



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1331
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ALBA CORONEL MORALES
DEMANDADO	: CAJANAL EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2009-00241-01
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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

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

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-003-2009-00241-01
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Alba Coronel Morales
Demandado : Cajanal en liquidación

Tema: Reliquidación de pensión – no inclusión de factor salarial.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante y demandada contra la sentencia del 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora ALBA CORONEL MORALES por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

Primero: Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 51618 del 02 de octubre de 2006 y 01751 del 21 enero de 2009, mediante las cuales CAJANAL, niega el reconocimiento y pago de LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL que, a través del suscrito, reclama la señora ALBA CORONEL MORALES, por tener derecho a ella, en virtud de lo establecido en la ley 100 de 1993.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita que ordene a Cajanal en liquidación reconocer y pagar a favor de la actora, la reliquidación y reajuste de su mesada pensional con sus respectivos retroactivos

Rad. 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

pensionales, a los que tiene derecho a partir del 30 de mayo de 2003. Que se ordene la actualización de las codenas; se dé cumplimiento de la sentencia con base en los artículos 176 ,177 y 178 del C.C.A.; se condene en costa a la demandada.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Narra la accionante que obtuvo su pensión de jubilación mediante Resolución No. 02737 del 23 de febrero de 1989, la cual fue reliquidada por la Resolución No. 20482 del 19 de marzo de 1993, teniendo en cuenta para su liquidación únicamente la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.
2. Luego, mediante derecho de petición formulado el 30 de mayo de 2006 dirigido al Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social, solicitó el reajuste de su pensión de jubilación por haber adquirido ese derecho prestacional con anterioridad al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que a su juicio la hace acreedora del beneficio consagrado en el artículo 143 de dicha ley.
3. Que la Caja Nacional de Previsión Social luego de haberse presentado el derecho de petición y requerimientos en la instancia administrativa y de haberse instaurado una acción de tutela, en forma extemporánea, expidió el acto administrativo No. 51618 del 2 de octubre de 2006, mediante el cual niega las pretensiones deprecadas.
4. Ante la anterior decisión se presentó el 9 de febrero de 2007 recurso de reposición, con la inquebrantable convicción de que se le estaban desconociendo unos derechos claramente amparados en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.
5. Después de haber interpuesto el mencionado recurso hubo que interponer nuevamente otra acción de tutela y consecuentemente otro incidente de desacato en pos de obtener su pronta resolución, sin embargo se tuvo que esperar cerca de dos años para que la entidad enjuiciada se pronunciara negando una vez más el reajuste y la reliquidación pensional de la demandante, por medio de la Resolución 01751 del 21 de enero de 2009, quedando de esta forma agotada la vía gubernativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la sociedad accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

Constitucionales: Artículos 13, 46, 48, 83 y 209 de la Carta Política.

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

Legales: Art. 143 de la Ley 100 de 1993; Arts. 3 de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985

Señala que Cajanal actuó de mala fe al negar el reconocimiento de la reliquidación y reajuste pensional de la actora; así mismo desconoce los principios de eficacia y celeridad, dado que lo pretendido fue solicitado desde el 30 de mayo de 2006 y solo después de la presentación de dos acciones de tutela por violación al derecho fundamental de petición, dos incidentes de desacato por incumplimiento de los fallos de las mencionadas acciones y de reiterados requerimientos.

Que la señora Coronel Morales, es pensionada desde el 14 de marzo de 1990; por lo que es completamente aplicable el citado artículo, el cual debe ser armonizado con el artículo 204 de la misma Ley 100 de 1993. Sin embargo, la demandada se quiere escudar en esta disposición, para desconocerle su merecido ajuste.

Que a la actora, le es aplicable la Ley 33 de 1985, sin embargo CAJANAL, al momento de efectuar tanto la liquidación de su mesada pensional Resolución No. 02737 del 23 de febrero de 1989, como la reliquidación de la misma Resolución No. 20482 del 19 de marzo de 1993, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengaba, sólo se tomaron los factores correspondientes a asignación básica y la bonificación por servicios prestados, no incluyendo la prima de antigüedad, factor salario también devengado por mi mandante que fue tomado como base para los aportes a pensión, tal como se desprende del certificado de factores salariales del último año laborado por mi mandante. Los cuales según se deduce de la misma certificación, sirvieron de base para calcular los aportes a CAJANAL por concepto de pensión.

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Aduce que en la resolución enjuiciada, se liquidó la pensión teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se aportó a la entidad.

Señala que Cajanal liquide la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales, sin haber aportado sobre ellos, es buscar que el Estado responda por unas cotizaciones que jamás recibió, situación que paulatinamente va produciendo un desequilibrio en sus finanzas y un detrimento patrimonial. Que todos los funcionarios públicos están en la obligación legal y moral de proteger los bienes de la nación.

Afirma que si se conceden las pretensiones en este proceso, se patrocina el reconocimiento y pago de sumas de dinero a un ex funcionario que nunca ganó el derecho, porque no aportó sobre esos sueldos devengados, a sabiendas que desde hace años, existe el principio legal que sobre lo que se aporta se reconoce la pensión.

Rad. 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

Finalmente agrega que no es lógico que un funcionario que cotizó sobre asignación básica, pretenda que se le reconozca la pensión incluyendo los factores sobre los cuales no cotizó para pensiones.

Excepciones.

La parte demandada propuso como excepciones las siguientes:

Inepta demanda.

Expone que la vía gubernativa se materializa con el agotamiento de sus recursos; reposición, apelación y queja; que se podría decir que si lo que se busca es el cumplimiento del requisito de procedibilidad, los de reposición y queja son voluntarios, no se puede afirmar lo mismo del de apelación; este es obligatorio.

Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Afirma que la demandada no adeuda suma alguna a la actora, así mismo que no tiene derecho por lo prescrito en la Ley 100 de 1993; razón por la cual, al liquidar la pensión de la actora solo se puede tener en cuenta los factores salariales aplicables al régimen general de seguridad social, señalados de manera taxativa en el artículo 1 del Dto. 1158 de 1994.

De manera subsidiaria propone la excepción de **Buena fe**.

Que de prosperar las pretensiones de la demanda, habría que considerar que los descuentos realizados, se han hecho de buena fe, entre otras porque si un funcionario no descuenta lo legal podría ser acusado de peculado culposo, ya que estos son dineros públicos por su destinación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendada 12 de julio de 2011, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Señala el juez de primera instancia, que la reliquidación de la pensión de la actora debió efectuarse acorde con lo normado en el artículo 10 del Dto. 1160 de 1989, es decir, teniendo en cuenta para tales efectos el promedio de lo devengado en el último año de servicios – factores salariales y prestacionales, lo cual incluye entre otros la prima de antigüedad.

Que de las pruebas recaudadas, no se desprendió que la actora devengó sueldo alguno por concepto de la prima de antigüedad, ante lo cual se torna imposible la procedencia de

Rad: 003-2009-00241-01
Dte: Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

la nulidad invocada respecto del reajuste deprecado por concepto de reliquidación por la no inclusión de tal factor.

De otro lado colige el *A quo* con base en las pruebas obrantes en el expediente y teniendo en cuenta la petición de reajuste pensional establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993; reglamentado por el artículo 42 del Dto. 692 de 1994; consideró que en la Resolución No. 2737 de febrero 23 de 1989, en su artículo cuarto; ordenó deducir el 5% del valor de cada mesada pensional para servicios médico asistencial de conformidad con la Ley 4 de 1966; que de acuerdo a ello, no existe duda alguna sobre el porcentaje que le era descontado a la actora para su cobertura en salud antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que no sucede lo mismo respecto del porcentaje del 7% adicional que alega la actora se le viene descontado con posterioridad al 1 de abril de 1994, en razón a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que, si bien es cierto se encuentra probado que a la actora le asiste el derecho en tanto que la situación jurídica y fáctica que presentada la misma se adecua a lo prescrito en el art. 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Dto. 692 de 1994, también lo es que no está determinado que a la demandante se le haya realizado tales descuentos, por lo que no le surge el derecho a que se le reconozca el reajuste de su mesada con retroactividad sino únicamente a partir de la ejecutoria de la presente sentencia. (fl. 144-163)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante y la parte demandada interpusieron recurso de apelación.

Parte demandante.

En el caso sub lite, la actora pretende la revocatoria de los artículos segundo y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia bajo el siguiente tenor:

Que se revoque el **artículo segundo**, como quiera que sin lugar a dudas el certificado de factores salariales devengado por la demandante y que fue valorado por el *a quo*, demuestra que la actora no recibía emolumento alguno por concepto de prima de antigüedad; esto obedece a las contradicciones en las informaciones suministradas por el último empleador de la demandante, toda vez que unos son los valores y factores salariales percibidos por ella en el certificado expedido por la demandada y otros son los que se desprenden del certificado expedido por la oficina de pagaduría de la DIAN de fecha 4 de agosto de 2005, que sirve de soporte para la posición reclamante de la actora.

Que este último documento fue aportado por la parte demandante al momento de agotar la vía gubernativa con la petición de reliquidación y da cuenta de los factores percibidos por la accionante, dentro de ellos aparece lo devengado por concepto de la prima de

Rad 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

antigüedad. Que es inexplicable que entre los dos certificados referidos exista una diferencia abismal, en lo concerniente a las sumas canceladas y a los emolumentos salariales que hacen parte de su haber laboral.

Así mismo advierte la Sala que la actora en su recurso solicita que el Tribunal decrete prueba de oficio con el objeto de que se le solicite a Cajanal en liquidación copia del expediente administrativo donde aparece el certificado del año 2005, adicionalmente que se solicite a la administración especial de aduanas de Cartagena aclare cuál de los dos certificados corresponde realmente a los factores salariales devengados por la señora ALBA CORONELL MORALES?

Que la apelación busca la verdad procesal sobre este punto probatorio confuso, ya que existe la convicción de que la actora sí percibió el factor salarial de marras y en consecuencia es acreedora de la reliquidación pretendida.

Ahora bien, en cuanto a la revocatoria del numeral **cuarto** de la sentencia, advierte que este se dirige contra el reconocimiento del reajuste de la pensión de la actora por la cotización en salud el cual se reconoció a partir de la mesada que se cause con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, no obstante, a su juicio dicho reajuste debió ser retroactivo conforme lo dispone la ley.

Que el operador judicial negó la retroactividad del reajuste aduciendo que no se probaron los descuentos del 7% adicional; razón que no es de recibo, por cuanto los descuentos a salud, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto para los trabajadores activos, como los que gozan del buen retiro, se les aplica un 12% de descuento, con destino a la seguridad social en salud. Lo anterior, es una presunción de derecho, en la medida en que los descuentos en ese porcentaje están establecidos en esa misma normatividad del año 1993 y no hay disposición alguna dentro del ordenamiento jurídico.

Que los descuentos del 12% no deben ser probados, toda vez que estos se presumen de la misma condición de la actora, es por ello que el juez impone una carga innecesaria en consideración a que los aportes del 12% para salud se predicen del mismo goce de la pensión de la demandante. (fl. 175-178)

Parte demandada.

Solicita que se revoquen los numerales desfavorables de la parte resolutive de la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a Cajanal en liquidación de todas las pretensiones de la demanda. Para soportar dicha solicitud, trae a colación diversos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, Corte Constitucional, relativos al sistema de seguridad social en salud y pensión. (fl. 166-171)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Por parte demandante.

Ratifica lo manifestado en el recurso de apelación. (fl. 202-205)

Por parte demandada.

Reitera los argumentos expuesto en el recurso de apelación. (fl. 195-198)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, toda vez que no se encontraban los elementos dialecticos que permitan su revocatoria puesto que la actora no demostró que los descuentos para su salud en pensión alcanzan un 7% adicional al 5% que le fue señalado al momento de reconocerle su pensión. (fl. 206-215)

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 28 de octubre de 2011, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la parte demandada. (fl. 192)

Luego, por auto del 25 de noviembre de 2011, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 194)

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. **51618 del 02 de octubre de 2006**; por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación por nuevos factores salariales.

Rad. 003-2009-00241-01
Dte: Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

- Resolución No. **001751 del 21 de enero de 2009**; por la cual se resuelve el recurso de reposición que confirma la decisión inicial. Todas ellas proferidas por la entidad demandada.

Caducidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado¹, sobre la presente acción no opera el fenómeno jurídico de caducidad, dado que el acto que niega la reliquidación de la pensión de jubilación puede ser demandado en cualquier tiempo.

Problema Jurídico.

Atendiendo los argumentos expuestos por cada una de las partes en el sub lite, corresponde a la Sala determinar si la señora Alba Coronel Morales tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de nuevos factores salariales y el incremento por exceso de cotización en salud.

Para dar respuesta a lo descrito, el Tribunal advierte en primer lugar que el Juez de primera instancia, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, considerando que la demandante no demostró haber percibido nuevos factores salariales al momento de reconocérsele la pensión. De otro lado, determinó reconocer el incremento por exceso de cotización en salud, en la mesada pensional pero no con efectos retroactivos, sino a partir de la ejecutoria de la sentencia objeto de estudio.

Lo probado

Para la Sala se encuentra demostrado que a la señora Alba Coronel Morales le fue reconocida su pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución No. **02737** del 23 de febrero de 1989 con efectos retroactivos a partir del 1 de enero de 1988, por parte de la entidad demandada; así mismo para la liquidación de dicha pensión, se tuvo en cuenta el último salario devengado en el último año de servicio y una bonificación por servicios.

De otro lado, en el artículo cuarto del mencionado acto administrativo, observa la Sala que Cajanal en liquidación ordenó deducir el 5% del valor de cada mesada pensional para servicios médicos asistenciales. (fl. 10-13)

De la misma manera, se acreditó mediante Resolución No. **20482** del 19 de marzo de 1993, que la demandada reliquidó la pensión de jubilación de la actora por allegar nuevos tiempos. (fl. 14-16)

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" C P Nicolás Pájaro Peñaranda Bogotá D C 5 de septiembre de 2002 Rad 17001-23-31-000-1997-7051-01(1977-01) 'De acuerdo con este razonamiento debe entenderse que cuando se ataca una decisión referente a la reliquidación de la pensión, en el fondo lo que se busca es modificar el acto administrativo que previamente ha reconocido el derecho prestacional y, en ese caso, no opera el presupuesto de la caducidad de la acción de acuerdo a lo señalado en el numeral 2 artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, como equivocadamente lo interpretó el Tribunal

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Odo. Cajanal en liquidación

Reposa certificado de salario mes a mes expedido por la DIAN, de fecha 8 de mayo de 2009, donde se aprecia el valor la asignación básica mensual y la bonificación por servicios percibida por la actora en el último año de servicios. (fl. 19)

Finalmente se allegó copia de los actos acusados. (fl. 20-22 y 26-28)

Análisis del Caso.

Teniendo en cuenta que tanto la parte demandante como la parte demandada recurrieron la providencia de fecha 12 de julio de 2011, en lo que a cada una de ellas desfavorece, esta Sala encuentra pertinente estudiar cada uno de los argumentos de forma separada, para así determinar si la decisión adoptada por el *A quo* se ajustó a lo dispuesto por el ordenamiento legal.

En cuanto a la apelación de la parte demandante.

Señaló el apoderado judicial de la actora que se debe revocar el artículo **segundo** de la sentencia objeto de análisis como quiera que la ésta si percibió durante el último año de servicio **la prima de antigüedad**, tanto así que sustenta su tesis allegando con el escrito del recurso, copia de un certificado laboral expedido por el empleador, en este caso por el Jefe de Grupo de Pagaduría de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de fecha 4 de agosto de 2005, donde relaciona los conceptos que percibió la demandante entre ellos los años de 1989 y 1990 y en el que se observa que la libelista si recibió la prima de antigüedad. (fl. 180)

Pues bien, sea lo primero advertir por esta Judicatura que el certificado de referencia, no se tendrá en cuenta para su valoración como quiera que es una prueba aportada de manera extemporánea, dado que no se allegó dentro de la oportunidad procesal pertinente, por lo que, en este contexto no puede pretender el recurrente que se haga un juicio de valor sobre el contenido de ella, si ésta no cumple con los requisitos que trae el artículo 214 del C.C.A. para ser analizada en esta instancia; contrario ello, se vulneraría el derecho de defensa y debido proceso de la contraparte, toda vez que no ha tenido la oportunidad controvertir dicho documento.

