencia a La Nación - Fiscalía General de la Nación, como reparación del daño ocasionado a pagar a los actores, o a quien representen legalmente sus derechos, los perjuicios de orden moral objetivados y subjetivados, actuales y futuros los cuales se estiman como mínimo la suma de **SEISCIENTOS CINCUENTA MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/L** (\$650.550.000), o conforme resulte probado dentro del proceso.

3. La condena respectiva será actualizada de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo que le dé final proceso.

4. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Artículos 176 y 177 del C.C.A.

2. Hechos relevantes

“1º). El día 7 de agosto del año 1.990, el señor, **DAVID MEJÍA CASTILLO**, fue capturado o privado de su libertad en la ciudad de Magangué, por miembros de la Policía Nacional de Cartagena y de Magangué Bolívar, profiriendo en su contra un informe y luego de unos días le profirieron medida de aseguramiento de detención preventiva, por la justicia Colombiana.

2º). La detención preventiva impuesta a mi poderdante perjudicado directo señor DAVID MEJIA CASTILLO, no fue causada por dolo o culpa grave a él imputada sino por suposiciones sin ningún fundamento probatorio, constituyéndose en una PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.

3º). El Juzgado especializado en Cartagena de Indias en el año de 1.990, luego conoció del proceso la justicia Sin Rostro en la ciudad de Barranquilla, y mediante providencia del año 1.996, dictó medida de aseguramiento, y en el mes de julio de la misma anualidad concedió la libertad.

4º). El día 28 de agosto del año 2006, el Juzgado Único Especializado Penal del Circuito de Cartagena motivo el Expediente # 066 – 99 con PRESCRIPCIÓN así lo

indica la resolución enunciada y de la cual anexare copia de la misma para medio de prueba, la cual le fue notificada a mi poderdante con el telex 584 del 13 de septiembre del 2006, el cual anexare a la presente". (...)

B. LA CONTESTACIÓN

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: Mediante apoderado judicial designado para tal efecto, la Entidad demandada contestó la demandada afirmando, que en el caso del señor DAVID MEJÍA CASTILLO, existían serios indicios que lo vinculaban directamente con los hechos materia de investigación, en especial la denuncia presentada por la señora MARTHA GUTIÉRREZ VIUDA DE POSADA, en virtud de la cual, efectivos de la fuerza pública realizaron labores de inteligencia y, capturaron al señor MEJÍA CASTILLO cuando recibía dinero por la extorsión efectuada a la señora GUTIÉRREZ VIUDA DE POSADA. Esos hechos no podían ser desconocidos por la Fiscalía que adelantaba la investigación y, que de acuerdo al código penal vigente eran suficientes para su vinculación a la investigación por medio de diligencia de indagatoria, captura y resolución de situación jurídica.

Sostiene, que la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es la entidad que por raigambre constitucional está encargada del "ius puniendi" es decir de la acción penal. Que dentro de ese marco es su obligación ya sea de oficio, mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los Jueces y Tribunales.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha agosto 27 de 2010, conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.78-79).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de Febrero 22 de 2007, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (fl. 113).

Alegatos parte demandante: El señor David Mejía Castillo, consideró que se

debe condenar a la entidad demandada por los perjuicios de índole material e inmaterial que se le causaron, en forma integral, conforme lo ha sostenido en reiteradas oportunidades el H. Consejo de Estado. Así lo considera, puesto que el fallo proferido por el Juzgado Único Especializado de Cartagena, determinó extinguida la acción penal, dentro de la investigación que adelantó la Fiscalía General de la Nación en su contra; circunstancia que conforme a la línea sostenida por la Corporación de Cierre de la Jurisdicción en casos de privación injusta de la libertad, faculta al operador judicial para declarar la responsabilidad de la entidad demandada.

Alegatos de la parte demandada:

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Los alegatos de conclusión presentados por esta entidad no serán tenidos en cuenta, como quiera que, el poder conferido a la apoderada de dicha entidad para presentarlos, fue aportado en copia simple, circunstancia que limita a esta Corporación para su análisis.

II. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

III. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A. en concordancia con los artículos 65 a 73 de la ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que la providencia que declara la prescripción de la acción penal en favor del demandante fue expedida el día 28 de agosto de 2006 y, la demanda

se presentó el día 25 de mayo de 2007, razón por la cual se encuentra acorde al término de caducidad de 2 años que prevé el artículo 136 numeral 8° del C.C.A, para ejercer la presente acción.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar, si la detención de la que fue objeto el señor DAVID MEJÍA CASTILLO por parte de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, le generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y, si dicha decisión generó responsabilidad para el Estado, cuando posteriormente se declaró prescrita la acción penal por la conducta punible de Extorsión en grado de tentativa que le habían imputado.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

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

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el "Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas"; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que textualmente reza:

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

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

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas¹. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

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

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

- b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., esto es, absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "injusto" sino "injustificado" de la detención.

- c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto

¹Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ, doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*².

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia³.

CASO CONCRETO

En el presente caso se observa que señor DAVID MEJÍA CASTILLO, estuvo vinculado a un proceso penal por la presunta comisión del delito de Extorsión en grado de tentativa.

Del material probatorio obrante en el proceso se observa que el demandante en el proceso, fue capturado el día 7 de agosto de 1990, previa denuncia de la

²Sección Tercera, Consejera ponente MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

³Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

señora MARTHA GUTIÉRREZ VIUDA DE POSO, quien expresó que estaba siendo víctima del delito de extorción. Para tal propósito, efectivos agentes infiltrados de la Policía Nacional, hicieron el seguimiento de inteligencia, hasta cuando la citada señora, entregó como pago de la extorción, un paquete con dinero falso al señor DAVID MEJÍA CASTILLO, siendo capturado en flagrancia. Así entonces, fue puesto a disposición de la entidad demandada en este proceso, quien a través de providencia del 16 de agosto de 1990 (fl. 53-54 cp1), resolvió la situación jurídica del señor DAVID MEJÍA CASTILLO, profiriéndole medida de aseguramiento en establecimiento carcelario, ordenando su traslado a la Cárcel de Ternera. Posteriormente, le fue concedido el beneficio de libertad provisional, a través de providencia del 30 de abril de 1991, recuperando su libertad el día 8 de mayo de la misma anualidad (fl.67 cp2), pero aún vinculado al proceso penal.

Posteriormente, el día 3 de mayo de 1996, la Fiscalía Regional de Barranquilla, calificó el mérito del sumario profiriendo resolución de acusación (fl. 120-128) en contra del señor DAVID MEJÍA CASTILLO, por la comisión del punible de Extorción en grado de tentativa, revocándole el beneficio de libertad provisional y, ordenando nuevamente su captura; sin embargo, en el mes de julio de 1996, la Fiscalía Regional de barranquilla, le concedió el beneficio de detención domiciliaria (fl 315-318 cp).

Finalmente, mediante providencia de fecha 26 de agosto de 2006 proferida por el Juzgado Único del Circuito Especializado de Cartagena de Indias, se decretó de manera oficiosa la prescripción de la acción penal adelantada en contra del señor DAVID MEJÍA CASTILLO por el delito de Extorción en grado de tentativa y, en consecuencia concedió su libertad inmediata y definitiva (fl. 42-44).

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

“Entonces bien, a partir de la interrupción de la prescripción ocurrida el 28 de junio de 1.996. en el caso que se analiza deberá contabilizarse la mitad del extremo punitivo máximo (7 años y 6 meses), proporción que corresponde a 3 años y 8 meses, más como el artículo 83 sustantivo actual

(80) anterior dispone que en ningún caso el término prescriptivo puede ser a 5 años después de acaecida la interrupción será este último, entonces, el lapso que deberá haber trascurrido desde la ejecutoria de la resolución acusatoria para poder decretar la extinción de la acción penal, situación que evidentemente se cumplió desde el 28 de junio de 2011, razón por la cual habrá de decretarse **la prescripción de la acción penal** adelantada contra DAVID MEJIA CASTILLO, MARCELINO ACUÑA SERPA y JHONY ANGARITA JARAMILLO, por el delito de extorción en grado de tentativa y, en consecuencia, se les reconocerá el derecho a su libertad inmediata y definitiva por cuenta de la presente actuación ordenándose, además, la cancelación de las órdenes de captura que en contra de todos ellos se hubiesen proferido por cuenta de la presente actuación y la devolución de las cauciones que a su favor se hubieren constituido."(Negrillas de la sala)

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

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

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

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

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

AUSENTE CON PERMISO

FAB



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