Además, teniendo en cuenta que la finalidad de este certificado era que fuera cotejado con el certificado que inicialmente se acompañó a la demanda, la Sala igualmente considera que dicho documento no puede ser valorado dado que no cumple con lo dispuesto en el artículo 254 del C.P.C., puesto que el que se anexó a la demanda reposa en original, mientras que el que pretende ser valorado en esta instancia, se allegó en copia simple, circunstancia que conlleva a desestimar esta prueba; en ese sentido, aún cuando se hubiere allegado oportunamente el certificado de fecha 4 de agosto de 2005, para el Tribunal no tendría ningún valor, si dentro del proceso reposa un certificado original expedido por el empleador que determina los conceptos por factor salarial que percibió la demandante. Así mismo, se reitera que de existir cualquier duda en el contenido de ellos,

Rad 003-2009-00241-01
Die Alba Coronel Morales
Ddo Cajanal en liquidación

lo pertinente era exponerlo en la demanda que era la oportunidad procesal adecuada y de esta manera tanto la contraparte como el *A quo* emitieran pronunciamiento.

Así las cosas y de acuerdo a lo expuesto; la Sala estudiara el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, pero teniendo en cuenta los documentos aportados oportunamente y lo dispuesto en la ley.

En ese orden de ideas, en el sub lite, no se discute el reconocimiento del derecho pensional que le asiste a la actora, como quiera que éste se encuentra plenamente demostrado en el proceso con la Resolución No. **02737** del 23 de febrero de 1989 y que no ha sido cuestionado por la contraparte; sin embargo, se controvierte lo concerniente a la inclusión de los factores salariales que percibió la actora en el último año de servicio, concretamente la prima de antigüedad.

El artículo 1 de la Ley 62 de 1985, a través de la cual se modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, consagró entre otros aspectos, que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidaría sobre los mismos factores salariales que sirvieron de base para calcular los aportes.

A su vez, el artículo 10 de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 1160 de 1989, preceptuó la reliquidación de la pensión de jubilación, en virtud de que las Leyes 33 y 62 de 1985 no consagraron la forma de reliquidar esta prestación periódica y teniendo en cuenta que éstas son las normas aplicables al caso concreto, se resalta que la norma en cita determinó que "Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les *reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios*".

Parágrafo- *La reliquidación de la pensión de que trata el presente artículo, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles, cuando a éstas hubiere lugar".*

En ese orden, la Sala infiere que la pensión de jubilación se reliquidara con base en todos los factores salariales que percibió el empleado durante el último año de servicio.

Ahora bien en cuanto a los factores que se deben tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación, el Honorable Consejo de Estado ha dicho²:

"En otras palabras, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. Como se ha reiterado en diferentes ocasiones, la

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda C.P. Alberto Arango Mantilla Bogotá D.C. 1 de marzo de 2007 Rad 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-05)

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Ddo Cajanal en liquidación

Ley 65 de 1946 definió el salario o sueldo no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios. En consecuencia, al reliquidar la pensión del demandante deberán tenerse en cuenta, como lo ordenó el Tribunal Administrativo, los factores salariales y prestacionales percibidos por el actor durante el último año de servicios”.

En pronunciamiento reciente recalcó³:

“Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales”.

En atención a lo desarrollado, se concluye entonces que para liquidar la pensión se deben tener en cuenta todos los factores salariales que perciba el trabajador como contraprestación de sus servicios, indistintamente que no se encuentren señalados taxativamente en la ley.

En esa medida aterrizando al caso bajo estudio, al revisar el certificado de salario mes a mes expedido por la DIAN (fi. 19), claramente aprecia la Sala que la actora en ningún momento percibió en su salario prima de antigüedad como factor salarial, por lo que, mal haría esta judicatura en ordenar la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de éste factor salarial si ésta no recibió dicha prestación.

Así las cosas, comparte la Sala la decisión adoptada por el Juez de primera instancia que resolvió negar esta reliquidación, dado efectivamente dentro del presente asunto, no está demostrado que la demandante percibió por concepto de salario la llamada prima de antigüedad. En ese sentido se confirmará la decisión relativa a este cargo.

En cuanto a la apelación de la parte demandada.

Ahora bien la parte demandante igualmente solicita la revocatoria del numeral **cuarto** de la sentencia recurrida en el sentido que se ordene el reajuste de la pensión de jubilación de la actora con el incremento por exceso de cotización por salud consagrado en el artículo

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá D.C. 7 de octubre de 2010 Rad. 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07)

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Ddo Cajanal en liquidación

143 de la Ley 100 de 1993, pero con efectos retroactivos y no como lo ordenó el juez de primera instancia.

Por su parte y como quiera que éste reconocimiento desfavorece a la parte demandada, ésta a su vez solicita la revocatoria de dicho numeral y en su lugar se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

Es por lo anterior que la Sala en este caso estudiara los argumentos de cada parte, dado que se refieren al mismo punto de controversia. Veamos:

El artículo 143 de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", preceptúa:

"ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral..." (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993", dispone:

"ARTÍCULO 42. Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar..." (Resaltado fuera de texto)

Rad 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

De lo anterior se desprende que el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para la salud obedece cuando; (a) Exista el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación, invalidez, sustitución o sobreviviente, con anterioridad al 1º de enero de 1994 (b) A quienes sin haberles efectuado el reconocimiento para la referida fecha, tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos.

De conformidad con lo precedido en el caso bajo estudio, al revisar el plenario probatorio, observa la Sala que a la demandante se le concedió su pensión de jubilación antes del primero (1º) de enero de 1994, pues la misma se reconoció por parte de la demandada a través de la Resolución No. No. **02737 del 23 de febrero de 1989**. En ese sentido, a diferencia de lo considerado por Cajanal en liquidación, la demandante si tiene derecho al reajuste contemplado en la norma de referencia, como quiera que cumple con los requisitos que dispuso dicha ley para conceder este beneficio, circunstancia que conlleva a esta judicatura a ordenar el reajuste de la prestación periódica de referencia, pues está demostrado que la Resolución de fecha 23 de febrero de 1989, que otorgó la pensión a la actora ordenó deducir el 5% de su mesada pensional para los servicios médicos asistenciales conforme a la Ley 4 de 1966.

No obstante, con posterioridad a esta última norma el legislador modificó este porcentaje, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo que a partir del vigor del nuevo sistema de seguridad social en salud -artículo 204-, las cotizaciones se incrementaron, sin perder de vista que las cotizaciones efectuadas con anterioridad se surtieron legalmente, dado que se realizaron conforme a los lineamientos expuestos por el ordenamiento legal vigente en aquel momento.

En aras de contrarrestar dicho incremento, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, previó un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de su aplicación, por lo tanto, las mesadas pensionales de la demandante debieron ser reajustadas en el mismo porcentaje del incremento de dicha cotización, a fin de compensar el desmedro económico que sufriría su prestación con motivo del incremento del descuento en salud.

En el presente caso se evidencia que fue solicitado a la entidad demandada el reajuste de la pensión de jubilación, por exceso en la cotización en salud contemplado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, petición que fue resuelta por la entidad de forma negativa en la Resolución No. 51618 del 02 de octubre de 2006 y confirmada en la Resolución No. 01751 del 21 de enero de 2009.

De manera que contrario a lo sostenido por la entidad demandada, a la pensión de jubilación reconocida a la demandante le es aplicable el reajuste consagrado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, y el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, toda vez que antes de la entrada en vigencia del actual régimen, la demandante ya había adquirido su pensión de jubilación y se encontraba en disfrute de la misma, y por ende a diferencia de lo considerado por el Juez de Primera instancia, la actora tenía derecho a partir de dicha

Rad 003-2009-00241-01
Dña. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

fecha a que su mesada pensional se le incluyera el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993, dado que esta modificación se aplicó de pleno derecho con la entrada en vigencia de la mencionada ley. Ahora bien este reconocimiento se efectuara teniendo en cuenta las prescripciones causadas en su mesada pensional.

Cabe hacer énfasis en que el Tribunal siguiendo los argumentos expuestos en el recurso de la demandada, referente a que ésta ya había realizado el incremento legal sobre la mesada pensional de la demandante, mediante providencia adlada 26 de noviembre de 2012 (fl. 229-230), a fin de esclarecer este punto dudoso, para de esta manera proteger el patrimonio de la Nación, y así evitar una condena que conllevara a un doble incremento en la mesada pensional de la actora; le solicitó a Cajanal en liquidación que certificara si efectivamente reajustó la pensión de la actora con base en lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y en qué porcentaje realizó dicho reajuste.

Sin embargo la demandada nunca allegó al proceso lo solicitado por la Corporación, pese a reposar la constancia de envío del oficio por parte de la demandante y de haberse requerido para ello con posterioridad.

En ese sentido, en virtud de que a la demandada le correspondía demostrar este supuesto de hecho, a juicio de esta judicatura y en aras de evitar la ruptura del equilibrio entre las partes, por cuanto, el proceso se encuentra a la espera de una decisión que ponga fin al proceso, la actuación omisiva de la demandada conlleva a determinar que dicho reajuste nunca se llevó a cabo por este concepto, por lo que de acuerdo a lo hasta aquí analizado, resulta necesario ordenar el reajuste a partir de la vigencia de la norma que lo ordena, solo que las diferencias que se generen por el incremento se pagaran a partir del 30 de mayo de 2003, como quiera que la petición de la actora se presentó el día 30 de mayo de 2006 (fl. 17), por lo que los incrementos causados en la mesada pensional de la actora con anterioridad al año 2003 se encuentran prescritos por no haberse solicitado previamente.

En ese orden, ante la violación de la norma por los actos acusados, la Sala procederá a modificar el numeral cuarto de la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a la demandada reajustar la pensión de jubilación de la actora a partir del 1 de abril de 1994 y no con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia como inicialmente lo consideró el juez de primera instancia.

En esa medida la Sala confirmara en lo demás la sentencia adiada 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones esgrimidas.

Cabe advertir que no se condenará en costas de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta de la demandada, al asumir una conducta que obedece única y exclusivamente al ejercicio de su derecho de defensa.

Rad: 003-2009-00241-01
Dte: Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

“**Cuarto:** Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordenase a la Caja Nacional de Previsión Social, reajustar la pensión de la señora Alba Coronel Morales en un porcentaje equivalente al 7% de tal forma que se compense el incremento del 5% al 12% en la cotización a salud, ordenado por la Ley 100 de 1993, reajuste que se aplicará a partir de la vigencia de la norma que lo ordena. sin embargo las diferencias que se generen se pagaran a partir del 30 de mayo de 2003, como quiera que la diferencia en las mesadas causadas con anterioridad se encuentran prescritas”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de referencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Sin condena en costas.

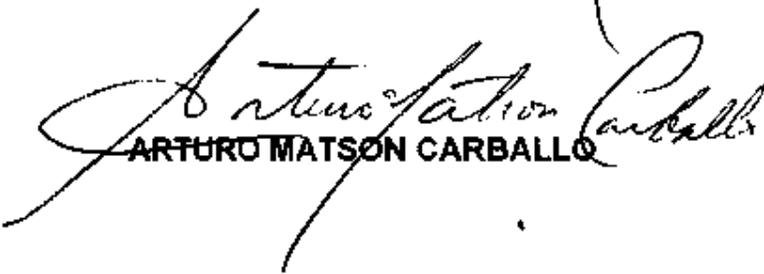
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

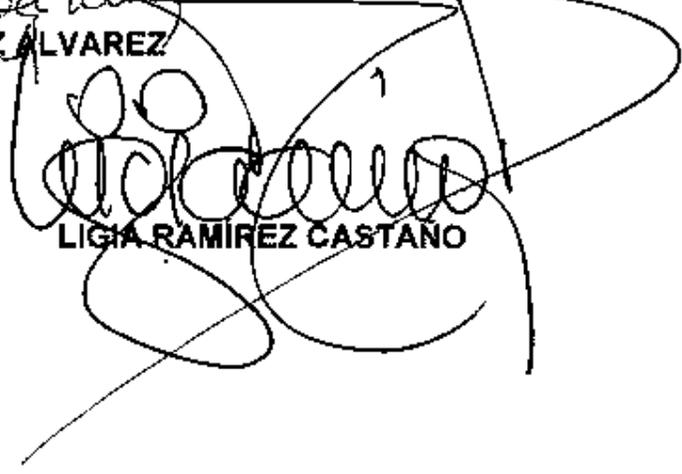
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

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

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-003-2009-00241-01
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Alba Coronel Morales
Demandado : Cajanal en liquidación

Tema: Reliquidación de pensión – no inclusión de factor salarial.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante y demandada contra la sentencia del 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora ALBA CORONEL MORALES por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL EN LIQUIDACIÓN, tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

Primero: Que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 51618 del 02 de octubre de 2006 y 01751 del 21 enero de 2009, mediante las cuales CAJANAL, niega el reconocimiento y pago de LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL que, a través del suscrito, reclama la señora ALBA CORONEL MORALES, por tener derecho a ella, en virtud de lo establecido en la ley 100 de 1993.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita que ordene a Cajanal en liquidación reconocer y pagar a favor de la actora, la reliquidación y reajuste de su mesada pensional con sus respectivos retroactivos

Rad. 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

pensionales, a los que tiene derecho a partir del 30 de mayo de 2003. Que se ordene la actualización de las codenas; se dé cumplimiento de la sentencia con base en los artículos 176 ,177 y 178 del C.C.A.; se condene en costa a la demandada.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Narra la accionante que obtuvo su pensión de jubilación mediante Resolución No. 02737 del 23 de febrero de 1989, la cual fue reliquidada por la Resolución No. 20482 del 19 de marzo de 1993, teniendo en cuenta para su liquidación únicamente la asignación básica y la bonificación por servicios prestados.
2. Luego, mediante derecho de petición formulado el 30 de mayo de 2006 dirigido al Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social, solicitó el reajuste de su pensión de jubilación por haber adquirido ese derecho prestacional con anterioridad al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que a su juicio la hace acreedora del beneficio consagrado en el artículo 143 de dicha ley.
3. Que la Caja Nacional de Previsión Social luego de haberse presentado el derecho de petición y requerimientos en la instancia administrativa y de haberse instaurado una acción de tutela, en forma extemporánea, expidió el acto administrativo No. 51618 del 2 de octubre de 2006, mediante el cual niega las pretensiones deprecadas.
4. Ante la anterior decisión se presentó el 9 de febrero de 2007 recurso de reposición, con la inquebrantable convicción de que se le estaban desconociendo unos derechos claramente amparados en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.
5. Después de haber interpuesto el mencionado recurso hubo que interponer nuevamente otra acción de tutela y consecuentemente otro incidente de desacato en pos de obtener su pronta resolución, sin embargo se tuvo que esperar cerca de dos años para que la entidad enjuiciada se pronunciara negando una vez más el reajuste y la reliquidación pensional de la demandante, por medio de la Resolución 01751 del 21 de enero de 2009, quedando de esta forma agotada la vía gubernativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Considera la sociedad accionante, que con la expedición de los actos acusados se transgredieron las siguientes normas:

Constitucionales: Artículos 13, 46, 48, 83 y 209 de la Carta Política.

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

Legales: Art. 143 de la Ley 100 de 1993; Arts. 3 de la Ley 33 de 1985; Ley 62 de 1985

Señala que Cajanal actuó de mala fe al negar el reconocimiento de la reliquidación y reajuste pensional de la actora; así mismo desconoce los principios de eficacia y celeridad, dado que lo pretendido fue solicitado desde el 30 de mayo de 2006 y solo después de la presentación de dos acciones de tutela por violación al derecho fundamental de petición, dos incidentes de desacato por incumplimiento de los fallos de las mencionadas acciones y de reiterados requerimientos.

Que la señora Coronel Morales, es pensionada desde el 14 de marzo de 1990; por lo que es completamente aplicable el citado artículo, el cual debe ser armonizado con el artículo 204 de la misma Ley 100 de 1993. Sin embargo, la demandada se quiere escudar en esta disposición, para desconocerle su merecido ajuste.

Que a la actora, le es aplicable la Ley 33 de 1985, sin embargo CAJANAL, al momento de efectuar tanto la liquidación de su mesada pensional Resolución No. 02737 del 23 de febrero de 1989, como la reliquidación de la misma Resolución No. 20482 del 19 de marzo de 1993, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales que devengaba, sólo se tomaron los factores correspondientes a asignación básica y la bonificación por servicios prestados, no incluyendo la prima de antigüedad, factor salario también devengado por mi mandante que fue tomado como base para los aportes a pensión, tal como se desprende del certificado de factores salariales del último año laborado por mi mandante. Los cuales según se deduce de la misma certificación, sirvieron de base para calcular los aportes a CAJANAL por concepto de pensión.

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Aduce que en la resolución enjuiciada, se liquidó la pensión teniendo en cuenta los factores sobre los cuales se aportó a la entidad.

Señala que Cajanal liquide la pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales, sin haber aportado sobre ellos, es buscar que el Estado responda por unas cotizaciones que jamás recibió, situación que paulatinamente va produciendo un desequilibrio en sus finanzas y un detrimento patrimonial. Que todos los funcionarios públicos están en la obligación legal y moral de proteger los bienes de la nación.

Afirma que si se conceden las pretensiones en este proceso, se patrocina el reconocimiento y pago de sumas de dinero a un ex funcionario que nunca ganó el derecho, porque no aportó sobre esos sueldos devengados, a sabiendas que desde hace años, existe el principio legal que sobre lo que se aporta se reconoce la pensión.

Rad. 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

Finalmente agrega que no es lógico que un funcionario que cotizó sobre asignación básica, pretenda que se le reconozca la pensión incluyendo los factores sobre los cuales no cotizó para pensiones.

Excepciones.

La parte demandada propuso como excepciones las siguientes:

Inepta demanda.

Expone que la vía gubernativa se materializa con el agotamiento de sus recursos; reposición, apelación y queja; que se podría decir que si lo que se busca es el cumplimiento del requisito de procedibilidad, los de reposición y queja son voluntarios, no se puede afirmar lo mismo del de apelación; este es obligatorio.

Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Afirma que la demandada no adeuda suma alguna a la actora, así mismo que no tiene derecho por lo prescrito en la Ley 100 de 1993; razón por la cual, al liquidar la pensión de la actora solo se puede tener en cuenta los factores salariales aplicables al régimen general de seguridad social, señalados de manera taxativa en el artículo 1 del Dto. 1158 de 1994.

De manera subsidiaria propone la excepción de **Buena fe**.

Que de prosperar las pretensiones de la demanda, habría que considerar que los descuentos realizados, se han hecho de buena fe, entre otras porque si un funcionario no descuenta lo legal podría ser acusado de peculado culposo, ya que estos son dineros públicos por su destinación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendada 12 de julio de 2011, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Señala el juez de primera instancia, que la reliquidación de la pensión de la actora debió efectuarse acorde con lo normado en el artículo 10 del Dto. 1160 de 1989, es decir, teniendo en cuenta para tales efectos el promedio de lo devengado en el último año de servicios – factores salariales y prestacionales, lo cual incluye entre otros la prima de antigüedad.

Que de las pruebas recaudadas, no se desprendió que la actora devengó sueldo alguno por concepto de la prima de antigüedad, ante lo cual se torna imposible la procedencia de

Rad: 003-2009-00241-01
Dte: Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

la nulidad invocada respecto del reajuste deprecado por concepto de reliquidación por la no inclusión de tal factor.

De otro lado colige el *A quo* con base en las pruebas obrantes en el expediente y teniendo en cuenta la petición de reajuste pensional establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993; reglamentado por el artículo 42 del Dto. 692 de 1994; consideró que en la Resolución No. 2737 de febrero 23 de 1989, en su artículo cuarto; ordenó deducir el 5% del valor de cada mesada pensional para servicios médico asistencial de conformidad con la Ley 4 de 1966; que de acuerdo a ello, no existe duda alguna sobre el porcentaje que le era descontado a la actora para su cobertura en salud antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que no sucede lo mismo respecto del porcentaje del 7% adicional que alega la actora se le viene descontado con posterioridad al 1 de abril de 1994, en razón a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que, si bien es cierto se encuentra probado que a la actora le asiste el derecho en tanto que la situación jurídica y fáctica que presentada la misma se adecua a lo prescrito en el art. 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Dto. 692 de 1994, también lo es que no está determinado que a la demandante se le haya realizado tales descuentos, por lo que no le surge el derecho a que se le reconozca el reajuste de su mesada con retroactividad sino únicamente a partir de la ejecutoria de la presente sentencia. (fl. 144-163)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante y la parte demandada interpusieron recurso de apelación.

Parte demandante.

En el caso sub lite, la actora pretende la revocatoria de los artículos segundo y cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia bajo el siguiente tenor:

Que se revoque el **artículo segundo**, como quiera que sin lugar a dudas el certificado de factores salariales devengado por la demandante y que fue valorado por el *a quo*, demuestra que la actora no recibía emolumento alguno por concepto de prima de antigüedad; esto obedece a las contradicciones en las informaciones suministradas por el último empleador de la demandante, toda vez que unos son los valores y factores salariales percibidos por ella en el certificado expedido por la demandada y otros son los que se desprenden del certificado expedido por la oficina de pagaduría de la DIAN de fecha 4 de agosto de 2005, que sirve de soporte para la posición reclamante de la actora.

Que este último documento fue aportado por la parte demandante al momento de agotar la vía gubernativa con la petición de reliquidación y da cuenta de los factores percibidos por la accionante, dentro de ellos aparece lo devengado por concepto de la prima de

Rad 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

antigüedad. Que es inexplicable que entre los dos certificados referidos exista una diferencia abismal, en lo concerniente a las sumas canceladas y a los emolumentos salariales que hacen parte de su haber laboral.

Así mismo advierte la Sala que la actora en su recurso solicita que el Tribunal decrete prueba de oficio con el objeto de que se le solicite a Cajanal en liquidación copia del expediente administrativo donde aparece el certificado del año 2005, adicionalmente que se solicite a la administración especial de aduanas de Cartagena aclare cuál de los dos certificados corresponde realmente a los factores salariales devengados por la señora ALBA CORONELL MORALES?

Que la apelación busca la verdad procesal sobre este punto probatorio confuso, ya que existe la convicción de que la actora sí percibió el factor salarial de marras y en consecuencia es acreedora de la reliquidación pretendida.

Ahora bien, en cuanto a la revocatoria del numeral **cuarto** de la sentencia, advierte que este se dirige contra el reconocimiento del reajuste de la pensión de la actora por la cotización en salud el cual se reconoció a partir de la mesada que se cause con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia, no obstante, a su juicio dicho reajuste debió ser retroactivo conforme lo dispone la ley.

Que el operador judicial negó la retroactividad del reajuste aduciendo que no se probaron los descuentos del 7% adicional; razón que no es de recibo, por cuanto los descuentos a salud, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tanto para los trabajadores activos, como los que gozan del buen retiro, se les aplica un 12% de descuento, con destino a la seguridad social en salud. Lo anterior, es una presunción de derecho, en la medida en que los descuentos en ese porcentaje están establecidos en esa misma normatividad del año 1993 y no hay disposición alguna dentro del ordenamiento jurídico.

Que los descuentos del 12% no deben ser probados, toda vez que estos se presumen de la misma condición de la actora, es por ello que el juez impone una carga innecesaria en consideración a que los aportes del 12% para salud se predicen del mismo goce de la pensión de la demandante. (fl. 175-178)

Parte demandada.

Solicita que se revoquen los numerales desfavorables de la parte resolutive de la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a Cajanal en liquidación de todas las pretensiones de la demanda. Para soportar dicha solicitud, trae a colación diversos pronunciamientos del Honorable Consejo de Estado, Corte Constitucional, relativos al sistema de seguridad social en salud y pensión. (fl. 166-171)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Por parte demandante.

Ratifica lo manifestado en el recurso de apelación. (fl. 202-205)

Por parte demandada.

Reitera los argumentos expuesto en el recurso de apelación. (fl. 195-198)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, toda vez que no se encontraban los elementos dialecticos que permitan su revocatoria puesto que la actora no demostró que los descuentos para su salud en pensión alcanzan un 7% adicional al 5% que le fue señalado al momento de reconocerle su pensión. (fl. 206-215)

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 28 de octubre de 2011, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la parte demandada. (fl. 192)

Luego, por auto del 25 de noviembre de 2011, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 194)

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 51618 del 02 de octubre de 2006; por medio de la cual se niega la reliquidación de la pensión de jubilación por nuevos factores salariales.

Rad. 003-2009-00241-01
Dte: Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

- Resolución No. **001751 del 21 de enero de 2009**; por la cual se resuelve el recurso de reposición que confirma la decisión inicial. Todas ellas proferidas por la entidad demandada.

Caducidad.

De acuerdo a lo dispuesto por el H. Consejo de Estado¹, sobre la presente acción no opera el fenómeno jurídico de caducidad, dado que el acto que niega la reliquidación de la pensión de jubilación puede ser demandado en cualquier tiempo.

Problema Jurídico.

Atendiendo los argumentos expuestos por cada una de las partes en el sub lite, corresponde a la Sala determinar si la señora Alba Coronel Morales tiene derecho a la reliquidación de su pensión de jubilación con la inclusión de nuevos factores salariales y el incremento por exceso de cotización en salud.

Para dar respuesta a lo descrito, el Tribunal advierte en primer lugar que el Juez de primera instancia, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, considerando que la demandante no demostró haber percibido nuevos factores salariales al momento de reconocérsele la pensión. De otro lado, determinó reconocer el incremento por exceso de cotización en salud, en la mesada pensional pero no con efectos retroactivos, sino a partir de la ejecutoria de la sentencia objeto de estudio.

Lo probado

Para la Sala se encuentra demostrado que a la señora Alba Coronel Morales le fue reconocida su pensión vitalicia de jubilación, mediante Resolución No. **02737** del 23 de febrero de 1989 con efectos retroactivos a partir del 1 de enero de 1988, por parte de la entidad demandada; así mismo para la liquidación de dicha pensión, se tuvo en cuenta el último salario devengado en el último año de servicio y una bonificación por servicios.

De otro lado, en el artículo cuarto del mencionado acto administrativo, observa la Sala que Cajanal en liquidación ordenó deducir el 5% del valor de cada mesada pensional para servicios médicos asistenciales. (fl. 10-13)

De la misma manera, se acreditó mediante Resolución No. **20482** del 19 de marzo de 1993, que la demandada reliquidó la pensión de jubilación de la actora por allegar nuevos tiempos. (fl. 14-16)

¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" C P Nicolás Pájaro Peñaranda Bogotá D C 5 de septiembre de 2002 Rad. 17001-23-31-000-1997-7051-01(1977-01) 'De acuerdo con este razonamiento debe entenderse que cuando se ataca una decisión referente a la reliquidación de la pensión, en el fondo lo que se busca es modificar el acto administrativo que previamente ha reconocido el derecho prestacional y, en ese caso, no opera el presupuesto de la caducidad de la acción de acuerdo a lo señalado en el numeral 2 artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, como equivocadamente lo interpretó el Tribunal

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Odo. Cajanal en liquidación

Reposa certificado de salario mes a mes expedido por la DIAN, de fecha 8 de mayo de 2009, donde se aprecia el valor la asignación básica mensual y la bonificación por servicios percibida por la actora en el último año de servicios. (fl. 19)

Finalmente se allegó copia de los actos acusados. (fl. 20-22 y 26-28)

Análisis del Caso.

Teniendo en cuenta que tanto la parte demandante como la parte demandada recurrieron la providencia de fecha 12 de julio de 2011, en lo que a cada una de ellas desfavorece, esta Sala encuentra pertinente estudiar cada uno de los argumentos de forma separada, para así determinar si la decisión adoptada por el *A quo* se ajustó a lo dispuesto por el ordenamiento legal.

En cuanto a la apelación de la parte demandante.

Señaló el apoderado judicial de la actora que se debe revocar el artículo **segundo** de la sentencia objeto de análisis como quiera que la ésta si percibió durante el último año de servicio **la prima de antigüedad**, tanto así que sustenta su tesis allegando con el escrito del recurso, copia de un certificado laboral expedido por el empleador, en este caso por el Jefe de Grupo de Pagaduría de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de fecha 4 de agosto de 2005, donde relaciona los conceptos que percibió la demandante entre ellos los años de 1989 y 1990 y en el que se observa que la libelista si recibió la prima de antigüedad. (fl. 180)

Pues bien, sea lo primero advertir por esta Judicatura que el certificado de referencia, no se tendrá en cuenta para su valoración como quiera que es una prueba aportada de manera extemporánea, dado que no se allegó dentro de la oportunidad procesal pertinente, por lo que, en este contexto no puede pretender el recurrente que se haga un juicio de valor sobre el contenido de ella, si ésta no cumple con los requisitos que trae el artículo 214 del C.C.A. para ser analizada en esta instancia; contrario ello, se vulneraría el derecho de defensa y debido proceso de la contraparte, toda vez que no ha tenido la oportunidad controvertir dicho documento.

Además, teniendo en cuenta que la finalidad de este certificado era que fuera cotejado con el certificado que inicialmente se acompañó a la demanda, la Sala igualmente considera que dicho documento no puede ser valorado dado que no cumple con lo dispuesto en el artículo 254 del C.P.C., puesto que el que se anexó a la demanda reposa en original, mientras que el que pretende ser valorado en esta instancia, se allegó en copia simple, circunstancia que conlleva a desestimar esta prueba; en ese sentido, aún cuando se hubiere allegado oportunamente el certificado de fecha 4 de agosto de 2005, para el Tribunal no tendría ningún valor, si dentro del proceso reposa un certificado original expedido por el empleador que determina los conceptos por factor salarial que percibió la demandante. Así mismo, se reitera que de existir cualquier duda en el contenido de ellos,

Rad 003-2009-00241-01
Die Alba Coronel Morales
Ddo Cajanal en liquidación

lo pertinente era exponerlo en la demanda que era la oportunidad procesal adecuada y de esta manera tanto la contraparte como el *A quo* emitieran pronunciamiento.

Así las cosas y de acuerdo a lo expuesto; la Sala estudiara el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, pero teniendo en cuenta los documentos aportados oportunamente y lo dispuesto en la ley.

En ese orden de ideas, en el sub lite, no se discute el reconocimiento del derecho pensional que le asiste a la actora, como quiera que éste se encuentra plenamente demostrado en el proceso con la Resolución No. **02737** del 23 de febrero de 1989 y que no ha sido cuestionado por la contraparte; sin embargo, se controvierte lo concerniente a la inclusión de los factores salariales que percibió la actora en el último año de servicio, concretamente la prima de antigüedad.

El artículo 1 de la Ley 62 de 1985, a través de la cual se modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, consagró entre otros aspectos, que las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidaría sobre los mismos factores salariales que sirvieron de base para calcular los aportes.

A su vez, el artículo 10 de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el Decreto 1160 de 1989, preceptuó la reliquidación de la pensión de jubilación, en virtud de que las Leyes 33 y 62 de 1985 no consagraron la forma de reliquidar esta prestación periódica y teniendo en cuenta que éstas son las normas aplicables al caso concreto, se resalta que la norma en cita determinó que "Los empleados oficiales a quienes se les hubiere reconocido el derecho a la pensión de jubilación y no se hayan retirado del servicio, una vez producido éste, se les reliquidará dicha prestación, tomado como base del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios".

Parágrafo- *La reliquidación de la pensión de que trata el presente artículo, no tendrá efectos retroactivos sobre las mesadas anteriores al retiro del trabajador o empleado del sector público en todos sus niveles, cuando a éstas hubiere lugar".*

En ese orden, la Sala infiere que la pensión de jubilación se reliquidara con base en todos los factores salariales que percibió el empleado durante el último año de servicio.

Ahora bien en cuanto a los factores que se deben tener en cuenta para la reliquidación de la pensión de jubilación, el Honorable Consejo de Estado ha dicho²:

"En otras palabras, en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley. Como se ha reiterado en diferentes ocasiones, la

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda C.P. Alberto Arango Mantilla Bogotá D.C. 1 de marzo de 2007 Rad 17001-23-31-000-2001-00607-01(1942-05)

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Ddo Cajanal en liquidación

Ley 65 de 1946 definió el salario o sueldo no solo como la asignación básica fijada por la ley sino como todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el empleado como retribución por sus servicios. En consecuencia, al reliquidar la pensión del demandante deberán tenerse en cuenta, como lo ordenó el Tribunal Administrativo, los factores salariales y prestacionales percibidos por el actor durante el último año de servicios”.

En pronunciamiento reciente recalcó³:

“Para la liquidación de la pensión, se tiene en cuenta la totalidad de los factores que constituyen salario, sumas que habitual y periódicamente recibe el trabajador como contraprestación por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, como son la asignación básica, gastos de representación, dominicales y festivos, prima de servicios, entre otros, más los que reciba el trabajador, que aunque no se encuentren señalados taxativamente, sean cancelados de manera habitual como retribución de sus servicios y no las sumas que se pagan ocasionalmente que cubren riesgos o infortunios a los que el trabajador se pueda ver enfrentado, naturaleza propia de las prestaciones sociales”.

En atención a lo desarrollado, se concluye entonces que para liquidar la pensión se deben tener en cuenta todos los factores salariales que perciba el trabajador como contraprestación de sus servicios, indistintamente que no se encuentren señalados taxativamente en la ley.

En esa medida aterrizando al caso bajo estudio, al revisar el certificado de salario mes a mes expedido por la DIAN (fi. 19), claramente aprecia la Sala que la actora en ningún momento percibió en su salario prima de antigüedad como factor salarial, por lo que, mal haría esta judicatura en ordenar la reliquidación de su pensión de jubilación, con la inclusión de éste factor salarial si ésta no recibió dicha prestación.

Así las cosas, comparte la Sala la decisión adoptada por el Juez de primera instancia que resolvió negar esta reliquidación, dado efectivamente dentro del presente asunto, no está demostrado que la demandante percibió por concepto de salario la llamada prima de antigüedad. En ese sentido se confirmará la decisión relativa a este cargo.

En cuanto a la apelación de la parte demandada.

Ahora bien la parte demandante igualmente solicita la revocatoria del numeral **cuarto** de la sentencia recurrida en el sentido que se ordene el reajuste de la pensión de jubilación de la actora con el incremento por exceso de cotización por salud consagrado en el artículo

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "A" C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Bogotá D.C. 7 de octubre de 2010 Rad. 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07)

Rad 003-2009-00241-01
Dte Alba Coronel Morales
Ddo Cajanal en liquidación

143 de la Ley 100 de 1993, pero con efectos retroactivos y no como lo ordenó el juez de primera instancia.

Por su parte y como quiera que éste reconocimiento desfavorece a la parte demandada, ésta a su vez solicita la revocatoria de dicho numeral y en su lugar se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

Es por lo anterior que la Sala en este caso estudiara los argumentos de cada parte, dado que se refieren al mismo punto de controversia. Veamos:

El artículo 143 de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", preceptúa:

"ARTÍCULO 143. REAJUSTE PENSIONAL PARA LOS ACTUALES PENSIONADOS. A quienes con anterioridad al 1o. de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, tendrán derecho, a partir de dicha fecha, a un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de la aplicación de la presente Ley.

La cotización para salud establecida en el sistema general de salud para los pensionados está, en su totalidad, a cargo de éstos, quienes podrán cancelarla mediante una cotización complementaria durante su período de vinculación laboral..." (Resaltado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 42 del Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993", dispone:

"ARTÍCULO 42. Reajuste pensional por incremento de aportes en salud. A quienes con anterioridad al 1° de enero de 1994 se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez, o sobrevivientes, y a quienes sin haberles efectuado el reconocimiento tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos, tendrán derecho a partir de dicha fecha a que con la mesada mensual se incluya un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, las entidades pagadoras de pensiones procederán a efectuar el reajuste previsto en este artículo por la diferencia entre la cotización que venían efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% que rige a partir de abril de 1993, o la que se determine cuando rija la cobertura familiar, sin exceder del 12%. En el caso del ISS, en donde ya existe la modalidad de medicina familiar para los pensionados, el reajuste se hará por la diferencia entre el 3.96% que venían aportando los pensionados, y el 12% de la cotización con cobertura familiar..." (Resaltado fuera de texto)

Rad 003-2009-00241-01
Dte. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

De lo anterior se desprende que el reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para la salud obedece cuando; (a) Exista el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación, invalidez, sustitución o sobreviviente, con anterioridad al 1º de enero de 1994 (b) A quienes sin haberles efectuado el reconocimiento para la referida fecha, tuvieran causada la correspondiente pensión con los requisitos formales completos.

De conformidad con lo precedido en el caso bajo estudio, al revisar el plenario probatorio, observa la Sala que a la demandante se le concedió su pensión de jubilación antes del primero (1º) de enero de 1994, pues la misma se reconoció por parte de la demandada a través de la Resolución No. No. **02737 del 23 de febrero de 1989**. En ese sentido, a diferencia de lo considerado por Cajanal en liquidación, la demandante si tiene derecho al reajuste contemplado en la norma de referencia, como quiera que cumple con los requisitos que dispuso dicha ley para conceder este beneficio, circunstancia que conlleva a esta judicatura a ordenar el reajuste de la prestación periódica de referencia, pues está demostrado que la Resolución de fecha 23 de febrero de 1989, que otorgó la pensión a la actora ordenó deducir el 5% de su mesada pensional para los servicios médicos asistenciales conforme a la Ley 4 de 1966.

No obstante, con posterioridad a esta última norma el legislador modificó este porcentaje, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo que a partir del vigor del nuevo sistema de seguridad social en salud -artículo 204-, las cotizaciones se incrementaron, sin perder de vista que las cotizaciones efectuadas con anterioridad se surtieron legalmente, dado que se realizaron conforme a los lineamientos expuestos por el ordenamiento legal vigente en aquel momento.

En aras de contrarrestar dicho incremento, el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, previó un reajuste mensual equivalente a la elevación en la cotización para salud que resulte de su aplicación, por lo tanto, las mesadas pensionales de la demandante debieron ser reajustadas en el mismo porcentaje del incremento de dicha cotización, a fin de compensar el desmedro económico que sufriría su prestación con motivo del incremento del descuento en salud.

En el presente caso se evidencia que fue solicitado a la entidad demandada el reajuste de la pensión de jubilación, por exceso en la cotización en salud contemplado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, petición que fue resuelta por la entidad de forma negativa en la Resolución No. 51618 del 02 de octubre de 2006 y confirmada en la Resolución No. 01751 del 21 de enero de 2009.

De manera que contrario a lo sostenido por la entidad demandada, a la pensión de jubilación reconocida a la demandante le es aplicable el reajuste consagrado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, y el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, toda vez que antes de la entrada en vigencia del actual régimen, la demandante ya había adquirido su pensión de jubilación y se encontraba en disfrute de la misma, y por ende a diferencia de lo considerado por el Juez de Primera instancia, la actora tenía derecho a partir de dicha

Rad 003-2009-00241-01
Dña. Alba Coronel Morales
Ddo. Cajanal en liquidación

fecha a que su mesada pensional se le incluyera el reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993, dado que esta modificación se aplicó de pleno derecho con la entrada en vigencia de la mencionada ley. Ahora bien este reconocimiento se efectuara teniendo en cuenta las prescripciones causadas en su mesada pensional.

Cabe hacer énfasis en que el Tribunal siguiendo los argumentos expuestos en el recurso de la demandada, referente a que ésta ya había realizado el incremento legal sobre la mesada pensional de la demandante, mediante providencia adlada 26 de noviembre de 2012 (fl. 229-230), a fin de esclarecer este punto dudoso, para de esta manera proteger el patrimonio de la Nación, y así evitar una condena que conllevara a un doble incremento en la mesada pensional de la actora; le solicitó a Cajanal en liquidación que certificara si efectivamente reajustó la pensión de la actora con base en lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y en qué porcentaje realizó dicho reajuste.

Sin embargo la demandada nunca allegó al proceso lo solicitado por la Corporación, pese a reposar la constancia de envío del oficio por parte de la demandante y de haberse requerido para ello con posterioridad.

En ese sentido, en virtud de que a la demandada le correspondía demostrar este supuesto de hecho, a juicio de esta judicatura y en aras de evitar la ruptura del equilibrio entre las partes, por cuanto, el proceso se encuentra a la espera de una decisión que ponga fin al proceso, la actuación omisiva de la demandada conlleva a determinar que dicho reajuste nunca se llevó a cabo por este concepto, por lo que de acuerdo a lo hasta aquí analizado, resulta necesario ordenar el reajuste a partir de la vigencia de la norma que lo ordena, solo que las diferencias que se generen por el incremento se pagaran a partir del 30 de mayo de 2003, como quiera que la petición de la actora se presentó el día 30 de mayo de 2006 (fl. 17), por lo que los incrementos causados en la mesada pensional de la actora con anterioridad al año 2003 se encuentran prescritos por no haberse solicitado previamente.

En ese orden, ante la violación de la norma por los actos acusados, la Sala procederá a modificar el numeral cuarto de la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a la demandada reajustar la pensión de jubilación de la actora a partir del 1 de abril de 1994 y no con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia como inicialmente lo consideró el juez de primera instancia.

En esa medida la Sala confirmara en lo demás la sentencia adiada 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones esgrimidas.

Cabe advertir que no se condenará en costas de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta de la demandada, al asumir una conducta que obedece única y exclusivamente al ejercicio de su derecho de defensa.

Rad: 003-2009-00241-01
Dte: Alba Coronel Morales
Ddo: Cajanal en liquidación

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de 12 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

“**Cuarto:** Como consecuencia de la anterior nulidad y a título de restablecimiento del derecho, ordenase a la Caja Nacional de Previsión Social, reajustar la pensión de la señora Alba Coronel Morales en un porcentaje equivalente al 7% de tal forma que se compense el incremento del 5% al 12% en la cotización a salud, ordenado por la Ley 100 de 1993, reajuste que se aplicará a partir de la vigencia de la norma que lo ordena. sin embargo las diferencias que se generen se pagaran a partir del 30 de mayo de 2003, como quiera que la diferencia en las mesadas causadas con anterioridad se encuentran prescritas”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de referencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Sin condena en costas.

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

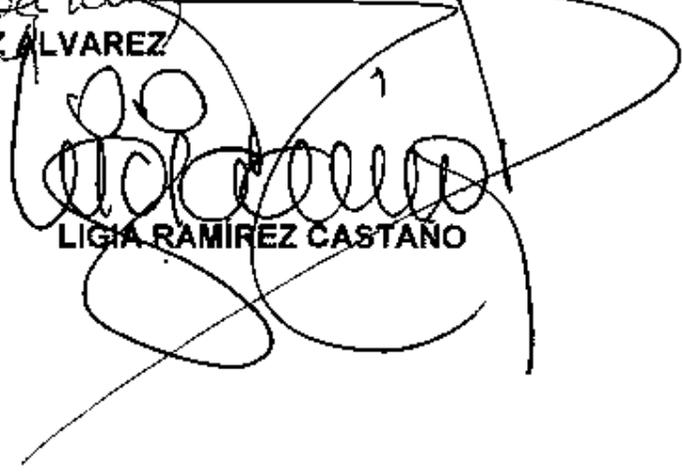
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



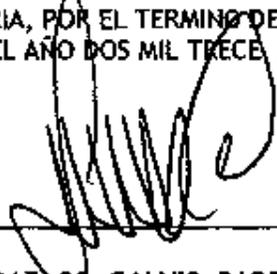
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1332
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: SARA LUCIA VERGARA DE MEZA
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2008-00006-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TREINTA Y UNO(31) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE 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 DECISIÓN No. 2

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Clase de Acción : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicación : **13-001-33-31-003-2008-00006-01**
Demandante : **SARA LUCIA VERGARA DE MESA**
Demandado : **MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO BOLÍVAR**
Tema : **Contrato realidad.**

Procede la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante Acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado, contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

(...)

PRIMERO: Que se declare LA NULIDAD del Acto Administrativo sin número de oficio de fecha enero 8 de 2008, por la cual el Alcalde del Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar negó las pretensiones que se formularon el día 18 de diciembre de 2007 presentada a favor de mi mandante, para que le conceda el derecho al pago de los sueldos adeudados y prestaciones sociales que se encuentran establecidas para los empleados públicos.

SEGUNDO: Declarar que mi mandante tuvo desde el momento de su vinculación una relación laboral con el demandado que le dio carácter de trabajador del Estado en el cual no ha operado el fenómeno de solución de continuidad.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores y a título de restablecimiento del derecho se condene al Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar a pagar a favor de mi

poderdante las prestaciones sociales que se encuentran establecidas para los empleados públicos a partir de la vigencia de la resolución No. 006 – 2 de febrero de 3 de 2003.

CUARTO: Condenar al demandado a favor de mi poderdante el pago de los sueldos de los meses de 11 días del mes de octubre de 2003, noviembre y diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero de 2005 a enero de 2006 y cinco días del mes de febrero de 2006, mas indemnización por falta de pago, el incumplimiento del IPC, el pago de 2 años 5 días de prestaciones sociales a su tiempo de servicio 12 % de intereses de cesantías un día de salario por cada día de retardo por el no pago de cesantías auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de navidad, vacaciones remuneradas, primas vacacionales subsidio familiar, dotación de calzado y vestido aporte por salud y pensión incremento por cargo desempeñado a que tenga derecho a que se haya causado conforme de acuerdo a la condición acreditada por mi poderdante.

QUINTO: Declarar que todo el tiempo servido por mi poderdante en su calidad de portera, en la Institución Educativa de Talaigua Nuevo sede Colegio Departamental Mixto de Bachillerato Talaigua Nuevo tiene efector (sic) legales para la liquidación de cesantías y pensión.

SEXTO: Condenar al demandado para que sobre las sobre (sic) las sumas que resulte condenado (sic) a pagar a mi poderdante, le reconozca pague las sumas necesarias para hacer los ajustes al valor, conforme al índice de precios al consumidor de conformidad con lo dispuesto en el art. 178 del C.C.A.

SÉPTIMO: Condenar al demandado si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el art. 176 del C.C.A a reconocer y pagar a favor de mi mandante los intereses comerciales durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después del termino de seis meses conforme lo dispone el art 177 C.C.A.

*OCTAVO: Condenar al pago de costas del proceso en especial la labor en derecho.
(...)*

HECHOS

El apoderado judicial de la parte demandante, funda su demanda en los hechos que se relacionan a continuación:
(...)

“PRIMERO: Mi poderdante fue vinculada por el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, en el cargo Agente Educativo, en el corregimiento de Caño Hondo, doble jornada, desde el día primero de junio de 2000 hasta el día 30 de noviembre de 2002 mediante contratos sucesivos de supemumerario celebrados en forma irregular por parte del mencionado municipio, cuyos contratos exceden el termino de 3 meses que iniciaron desde el día 1 de junio de 2000 hasta el día 30 de noviembre de 2002, cancelando el municipio los sueldos

únicamente los sueldos durante todo el tiempo laborado por mi poderdante, adeudándole hasta la fecha las prestaciones sociales causadas con esta contratación.

(...)

En razón de lo anterior, se presentó demanda administrativa de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que cursa en el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, solicitando se anule el acto administrativo que negó el pago de las prestaciones sociales causadas a la accionante.

Seguidamente la demandante manifiesta lo siguiente:

(...)

Vencido el último contrato de supernumerario el municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, le renova (sic) por un contrato de orden de prestación de servicio O.P.S mediante resolución No. 006-2 de fecha febrero 3 de 2003 con un término de 2 años en el cargo de portera con un salario inferior al salario mínimo legal en la Institución Educativa de Talaigua Nuevo Bolívar, cede del Colegio Departamental Mixto de Bachillerato.

El alcalde municipal tenía conocimiento que mi representada no venía siendo vinculada con el municipio con órdenes de prestación de servicios si no como supernumerario, le renovó el contrato por el de O.P.S y envió la documentación al Departamento de Bolívar mediante la Ley 715, pretendiendo asignarle la carga administrativa al Departamento de Bolívar a partir de la resolución de O.P.S expedida por el Alcalde Municipal.

El departamento cancelo los sueldos de enero y febrero de 2003, mientras estudiaba la documentación enviada por parte del municipio de Talaigua Nuevo para evaluar la posible vinculación transitoria de mi representada, los sueldos de los meses de marzo a octubre de 2003, los cancelo el Departamento de Bolívar a través de una conciliación prejudicial mediante resolución No. 1734 de 2004 emanada de la Gobernación de Bolívar, previa certificación del servicio prestado expedido por el rector de la institución educativa donde mi representada presto sus servicios.

El Departamento de Bolívar dejo de cancelar los sueldos de los meses de octubre de 2003 hasta julio de 2005, siendo muchos los requerimientos ya que en reiteradas ocasiones mi representada le solicito a estas dos entidades públicas la cancelación la cancelación de sus salarios pero estas siempre hicieron caso omiso y le respondieron negativamente, cuando se dirigió al Alcalde Municipal este le respondió que el pago de sus sueldos le corresponde al Departamento de Bolívar ya que de acuerdo a lo preceptuado por la ley 715 es el departamento quien debe pagar esas mesadas ya que le fue asignada la carga administrativa argumentando que el departamento cancelo las mesadas anteriores.

Luego mi representada se dirigió a la Secretaria de Educación Departamental a través de un derecho de petición solicitando el nombramiento en provisionalidad, el día 12 de julio de 2004 procede el Departamento de Bolívar por medio de la Secretaria de Educación a dar respuesta al derecho de petición, negándole la solicitud de vinculación a mi patrocinada en virtud de no reunir los requisitos exigidos por la ley 715 ya que su vinculación fue mediante la figura de supernumerario.

SEGUNDO: Por lo anteriormente expuesto mi representada estaba muriendo de hambre por el no pago de sus salarios y en vista que el departamento y el municipio argumentaban

diferentes razones para exonerarse del pago de los salarios por los servicios prestados por mi poderdante esta (sic) me facultó para que iniciara una Acción de Tutela contra ambas entidades solicitando se le protegiera a mi patrocinada el derecho fundamental del mínimo vital y móvil, el pago oportuno, para la cancelación de estas mesadas, dando como resultado fallo de (sic) negatorio. Cabe resaltar que el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar a través de fallo de tutela emanado del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena Sala de Decisión Laboral de fecha enero 24 de 2006, cancelo estas mesadas a otro accionante señor Vicente Ortiz Soraca, que se encuentra en la misma condición acreditada por mi representada.

TERCERO: Que mi poderdante ha seguido personalmente en la prestación del servicio en forma continuada a partir del contrato de Supernumerario sin número, de fecha 1 de junio de 2000 hasta la nueva resolución No. 024 de febrero 6 de 2006 donde se termina mediante acto administrativo su vinculación.

El municipio ha dejado de cancelar los sueldos de los meses de 11 días del mes de octubre de 2003, noviembre y diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero de 2005 a enero de 2006, cinco días del mes de enero de 2006.

CUARTO: Durante todo el tiempo en que mi poderdante ha estado al servicio de la administración de manera continuada en el corregimiento de Caño Hondo en el cargo de portera en el establecimiento educativo en el cual fue ubicada en el Municipio de Talaigua Nuevo, ha estado personalmente en la prestación del servicio, encontrándose subordinada a la autoridad del demandado y a las autoridades administrativas de esta administración y del establecimiento educativo donde prestó sus servicios.

El demandado no procedió en este caso en la aplicación y efecto de desconcentración de funciones ordenadas por la ley 29 de 1959, si no en función de su propia potestad y por iniciativa propia usando para los pagos recursos del presupuesto municipal el cual lo hace único responsable.

QUINTO: Con fecha diciembre 18 de 2007, en nombre de mi poderdante solicite al demandado que en aplicación de las normas constitucionales y legales se les reconocieran los sueldos de los meses laborados, los derechos prestacionales y medico asistenciales que le corresponden en su condición de portera aseo en planteles educativos (sic) del Municipio de Talaigua Nuevo, su estatus de empleado público.

El demandado respondió negativamente la solicitud antes mencionada mediante escrito de fecha enero 8 de 2008. Sin número de oficio, el cual constituye el acto administrativo cuya nulidad se demanda.

SEXTO: Que no hay prescripción o caducidad de los derechos laborales reclamados por mi poderdante ya que los sueldos reclamados y las prestaciones sociales causadas se hicieron exigibles a partir de la resolución No. 024 de febrero 6 de 2006 fecha que aún no ha prescrito.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante considera como violadas las siguientes disposiciones normativas

- Constitución Nacional: en sus artículos 6,13,25,53, y 315
- Ley 5ta de 1978: en su artículo 83
- Ley 29 de 1989: en sus artículos 9,10
- Ley 715 de 2001: en sus artículos 22,23,24,25,34,57,59,61,65,127,158,151
- Ley 100 de 1993
- Ley 50 de 1990
- Ley 712 de 2001
- Decreto 1042 de 1978
- Decreto 1590 de 1993: en sus artículos 3,8,13,
- C.S.T: En sus artículos 25,50
- Sentencia C-401 de 1998 Corte Constitucional

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante formuló los siguientes cargos de infracción:

(...)

La primera petición de esta demanda esto es la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual el demandado negó las pretensiones formuladas, es correlativa con el primero de los hechos enunciados en este escrito, es decir la actuación irregular del demandado mediante la utilización indebida de la vinculación del personal supernumerario para disfrazar la contratación y esconder la relación laboral para exonerarse del pago de las prestaciones sociales de mi representado violando la ley 5ta de 1978 y el decreto 1042 de 1998, y teniendo en cuenta que mi patrocinado siguió siendo contratado por esta entidad quien se benefició con la prestación de sus servicios.

Que mi mandante fungió en plantel o institución educativa que depende en la actualidad del Municipio de Talaigua Nuevo y aun después de haberle renovado el contrato cambiándole la denominación por el de orden de prestación de servicios, extralimitándose de sus funciones en busca del ahorro administrativo al pretender asignarle las carga administrativa al Departamento de Bolívar violando lo preceptuado por la ley 715 y después de cancelar los sueldos de estas contrataciones y de dar por terminada la vinculación ahora pretende desconocer sus derechos laborales.

(...)

Más adelante plantea lo siguiente:

(...)

El demandado que con fundamento en el orden legal debió establecer con mi mandante una relación legal y reglamentaria, pues existe una diferencia de importancia indubitable entre vincular a un ciudadano al servicio en un cargo público y de otra parte establecer un vínculo contractual entre el estado y una persona natural.

Las funciones públicas de carácter permanente asignadas por la ley a los cargos públicos solo las puede ejercer una persona natural, un trabajador que para ello debe desarrollar

personalmente el servicio, bajo una continuada subordinación y recibe una paga periódica. A diferencia de ello las actividades que se asignan por parte del Estado a una persona natural o jurídica por mediante contrato de supernumerario, tiene las siguientes características legales: A) Dichas funciones deben estar previamente detalladas en la ley o reglamento. B) cargos temporales que la administración vaya a proveer, deberán estar previamente apropiados por el presupuesto correspondiente, y las partidas deben estar disponible.

Así el contratista tiene una relación contractual constituida por: A) La autonomía en el desempeño de la función contratada. B) Ausencia de dependencia o subordinación administrativa de la función contratante. C) Recibe en pago solo lo pactado como valor del contrato, sin que ello implique por mandato legal prestaciones sociales.

(...)

2. LA DEFENSA

El apoderado judicial de la entidad demandada no contestó la demanda dentro de la oportunidad legal establecida para ello.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dictó sentencia el 14 de febrero de 2012, denegando las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión adoptada el A Quo adujo:

(...)

Pues bien, de acuerdo a la relación de pruebas documentales aportadas por la parte demandante, se evidencia que la totalidad de ellas se armaron al proceso en copias simples.

Dado lo anterior, es menester señalar que dichas copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

Seguidamente manifiesta lo siguiente:

(...)

Las copias aportadas por la parte demandante carecen de valor probatorio, porque, en tratándose de copias de documento público, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentra la diligencia de autenticación.

Bajo ese derrotero, se precisa que, el principio de la carga de la prueba es una obligación impuesta por la ley para que sean las partes las que prueben lo alegado, en este caso particular para el demandante, lo primero que debía probar era precisamente las existencia

de las ordenes de prestación de servicios suscritas con el municipio de Talaigua Nuevo, para posteriormente, desvirtuar la mera relación contractual y demostrar la relación laboral subyacente que emanó de la misma.

Sin embargo, nótese que las pruebas de los aludidos contratos de prestación de servicios no fueron allegadas con el ritual probatorio que la norma procesal civil exige para esta clase de pruebas documentales.

Y es que, no podría esta judicatura desconocer la incorporación efectuada por el ordenamiento procesal administrativo en materia probatoria respecto de las normas del C. De P. C., pues, también en los procesos de esta jurisdicción opera el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del mencionado código, de conformidad con el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, esto es, que no basta con afirmar en la demanda la existencia de una responsabilidad de la entidad demandada por incumplimiento de las obligaciones y deberes legales a su cargo, para que el juez profiera una condena en su contra; si no que se exige, como requisito sine qua non, que la parte actora aporte al proceso las pruebas necesarias para acreditar las afirmaciones que hizo en su demanda y que le permiten el reconocimiento de los derechos conculcados con el actuar de la administración.

En consecuencia, las copias aportadas por la actora carecen de valor probatorio, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro del presente proceso judicial, por cuanto que , las mismas deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia del 14 de febrero de 2012, alegando que:

(...)

No compartimos la decisión adoptada en la primera instancia debido a que el juez al proferir el fallo violó el debido proceso, incurrió en una indebida valoración de las pruebas tanto documentales, como testimoniales. Con la calificación dada a las pruebas no se obtuvo el resultado esperado al no haber sido aplicado el sistema de la sana crítica que debe preceder teniendo en cuenta la oportunidad y legalidad de cada prueba; incurrió también el juez en una vulneración por omisión en decreto oficioso de pruebas que debió garantizarse.

(...)

Seguidamente el apelante manifiesta lo siguiente:

(...)

Al valorar las pruebas aportadas y la prueba testimonial practicada encontramos demostrados los tres elementos de la relación laboral esto es la prestación personal del servicio, probado lo anterior mediante certificaciones del servicio prestado expedidas por el rector de la institución educativa donde se prestó el servicio de fechas 9 de agosto de 2004 y 9 de agosto de 2005 y reconocidas tales certificaciones por el rector de la institución en la prueba testimonial practicada de fecha 21 de septiembre de 2011, el certificado del servicio

prestado de fecha 17 de marzo de 2004 expedida por el secretario ejecutivo de la secretaria general de la Alcaldía Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar.

Con esta documentación sumada a la prueba testimonial quedó demostrado la prestación personal del servicio que dichos contratos fueron ejecutados, además opera en el expediente un certificado expedido por la jefe de presupuesto Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar, de fecha 6 de julio de 2004 que prueba el elemento remuneración e indica además que mi representada se le cancelaba el rubro de educación.

(...)

Finalmente el apelante manifiesta:

(...)

En el caso planteado las copias informales de los contratos de Supernumerario O.P.S fueron de pleno conocimiento de la entidad demandada sin que esta cuestionara de manera alguna total o parcialmente su autenticidad y contenido en el transcurso del proceso, por lo tanto las copias de los contratos adquirieron plena validez probatoria para cursar en el expediente bajo presunción de autenticidad.

El juez de primera instancia cerceno sin justificación Constitucional valida el principio de autenticidad, una autenticidad que bajo tal presupuesto le correspondía desvirtuar total o parcialmente era a la entidad demandada, situación que no ocurrió en este proceso y que fue tenida en cuenta en la providencia apelada.

De lo anterior se concluye que en tanto la copia informal de los contratos de supernumerario y la resolución de O.P.S fueron de pleno conocimiento de la entidad demandada debido a que en el acto de notificación se le dio traslado de la demanda con todos sus anexos al ente demandado como consta en el expediente.

(...)

5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 14 de enero de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante (fl 240).

Por auto del 22 de marzo de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl.264).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Alegatos de la parte demandante:** la parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.
- **Alegatos de la parte demandada:** el apoderado judicial de la entidad demandada no presentó escrito de alegatos de conclusión.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de febrero de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

ACTO ACUSADO

Oficio del 8 de enero de 2008, mediante el cual, el Alcalde del Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales solicitadas, por la señora Sara Lucia Vergara de Meza. (Fls.15).

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si en este caso, está demostrada la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, que conlleve a la nulidad del acto acusado y al reconocimiento de las prestaciones pedidas; o si por el contrario, la parte demandante no cumplió con la carga procesal de probar los supuestos de hecho y de derecho invocados en la demanda, como lo consideró el A quo.

Además de lo anterior se deberá establecer, si de existir la obligación de reconocer y pagar a la demandante las prestaciones solicitadas, le correspondería al municipio demandado cancelarlas.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente manera:

*“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o***

dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.-

“Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.-

*“En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.**”* (Negritas fuera de texto)

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la **subordinación o dependencia** respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación:

“...si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de

*cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.***” (Negrillas fuera de texto).

No obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de junio de 2005, expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98), reiterando la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)”-

“De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.-

*“La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral **por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:(...)-***

“Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, (...).” (Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

La Sala ha hecho prevalecer entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba. Así, **cuando se**

logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el período realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.²

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demandada, se ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.³

En uno de los pronunciamientos más recientes de la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, sentencia del 4 de mayo de 2010, Rad. 1413-08, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se señaló en cuanto a la configuración del contrato realidad, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, desentrañando la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.

Por otra parte en lo referente a la vinculación laboral bajo la modalidad de supernumerarios, esta fue reglada mediante el Decreto 1042 de 1978, que estableció el sistema de clasificación, nomenclatura y escalas de remuneración de los empleos de los ministerios,

² Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección "A", sentencia 17 de abril de 2008 Rad No 2776-05 C P Dr Jaime Moreno García, Sentencia del 17 de abril de 2008 Rad No 1694-07 C P Dr Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 31 de Julio de 2008 C P Dr Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 14 de agosto de 2008 C P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

³ Sentencia del 6 de marzo de 2008 Rad No 2152-06. C P Dr Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrá vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

La vinculación se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestaran los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse”.⁴

De lo anterior se puede establecer que la vinculación de los supernumerarios solo se lleva a cabo cuando se presentan vacancias temporales por licencia o vacaciones de los empleados titulares, o cuando exista la necesidad de desarrollar actividades netamente transitorias, lo cual no implica la desvinculación ni el desplazamiento de los funcionarios de carrera administrativa.

Las actividades que desarrollan los supernumerarios en virtud de este tipo de nombramiento, corresponden a aquellas que temporal o transitoriamente no pueden ser atendidas por los titulares o por la entidad por no estar establecido en su desarrollo normal y cotidiano.

No obstante lo anterior la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso tercero y el 5 del artículo 83 citado, mediante sentencia C-401 de 19 de agosto de 1998, con ponencia del Doctor Vladimiro Naranjo Mesa el cual manifiesta lo siguiente.

(...)

En cuanto al reconocimiento de prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que laboren por lapsos inferiores a los tres meses, determinada por el inciso 5° de la norma ahora bajo examen, la Corte encuentra que ella no se ajusta al régimen constitucional vigente a partir de 1991, régimen que no sólo reconoce que el derecho al trabajo es fundamental por constituir un valor inherente a la naturaleza humana, sino que en la

⁴ Los apartes subrayados de este artículo fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998, Magistrado Ponente Dr Vladimiro Naranjo Mesa.

efectivización de este derecho, así como de los demás de este mismo rango, funda la legitimidad del Estado mismo. En tal virtud, el constituyente, en el artículo 25 superior, prescribió que el trabajo goza de la especial protección del Estado y reconoció que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Pero, avanzando aún más en la protección de este derecho fundamental, en el artículo 53, con el objetivo de garantizar aquellas condiciones dignas y justas de cada trabajo particularmente considerado, definió los principios constitucionales rectores de la protección estatal al trabajo. Así, indicó que tales principios eran el de igualdad de oportunidades para los trabajadores, el de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; el de estabilidad en el empleo; el de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; el de las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; el de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; el de garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y el de protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

**24. Para esta Corporación el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la Administración Pública, resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales, y a la justicia que debe presidir dichas relaciones. En efecto, desconoce, en primer término, el principio de igualdad de oportunidades, por cuanto el hecho de que la vinculación sea transitoria, no es óbice legítimo para establecer diferencias frente a aquellos servidores públicos vinculados permanentemente a la Administración. Esta desigualdad en el trato, no se justifica por ningún objetivo de rango constitucional que pudiera perseguirse a través de ella. La Corte no encuentra en ella nada distinto de un mecanismo para reducir la carga prestacional de la Administración, que no justifica el desconocimiento general del principio de igualdad.
(...).”**

El nuevo orden constitucional eleva a la categoría de derecho fundamental el trabajo y no solo el derecho sino su plena efectividad, lo cual permite que los empleados que desarrollan su actividad mediante una vinculación temporal como supernumerarios, puedan acceder a los mismos privilegios de quienes se vinculan permanentemente al servicio del Estado.

MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Observa la Sala de decisión que en el presente caso se encuentran en el expediente las siguientes pruebas, que permitirán resolver de fondo la cuestión litigiosa:

1. Reclamación administrativa o agotamiento de la vía gubernativa de fecha diciembre 18 de 2007. (fl. 13 y 14).
2. Acto administrativo de fecha enero 8 de 2008 (fl. 15).

3. Copia simple de los contratos de Supernumerario suscritos entre la administración Municipal y la accionante en las siguientes fechas:
 - Contrato con vigencia de fecha junio 1 al 30 de septiembre de 2000. (fl. 16).
 - Contrato de supernumerario con vigencia de octubre 2 al 31 de diciembre de 2000 (fl. 17).
 - Contrato de supernumerario con vigencia de febrero 1 al 30 de junio de 2000 (fl. 18).

4. Copia simple de los contratos de prestación de servicio suscritos entre la administración y la accionante en las siguientes fechas:
 - Contrato de prestación de servicios con vigencia de febrero 1 hasta el 30 de abril de 2002 (fl. 19).
 - Contrato de prestación de servicios con vigencia de mayo 2 hasta el 31 de julio de 2002 (fl. 20).
 - Contrato de prestación de servicios con vigencia de agosto 1 hasta el 30 de noviembre de 2002 (fl. 20).

5. Copia simple de la Resolución No. 0006 - 2 de fecha 3 de febrero de 2006, por medio de la cual, se autoriza la prestación de un servicio de un funcionario administrativo en provisionalidad (fl. 22).

6. Copia simple de la documentación enviada al Departamento de Bolívar de docentes Municipales y administrativos cobijados por la Ley 715 de 2001, O.P.S y la relación de nómina del mes de marzo de 2003, por parte de la Alcaldía Municipal de Talaigua Nuevo de fecha 25 de marzo de 2003 (fl. 23 al 32).

7. Copia simple de la Resolución No. 1734 de 2004, por medio de la cual el Departamento de Bolívar, le cancelo honorarios a varios contratistas entre los cuales, figuraba la demandante (fl. 36).

8. Copia simple de certificado laboral expedida por el secretario ejecutivo de la Secretaria General de la Alcaldía de Talaigua Nuevo de fecha 17 de marzo de 2004 (fl. 36).

9. Copia simple de certificaciones de servicio prestado como auxiliar de servicios generales expedida por el rector de la Institución Educativa de Talaigua Nuevo Bolívar sede Colegio Departamental Mixto de Bachillerato (fl 37 al 39).

10. Copia simple de la Resolución No. 024 de 2006, por medio del cual, se da por terminado todo contrato celebrado entre la actora y el municipio demandado.

11. Testimonio de los señores Lucio Bravo Quevedo, José Antonio Guerrero Canedo Y Juan Mancera Quiroz de fecha 21 septiembre de 2011.

ANÁLISIS DEL CASO

En el caso presente se tiene, que la parte demandante reclama el pago de once (11) días de sueldo del mes de octubre de 2003, noviembre y diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero de 2005 a enero de 2006 y cinco días del mes de febrero de 2006, mas indemnización por falta de pago, el incumplimiento del IPC, el pago de 2 años 5 días de prestaciones sociales a su tiempo de servicio, 12 % de intereses de cesantías, un día de salario por cada día de retardo por el no pago de cesantías, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de navidad, vacaciones remuneradas, primas vacacionales subsidio familiar, dotación de calzado y vestido, aporte por salud y pensión incremento, por cargo desempeñado.

Fundamenta así el cargo formulado contra el acto administrativo negativo ficto demandado, en que el municipio no le ha reconocido dichos sueldos y prestaciones.

Pues bien el fallo de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, por considerar que no tenían valor probatorio los documentos que en copia simple reposan en el plenario; sin embargo si bien no resulta de recibo el argumento del apelante al afirmar que el a quo desconoció su deber de decretar pruebas de oficio, ello solo tiene operancia respecto de puntos dudosos y no para relevar de la carga de la prueba a quien acciona.

No obstante, en el caso concreto la parte demandada no contesto la demanda y en esa medida resulta aplicable el precedente jurisprudencial surgido con posterioridad a la sentencia que se revisa, cuyos fundamentos tienen fuerza vinculante por constituir un criterio unificado de la corporación de cierre, en lo atinente a la valoración de las pruebas que reposan en copia simple en el expediente.

Precisó la jurisprudencia lo siguiente:

“Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por tanto en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.”

Así las cosas se reconocerá merito a la prueba documental aportada en la demanda, en virtud de las consideraciones anteriores.

Ahora bien, hechas las anteriores precisiones esta Sala resalta lo siguiente:

En el presente asunto es oportuno destacar que la actora fue vinculada en provisionalidad mediante la Resolución No. 006 de 2003, en cumplimiento de la ley 715 de 2001 según se desprende de sus considerandos, además venía prestando sus servicios como agente educativo desde antes del 1 de noviembre del año 2000, fecha en la cual se encontraba contratada primeramente como supernumerario y posteriormente con contratos de prestación de servicios, los cuales se efectuaron de manera sucesiva, situación que en principio permite inferir a esta Sala la existencia de una relación laboral entre la actora y la entidad demandada, analizando especialmente la naturaleza de labor desempeñada, los mencionados contratos aportados, las certificaciones laborales que reposan en el expediente y los testimonios obrantes en el plenario, los cuales evidencian la existencia de los tres elementos esenciales la relación laboral como son la subordinación, la prestación personal y la contraprestación.

En este orden de ideas, debe precisarse que la mencionada situación la hacia beneficiaria de los preceptos de la Ley 715 en lo atinente a la vinculación en provisionalidad a que se refiere el artículo 38 de misma ley, y la cual fue efectuada por el municipio como se evidencia en la documentación enviada al Departamento de Bolívar.

No obstante lo anterior; y partiendo de la premisa normativa citada en el párrafo precedente esta Sala evidencia que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva con respecto al demandado, esto teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 715 de 2001, el cual dispone que: *“A partir del año 2002 quedan certificados en virtud de la presente ley los departamentos y los distritos. Durante dicho año se certificarán los municipios mayores de 100.000 habitantes, los municipios que a la vigencia de la presente ley tengan resolución del Ministerio de Educación Nacional que acredite el cumplimiento de los requisitos para la certificación y aquellos que cumplan los requisitos que para la certificación señale el Gobierno Nacional.(...)”*

En el inciso cuarto de la misma disposición, se señaló:

“a partir del año 2003 quedan certificados todos los municipios mayores de 100.000 habitantes.”

En efecto la Ley 715 de 2001 a través de la cual se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud entre otros, estableció que a partir de su vigencia, los Departamentos y subsidiariamente la Nación, debían proceder a certificar a los municipios que cumplieran con los requisitos para asumir la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones, introducido por esa preceptiva, y a su vez frente a los municipios que no fueran certificados se les otorgó a los Departamentos la facultad de administrar las instituciones educativas y el

personal docente y administrativo de los planteles educativos ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la ley 115 de 1994⁵.

Por lo anterior, debe precisarse que con respecto a las prestaciones cuyo reconocimiento solicita la actora desde que comenzó a laborar como portera en la institución educativa de Talaigua Nuevo Bolívar, solo existe legitimación por pasiva como demandado para el municipio de Talaigua Nuevo Bolívar dentro de presente proceso, desde su vinculación laboral con el municipio hasta el año 2003, fecha en la cual el Departamento de Bolívar asumió la administración de la planta de personal de la Institución Educativa en la cual laboraba la actora, correspondiéndole cancelar las sumas adeudadas, de las cuales se acreditó que el Departamento de Bolívar cancelo una parte a la demandante correspondiente a los meses de febrero 1 de 2003 al 20 de octubre del mismo año, esto teniendo en cuenta que la Procuraduría Judicial 21 determinó que no existía controversia o conflicto patrimonial, sino un deber del Departamento de Bolívar de cancelar en los términos legales los estipendios por las ordenes de servicios, de conformidad con lo manifestado en la Resolución 1734 de 2004 emanada de la misma Gobernación de Bolívar visible a folio 33 del expediente.

Todo esto en virtud de que el municipio de Talaigua Nuevo no se encontraba certificado, por no contar con más de 100.000 habitantes, ni aún en el año 2005⁶.

En este orden de ideas, como quiera que la nueva vinculación de la actora se hizo al amparo de la Ley 715 de 2001, las prestaciones que se generon le correspondía reconocerlas al Departamento de Bolívar, por no estar certificado el municipio demandado para administrar directamente la planta de personal en el servicio público de educación.

En consecuencia, procede la Sala a confirmar la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda pero por los motivos expuestos en esta providencia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante

⁵ Ley 115 de 1994 Artículo 153 Administración Municipal de la Educación Administrar la educación en los municipios es organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes, directivos docentes y personal administrativo, orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio, todo ello de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, el Estatuto Docente y en la Ley 60 de 1993

⁶ Fuente: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/PERFIL_PDF_CG2005/13780T7T000.PDF.

la cual se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada por la Señora Sara Lucia Vergara de Mesa contra el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar por la razones expuestas en estas providencia.

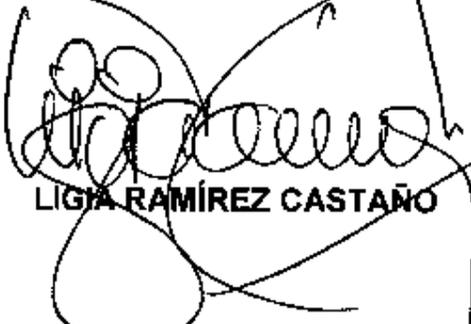
SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO


ARTURO MATSON CARBALLO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DECISIÓN No. 2

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Clase de Acción : **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicación : **13-001-33-31-003-2008-00006-01**
Demandante : **SARA LUCIA VERGARA DE MESA**
Demandado : **MUNICIPIO DE TALAIGUA NUEVO BOLÍVAR**
Tema : **Contrato realidad.**

Procede la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante Acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado, contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

(...)

PRIMERO: Que se declare LA NULIDAD del Acto Administrativo sin número de oficio de fecha enero 8 de 2008, por la cual el Alcalde del Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar negó las pretensiones que se formularon el día 18 de diciembre de 2007 presentada a favor de mi mandante, para que le conceda el derecho al pago de los sueldos adeudados y prestaciones sociales que se encuentran establecidas para los empleados públicos.

SEGUNDO: Declarar que mi mandante tuvo desde el momento de su vinculación una relación laboral con el demandado que le dio carácter de trabajador del Estado en el cual no ha operado el fenómeno de solución de continuidad.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores y a título de restablecimiento del derecho se condene al Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar a pagar a favor de mi

poderdante las prestaciones sociales que se encuentran establecidas para los empleados públicos a partir de la vigencia de la resolución No. 006 – 2 de febrero de 3 de 2003.

CUARTO: Condenar al demandado a favor de mi poderdante el pago de los sueldos de los meses de 11 días del mes de octubre de 2003, noviembre y diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero de 2005 a enero de 2006 y cinco días del mes de febrero de 2006, mas indemnización por falta de pago, el incumplimiento del IPC, el pago de 2 años 5 días de prestaciones sociales a su tiempo de servicio 12 % de intereses de cesantías un día de salario por cada día de retardo por el no pago de cesantías auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de navidad, vacaciones remuneradas, primas vacacionales subsidio familiar, dotación de calzado y vestido aporte por salud y pensión incremento por cargo desempeñado a que tenga derecho a que se haya causado conforme de acuerdo a la condición acreditada por mi poderdante.

QUINTO: Declarar que todo el tiempo servido por mi poderdante en su calidad de portera, en la Institución Educativa de Talaigua Nuevo sede Colegio Departamental Mixto de Bachillerato Talaigua Nuevo tiene efector (sic) legales para la liquidación de cesantías y pensión.

SEXTO: Condenar al demandado para que sobre las sobre (sic) las sumas que resulte condenado (sic) a pagar a mi poderdante, le reconozca pague las sumas necesarias para hacer los ajustes al valor, conforme al índice de precios al consumidor de conformidad con lo dispuesto en el art. 178 del C.C.A.

SÉPTIMO: Condenar al demandado si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el art. 176 del C.C.A a reconocer y pagar a favor de mi mandante los intereses comerciales durante los primeros seis meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después del termino de seis meses conforme lo dispone el art 177 C.C.A.

*OCTAVO: Condenar al pago de costas del proceso en especial la labor en derecho.
(...)*

HECHOS

El apoderado judicial de la parte demandante, funda su demanda en los hechos que se relacionan a continuación:
(...)

“PRIMERO: Mi poderdante fue vinculada por el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, en el cargo Agente Educativo, en el corregimiento de Caño Hondo, doble jornada, desde el día primero de junio de 2000 hasta el día 30 de noviembre de 2002 mediante contratos sucesivos de supemumerario celebrados en forma irregular por parte del mencionado municipio, cuyos contratos exceden el termino de 3 meses que iniciaron desde el día 1 de junio de 2000 hasta el día 30 de noviembre de 2002, cancelando el municipio los sueldos

únicamente los sueldos durante todo el tiempo laborado por mi poderdante, adeudándole hasta la fecha las prestaciones sociales causadas con esta contratación.

(...)

En razón de lo anterior, se presentó demanda administrativa de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que cursa en el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, solicitando se anule el acto administrativo que negó el pago de las prestaciones sociales causadas a la accionante.

Seguidamente la demandante manifiesta lo siguiente:

(...)

Vencido el último contrato de supernumerario el municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, le renova (sic) por un contrato de orden de prestación de servicio O.P.S mediante resolución No. 006-2 de fecha febrero 3 de 2003 con un término de 2 años en el cargo de portera con un salario inferior al salario mínimo legal en la Institución Educativa de Talaigua Nuevo Bolívar, cede del Colegio Departamental Mixto de Bachillerato.

El alcalde municipal tenía conocimiento que mi representada no venía siendo vinculada con el municipio con órdenes de prestación de servicios si no como supernumerario, le renovó el contrato por el de O.P.S y envió la documentación al Departamento de Bolívar mediante la Ley 715, pretendiendo asignarle la carga administrativa al Departamento de Bolívar a partir de la resolución de O.P.S expedida por el Alcalde Municipal.

El departamento cancelo los sueldos de enero y febrero de 2003, mientras estudiaba la documentación enviada por parte del municipio de Talaigua Nuevo para evaluar la posible vinculación transitoria de mi representada, los sueldos de los meses de marzo a octubre de 2003, los cancelo el Departamento de Bolívar a través de una conciliación prejudicial mediante resolución No. 1734 de 2004 emanada de la Gobernación de Bolívar, previa certificación del servicio prestado expedido por el rector de la institución educativa donde mi representada presto sus servicios.

El Departamento de Bolívar dejo de cancelar los sueldos de los meses de octubre de 2003 hasta julio de 2005, siendo muchos los requerimientos ya que en reiteradas ocasiones mi representada le solicito a estas dos entidades públicas la cancelación la cancelación de sus salarios pero estas siempre hicieron caso omiso y le respondieron negativamente, cuando se dirigió al Alcalde Municipal este le respondió que el pago de sus sueldos le corresponde al Departamento de Bolívar ya que de acuerdo a lo preceptuado por la ley 715 es el departamento quien debe pagar esas mesadas ya que le fue asignada la carga administrativa argumentando que el departamento cancelo las mesadas anteriores.

Luego mi representada se dirigió a la Secretaria de Educación Departamental a través de un derecho de petición solicitando el nombramiento en provisionalidad, el día 12 de julio de 2004 procede el Departamento de Bolívar por medio de la Secretaria de Educación a dar respuesta al derecho de petición, negándole la solicitud de vinculación a mi patrocinada en virtud de no reunir los requisitos exigidos por la ley 715 ya que su vinculación fue mediante la figura de supernumerario.

SEGUNDO: *Por lo anteriormente expuesto mi representada estaba muriendo de hambre por el no pago de sus salarios y en vista que el departamento y el municipio argumentaban*

diferentes razones para exonerarse del pago de los salarios por los servicios prestados por mi poderdante esta (sic) me facultó para que iniciara una Acción de Tutela contra ambas entidades solicitando se le protegiera a mi patrocinada el derecho fundamental del mínimo vital y móvil, el pago oportuno, para la cancelación de estas mesadas, dando como resultado fallo de (sic) negatorio. Cabe resaltar que el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar a través de fallo de tutela emanado del Tribunal Superior de Justicia de Cartagena Sala de Decisión Laboral de fecha enero 24 de 2006, cancelo estas mesadas a otro accionante señor Vicente Ortiz Soraca, que se encuentra en la misma condición acreditada por mi representada.

TERCERO: Que mi poderdante ha seguido personalmente en la prestación del servicio en forma continuada a partir del contrato de Supernumerario sin número, de fecha 1 de junio de 2000 hasta la nueva resolución No. 024 de febrero 6 de 2006 donde se termina mediante acto administrativo su vinculación.

El municipio ha dejado de cancelar los sueldos de los meses de 11 días del mes de octubre de 2003, noviembre y diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero de 2005 a enero de 2006, cinco días del mes de enero de 2006.

CUARTO: Durante todo el tiempo en que mi poderdante ha estado al servicio de la administración de manera continuada en el corregimiento de Caño Hondo en el cargo de portera en el establecimiento educativo en el cual fue ubicada en el Municipio de Talaigua Nuevo, ha estado personalmente en la prestación del servicio, encontrándose subordinada a la autoridad del demandado y a las autoridades administrativas de esta administración y del establecimiento educativo donde prestó sus servicios.

El demandado no procedió en este caso en la aplicación y efecto de desconcentración de funciones ordenadas por la ley 29 de 1959, si no en función de su propia potestad y por iniciativa propia usando para los pagos recursos del presupuesto municipal el cual lo hace único responsable.

QUINTO: Con fecha diciembre 18 de 2007, en nombre de mi poderdante solicite al demandado que en aplicación de las normas constitucionales y legales se les reconocieran los sueldos de los meses laborados, los derechos prestacionales y medico asistenciales que le corresponden en su condición de portera aseo en planteles educativos (sic) del Municipio de Talaigua Nuevo, su estatus de empleado público.

El demandado respondió negativamente la solicitud antes mencionada mediante escrito de fecha enero 8 de 2008. Sin número de oficio, el cual constituye el acto administrativo cuya nulidad se demanda.

SEXTO: Que no hay prescripción o caducidad de los derechos laborales reclamados por mi poderdante ya que los sueldos reclamados y las prestaciones sociales causadas se hicieron exigibles a partir de la resolución No. 024 de febrero 6 de 2006 fecha que aún no ha prescrito.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La demandante considera como violadas las siguientes disposiciones normativas

- Constitución Nacional: en sus artículos 6,13,25,53, y 315
- Ley 5ta de 1978: en su artículo 83
- Ley 29 de 1989: en sus artículos 9,10
- Ley 715 de 2001: en sus artículos 22,23,24,25,34,57,59,61,65,127,158,151
- Ley 100 de 1993
- Ley 50 de 1990
- Ley 712 de 2001
- Decreto 1042 de 1978
- Decreto 1590 de 1993: en sus artículos 3,8,13,
- C.S.T: En sus artículos 25,50
- Sentencia C-401 de 1998 Corte Constitucional

Como concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante formuló los siguientes cargos de infracción:

(...)

La primera petición de esta demanda esto es la declaratoria de nulidad del acto administrativo mediante el cual el demandado negó las pretensiones formuladas, es correlativa con el primero de los hechos enunciados en este escrito, es decir la actuación irregular del demandado mediante la utilización indebida de la vinculación del personal supernumerario para disfrazar la contratación y esconder la relación laboral para exonerarse del pago de las prestaciones sociales de mi representado violando la ley 5ta de 1978 y el decreto 1042 de 1998, y teniendo en cuenta que mi patrocinado siguió siendo contratado por esta entidad quien se benefició con la prestación de sus servicios.

Que mi mandante fungió en plantel o institución educativa que depende en la actualidad del Municipio de Talaigua Nuevo y aun después de haberle renovado el contrato cambiándole la denominación por el de orden de prestación de servicios, extralimitándose de sus funciones en busca del ahorro administrativo al pretender asignarle las carga administrativa al Departamento de Bolívar violando lo preceptuado por la ley 715 y después de cancelar los sueldos de estas contrataciones y de dar por terminada la vinculación ahora pretende desconocer sus derechos laborales.

(...)

Más adelante plantea lo siguiente:

(...)

El demandado que con fundamento en el orden legal debió establecer con mi mandante una relación legal y reglamentaria, pues existe una diferencia de importancia indubitable entre vincular a un ciudadano al servicio en un cargo público y de otra parte establecer un vínculo contractual entre el estado y una persona natural.

Las funciones públicas de carácter permanente asignadas por la ley a los cargos públicos solo las puede ejercer una persona natural, un trabajador que para ello debe desarrollar

personalmente el servicio, bajo una continuada subordinación y recibe una paga periódica. A diferencia de ello las actividades que se asignan por parte del Estado a una persona natural o jurídica por mediante contrato de supernumerario, tiene las siguientes características legales: A) Dichas funciones deben estar previamente detalladas en la ley o reglamento. B) cargos temporales que la administración vaya a proveer, deberán estar previamente apropiados por el presupuesto correspondiente, y las partidas deben estar disponible.

Así el contratista tiene una relación contractual constituida por: A) La autonomía en el desempeño de la función contratada. B) Ausencia de dependencia o subordinación administrativa de la función contratante. C) Recibe en pago solo lo pactado como valor del contrato, sin que ello implique por mandato legal prestaciones sociales.

(...)

2. LA DEFENSA

El apoderado judicial de la entidad demandada no contestó la demanda dentro de la oportunidad legal establecida para ello.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dictó sentencia el 14 de febrero de 2012, denegando las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de la decisión adoptada el A Quo adujo:

(...)

Pues bien, de acuerdo a la relación de pruebas documentales aportadas por la parte demandante, se evidencia que la totalidad de ellas se arrimaron al proceso en copias simples.

Dado lo anterior, es menester señalar que dichas copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

Seguidamente manifiesta lo siguiente:

(...)

Las copias aportadas por la parte demandante carecen de valor probatorio, porque, en tratándose de copias de documento público, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentra la diligencia de autenticación.

Bajo ese derrotero, se precisa que, el principio de la carga de la prueba es una obligación impuesta por la ley para que sean las partes las que prueben lo alegado, en este caso particular para el demandante, lo primero que debía probar era precisamente las existencia

de las ordenes de prestación de servicios suscritas con el municipio de Talaigua Nuevo, para posteriormente, desvirtuar la mera relación contractual y demostrar la relación laboral subyacente que emanó de la misma.

Sin embargo, nótese que las pruebas de los aludidos contratos de prestación de servicios no fueron allegadas con el ritual probatorio que la norma procesal civil exige para esta clase de pruebas documentales.

Y es que, no podría esta judicatura desconocer la incorporación efectuada por el ordenamiento procesal administrativo en materia probatoria respecto de las normas del C. De P. C., pues, también en los procesos de esta jurisdicción opera el principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del mencionado código, de conformidad con el cual incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, esto es, que no basta con afirmar en la demanda la existencia de una responsabilidad de la entidad demandada por incumplimiento de las obligaciones y deberes legales a su cargo, para que el juez profiera una condena en su contra; si no que se exige, como requisito sine qua non, que la parte actora aporte al proceso las pruebas necesarias para acreditar las afirmaciones que hizo en su demanda y que le permiten el reconocimiento de los derechos conculcados con el actuar de la administración.

En consecuencia, las copias aportadas por la actora carecen de valor probatorio, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro del presente proceso judicial, por cuanto que , las mismas deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

(...)

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia del 14 de febrero de 2012, alegando que:

(...)

No compartimos la decisión adoptada en la primera instancia debido a que el juez al proferir el fallo violó el debido proceso, incurrió en una indebida valoración de las pruebas tanto documentales, como testimoniales. Con la calificación dada a las pruebas no se obtuvo el resultado esperado al no haber sido aplicado el sistema de la sana crítica que debe preceder teniendo en cuenta la oportunidad y legalidad de cada prueba; incurrió también el juez en una vulneración por omisión en decreto oficioso de pruebas que debió garantizarse.

(...)

Seguidamente el apelante manifiesta lo siguiente:

(...)

Al valorar las pruebas aportadas y la prueba testimonial practicada encontramos demostrados los tres elementos de la relación laboral esto es la prestación personal del servicio, probado lo anterior mediante certificaciones del servicio prestado expedidas por el rector de la institución educativa donde se prestó el servicio de fechas 9 de agosto de 2004 y 9 de agosto de 2005 y reconocidas tales certificaciones por el rector de la institución en la prueba testimonial practicada de fecha 21 de septiembre de 2011, el certificado del servicio

prestado de fecha 17 de marzo de 2004 expedida por el secretario ejecutivo de la secretaria general de la Alcaldía Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar.

Con esta documentación sumada a la prueba testimonial quedó demostrado la prestación personal del servicio que dichos contratos fueron ejecutados, además opera en el expediente un certificado expedido por la jefe de presupuesto Municipal de Talaigua Nuevo Bolívar, de fecha 6 de julio de 2004 que prueba el elemento remuneración e indica además que mi representada se le cancelaba el rubro de educación.

(...)

Finalmente el apelante manifiesta:

(...)

En el caso planteado las copias informales de los contratos de Supernumerario O.P.S fueron de pleno conocimiento de la entidad demandada sin que esta cuestionara de manera alguna total o parcialmente su autenticidad y contenido en el transcurso del proceso, por lo tanto las copias de los contratos adquirieron plena validez probatoria para cursar en el expediente bajo presunción de autenticidad.

El juez de primera instancia cerceno sin justificación Constitucional valida el principio de autenticidad, una autenticidad que bajo tal presupuesto le correspondía desvirtuar total o parcialmente era a la entidad demandada, situación que no ocurrió en este proceso y que fue tenida en cuenta en la providencia apelada.

De lo anterior se concluye que en tanto la copia informal de los contratos de supernumerario y la resolución de O.P.S fueron de pleno conocimiento de la entidad demandada debido a que en el acto de notificación se le dio traslado de la demanda con todos sus anexos al ente demandado como consta en el expediente.

(...)

5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 14 de enero de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante (fl 240).

Por auto del 22 de marzo de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl.264).

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- **Alegatos de la parte demandante:** la parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión.
- **Alegatos de la parte demandada:** el apoderado judicial de la entidad demandada no presentó escrito de alegatos de conclusión.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de febrero de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena.

ACTO ACUSADO

Oficio del 8 de enero de 2008, mediante el cual, el Alcalde del Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, negó el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales solicitadas, por la señora Sara Lucia Vergara de Meza. (Fls.15).

PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si en este caso, está demostrada la existencia de una relación laboral entre la demandante y el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar, que conlleve a la nulidad del acto acusado y al reconocimiento de las prestaciones pedidas; o si por el contrario, la parte demandante no cumplió con la carga procesal de probar los supuestos de hecho y de derecho invocados en la demanda, como lo consideró el A quo.

Además de lo anterior se deberá establecer, si de existir la obligación de reconocer y pagar a la demandante las prestaciones solicitadas, le correspondería al municipio demandado cancelarlas.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente manera:

*“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o***

dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.-

“Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.-

*“En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.**”* (Negritas fuera de texto)

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la **subordinación o dependencia** respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación:

“...si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de

*cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.***” (Negrillas fuera de texto).

No obstante, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de junio de 2005, expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98), reiterando la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)-

“De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.-

*“La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral **por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:(...)-***

“Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, (...).” (Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

La Sala ha hecho prevalecer entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba. Así, **cuando se**

logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el período realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.²

De otra parte, en aquellos casos en que se accede a las pretensiones de la demandada, se ha concluido la no prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto la exigibilidad de los derechos prestacionales en discusión, es literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.³

En uno de los pronunciamientos más recientes de la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, sentencia del 4 de mayo de 2010, Rad. 1413-08, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se señaló en cuanto a la configuración del contrato realidad, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, desentrañando la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso.

Por otra parte en lo referente a la vinculación laboral bajo la modalidad de supernumerarios, esta fue reglada mediante el Decreto 1042 de 1978, que estableció el sistema de clasificación, nomenclatura y escalas de remuneración de los empleos de los ministerios,

² Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección "A", sentencia 17 de abril de 2008 Rad No 2776-05 C P Dr Jaime Moreno García, Sentencia del 17 de abril de 2008 Rad No 1694-07 C P Dr Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia del 31 de Julio de 2008 C P Dr Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia del 14 de agosto de 2008 C P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

³ Sentencia del 6 de marzo de 2008 Rad No 2152-06. C P Dr Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los siguientes términos:

“Artículo 83. DE LOS SUPERNUMERARIOS. Para suplir las vacancias temporales de los empleados públicos en caso de licencias o vacaciones, podrá vincularse personal supernumerario.

También podrá vincularse supernumerarios para desarrollar actividades de carácter netamente transitorio.

En ningún caso la vinculación de un supernumerario excederá el término de tres meses, salvo autorización especial del Gobierno cuando se trate de actividades que por su naturaleza requieran personal transitorio por períodos superiores.

La remuneración de los supernumerarios se fijará de acuerdo con las escalas de remuneración establecidas en el presente Decreto, según las funciones que deban desarrollarse.

Cuando la vinculación de personal supernumerario no exceda el término de tres meses, no habrá lugar al reconocimiento de prestaciones sociales. Sin embargo las entidades deberán suministrar al personal supernumerario atención médica en caso de enfermedad o accidente de trabajo.

La vinculación se hará mediante resolución administrativa en la cual deberá constar expresamente el término durante el cual se prestaran los servicios y la asignación mensual que vaya a pagarse”.⁴

De lo anterior se puede establecer que la vinculación de los supernumerarios solo se lleva a cabo cuando se presentan vacancias temporales por licencia o vacaciones de los empleados titulares, o cuando exista la necesidad de desarrollar actividades netamente transitorias, lo cual no implica la desvinculación ni el desplazamiento de los funcionarios de carrera administrativa.

Las actividades que desarrollan los supernumerarios en virtud de este tipo de nombramiento, corresponden a aquellas que temporal o transitoriamente no pueden ser atendidas por los titulares o por la entidad por no estar establecido en su desarrollo normal y cotidiano.

No obstante lo anterior la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso tercero y el 5 del artículo 83 citado, mediante sentencia C-401 de 19 de agosto de 1998, con ponencia del Doctor Vladimiro Naranjo Mesa el cual manifiesta lo siguiente.

(...)

En cuanto al reconocimiento de prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que laboren por lapsos inferiores a los tres meses, determinada por el inciso 5° de la norma ahora bajo examen, la Corte encuentra que ella no se ajusta al régimen constitucional vigente a partir de 1991, régimen que no sólo reconoce que el derecho al trabajo es fundamental por constituir un valor inherente a la naturaleza humana, sino que en la

⁴ Los apartes subrayados de este artículo fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 401 de 1998, Magistrado Ponente Dr Vladimiro Naranjo Mesa.

efectivización de este derecho, así como de los demás de este mismo rango, funda la legitimidad del Estado mismo. En tal virtud, el constituyente, en el artículo 25 superior, prescribió que el trabajo goza de la especial protección del Estado y reconoció que toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

Pero, avanzando aún más en la protección de este derecho fundamental, en el artículo 53, con el objetivo de garantizar aquellas condiciones dignas y justas de cada trabajo particularmente considerado, definió los principios constitucionales rectores de la protección estatal al trabajo. Así, indicó que tales principios eran el de igualdad de oportunidades para los trabajadores, el de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; el de estabilidad en el empleo; el de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; el de las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; el de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; el de garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y el de protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

**24. Para esta Corporación el desconocimiento de las prestaciones sociales a los empleados supernumerarios que se vinculan transitoriamente a la Administración Pública, resulta contrario a los principios rectores de las relaciones laborales, y a la justicia que debe presidir dichas relaciones. En efecto, desconoce, en primer término, el principio de igualdad de oportunidades, por cuanto el hecho de que la vinculación sea transitoria, no es óbice legítimo para establecer diferencias frente a aquellos servidores públicos vinculados permanentemente a la Administración. Esta desigualdad en el trato, no se justifica por ningún objetivo de rango constitucional que pudiera perseguirse a través de ella. La Corte no encuentra en ella nada distinto de un mecanismo para reducir la carga prestacional de la Administración, que no justifica el desconocimiento general del principio de igualdad.
(...).”**

El nuevo orden constitucional eleva a la categoría de derecho fundamental el trabajo y no solo el derecho sino su plena efectividad, lo cual permite que los empleados que desarrollan su actividad mediante una vinculación temporal como supernumerarios, puedan acceder a los mismos privilegios de quienes se vinculan permanentemente al servicio del Estado.

MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Observa la Sala de decisión que en el presente caso se encuentran en el expediente las siguientes pruebas, que permitirán resolver de fondo la cuestión litigiosa:

1. Reclamación administrativa o agotamiento de la vía gubernativa de fecha diciembre 18 de 2007. (fl. 13 y 14).
2. Acto administrativo de fecha enero 8 de 2008 (fl. 15).

3. Copia simple de los contratos de Supernumerario suscritos entre la administración Municipal y la accionante en las siguientes fechas:
 - Contrato con vigencia de fecha junio 1 al 30 de septiembre de 2000. (fl. 16).
 - Contrato de supernumerario con vigencia de octubre 2 al 31 de diciembre de 2000 (fl. 17).
 - Contrato de supernumerario con vigencia de febrero 1 al 30 de junio de 2000 (fl. 18).
4. Copia simple de los contratos de prestación de servicio suscritos entre la administración y la accionante en las siguientes fechas:
 - Contrato de prestación de servicios con vigencia de febrero 1 hasta el 30 de abril de 2002 (fl. 19).
 - Contrato de prestación de servicios con vigencia de mayo 2 hasta el 31 de julio de 2002 (fl. 20).
 - Contrato de prestación de servicios con vigencia de agosto 1 hasta el 30 de noviembre de 2002 (fl. 20).
5. Copia simple de la Resolución No. 0006 - 2 de fecha 3 de febrero de 2006, por medio de la cual, se autoriza la prestación de un servicio de un funcionario administrativo en provisionalidad (fl. 22).
6. Copia simple de la documentación enviada al Departamento de Bolívar de docentes Municipales y administrativos cobijados por la Ley 715 de 2001, O.P.S y la relación de nómina del mes de marzo de 2003, por parte de la Alcaldía Municipal de Talaigua Nuevo de fecha 25 de marzo de 2003 (fl. 23 al 32).
7. Copia simple de la Resolución No. 1734 de 2004, por medio de la cual el Departamento de Bolívar, le cancelo honorarios a varios contratistas entre los cuales, figuraba la demandante (fl. 36).
8. Copia simple de certificado laboral expedida por el secretario ejecutivo de la Secretaria General de la Alcaldía de Talaigua Nuevo de fecha 17 de marzo de 2004 (fl. 36).
9. Copia simple de certificaciones de servicio prestado como auxiliar de servicios generales expedida por el rector de la Institución Educativa de Talaigua Nuevo Bolívar sede Colegio Departamental Mixto de Bachillerato (fl 37 al 39).
10. Copia simple de la Resolución No. 024 de 2006, por medio del cual, se da por terminado todo contrato celebrado entre la actora y el municipio demandado.
11. Testimonio de los señores Lucio Bravo Quevedo, José Antonio Guerrero Canedo Y Juan Mancera Quiroz de fecha 21 septiembre de 2011.

ANÁLISIS DEL CASO

En el caso presente se tiene, que la parte demandante reclama el pago de once (11) días de sueldo del mes de octubre de 2003, noviembre y diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero de 2005 a enero de 2006 y cinco días del mes de febrero de 2006, mas indemnización por falta de pago, el incumplimiento del IPC, el pago de 2 años 5 días de prestaciones sociales a su tiempo de servicio, 12 % de intereses de cesantías, un día de salario por cada día de retardo por el no pago de cesantías, auxilio de transporte, prima de alimentación, prima de navidad, vacaciones remuneradas, primas vacacionales subsidio familiar, dotación de calzado y vestido, aporte por salud y pensión incremento, por cargo desempeñado.

Fundamenta así el cargo formulado contra el acto administrativo negativo ficto demandado, en que el municipio no le ha reconocido dichos sueldos y prestaciones.

Pues bien el fallo de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, por considerar que no tenían valor probatorio los documentos que en copia simple reposan en el plenario; sin embargo si bien no resulta de recibo el argumento del apelante al afirmar que el a quo desconoció su deber de decretar pruebas de oficio, ello solo tiene operancia respecto de puntos dudosos y no para relevar de la carga de la prueba a quien acciona.

No obstante, en el caso concreto la parte demandada no contesto la demanda y en esa medida resulta aplicable el precedente jurisprudencial surgido con posterioridad a la sentencia que se revisa, cuyos fundamentos tienen fuerza vinculante por constituir un criterio unificado de la corporación de cierre, en lo atinente a la valoración de las pruebas que reposan en copia simple en el expediente.

Precisó la jurisprudencia lo siguiente:

“Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por tanto en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.”

Así las cosas se reconocerá merito a la prueba documental aportada en la demanda, en virtud de las consideraciones anteriores.

Ahora bien, hechas las anteriores precisiones esta Sala resalta lo siguiente:

En el presente asunto es oportuno destacar que la actora fue vinculada en provisionalidad mediante la Resolución No. 006 de 2003, en cumplimiento de la ley 715 de 2001 según se desprende de sus considerandos, además venía prestando sus servicios como agente educativo desde antes del 1 de noviembre del año 2000, fecha en la cual se encontraba contratada primeramente como supernumerario y posteriormente con contratos de prestación de servicios, los cuales se efectuaron de manera sucesiva, situación que en principio permite inferir a esta Sala la existencia de una relación laboral entre la actora y la entidad demandada, analizando especialmente la naturaleza de labor desempeñada, los mencionados contratos aportados, las certificaciones laborales que reposan en el expediente y los testimonios obrantes en el plenario, los cuales evidencian la existencia de los tres elementos esenciales la relación laboral como son la subordinación, la prestación personal y la contraprestación.

En este orden de ideas, debe precisarse que la mencionada situación la hacia beneficiaria de los preceptos de la Ley 715 en lo atinente a la vinculación en provisionalidad a que se refiere el artículo 38 de misma ley, y la cual fue efectuada por el municipio como se evidencia en la documentación enviada al Departamento de Bolívar.

No obstante lo anterior; y partiendo de la premisa normativa citada en el párrafo precedente esta Sala evidencia que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva con respecto al demandado, esto teniendo en cuenta el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 715 de 2001, el cual dispone que: *“A partir del año 2002 quedan certificados en virtud de la presente ley los departamentos y los distritos. Durante dicho año se certificarán los municipios mayores de 100.000 habitantes, los municipios que a la vigencia de la presente ley tengan resolución del Ministerio de Educación Nacional que acredite el cumplimiento de los requisitos para la certificación y aquellos que cumplan los requisitos que para la certificación señale el Gobierno Nacional.(...)”*

En el inciso cuarto de la misma disposición, se señaló:

“a partir del año 2003 quedan certificados todos los municipios mayores de 100.000 habitantes.”

En efecto la Ley 715 de 2001 a través de la cual se dictaron normas orgánicas en materia de recursos y competencias para organizar la prestación de los servicios de educación y salud entre otros, estableció que a partir de su vigencia, los Departamentos y subsidiariamente la Nación, debían proceder a certificar a los municipios que cumplieran con los requisitos para asumir la administración autónoma de los recursos del Sistema General de Participaciones, introducido por esa preceptiva, y a su vez frente a los municipios que no fueran certificados se les otorgó a los Departamentos la facultad de administrar las instituciones educativas y el

personal docente y administrativo de los planteles educativos ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la ley 115 de 1994⁵.

Por lo anterior, debe precisarse que con respecto a las prestaciones cuyo reconocimiento solicita la actora desde que comenzó a laborar como portera en la institución educativa de Talaigua Nuevo Bolívar, solo existe legitimación por pasiva como demandado para el municipio de Talaigua Nuevo Bolívar dentro de presente proceso, desde su vinculación laboral con el municipio hasta el año 2003, fecha en la cual el Departamento de Bolívar asumió la administración de la planta de personal de la Institución Educativa en la cual laboraba la actora, correspondiéndole cancelar las sumas adeudadas, de las cuales se acreditó que el Departamento de Bolívar cancelo una parte a la demandante correspondiente a los meses de febrero 1 de 2003 al 20 de octubre del mismo año, esto teniendo en cuenta que la Procuraduría Judicial 21 determinó que no existía controversia o conflicto patrimonial, sino un deber del Departamento de Bolívar de cancelar en los términos legales los estipendios por las ordenes de servicios, de conformidad con lo manifestado en la Resolución 1734 de 2004 emanada de la misma Gobernación de Bolívar visible a folio 33 del expediente.

Todo esto en virtud de que el municipio de Talaigua Nuevo no se encontraba certificado, por no contar con más de 100.000 habitantes, ni aún en el año 2005⁶.

En este orden de ideas, como quiera que la nueva vinculación de la actora se hizo al amparo de la Ley 715 de 2001, las prestaciones que se generon le correspondía reconocerlas al Departamento de Bolívar, por no estar certificado el municipio demandado para administrar directamente la planta de personal en el servicio público de educación.

En consecuencia, procede la Sala a confirmar la decisión de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda pero por los motivos expuestos en esta providencia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha catorce (14) de febrero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante

⁵ Ley 115 de 1994 Artículo 153 Administración Municipal de la Educación Administrar la educación en los municipios es organizar, ejecutar, vigilar y evaluar el servicio educativo; nombrar, remover, trasladar, sancionar, estimular, dar licencias y permisos a los docentes, directivos docentes y personal administrativo, orientar, asesorar y en general dirigir la educación en el municipio, todo ello de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, el Estatuto Docente y en la Ley 60 de 1993

⁶ Fuente: http://www.dane.gov.co/files/censo2005/PERFIL_PDF_CG2005/13780T7T000.PDF.

la cual se denegaron las pretensiones de la demanda instaurada por la Señora Sara Lucia Vergara de Mesa contra el Municipio de Talaigua Nuevo Bolívar por la razones expuestas en estas providencia.

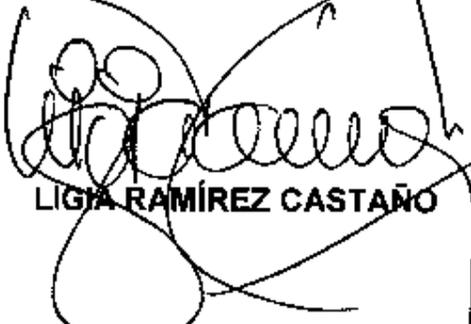
SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO


ARTURO MATSON CARBALLO



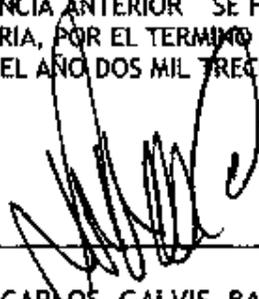
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1333
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA Y OTROS
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL LOCAL DE TURBACO BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2010-00035-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



114/124
i.c.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN 003
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPARACIÓN DIRECTA
Radicación : 13-001-33-31-003-2010-00035-02
Demandante : DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA Y OTROS
Demandado : E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO - BOLÍVAR
Tema : Responsabilidad medica – Falla del servicio.

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolivar procede a resolver el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2012, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de Reparación Directa de DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA contra la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO.

II. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA¹

1. LAS PRETENSIONES.

Textualmente:

"PRIMERA: Declárese que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, es administrativamente responsable de los daños materiales y morales causados en la persona del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, con ocasión del daño ocurrido en su pierna producto de la acción de la Administración a través de una empleada de la entidad demandada, el día 17 de mayo del 2008.

¹ 1-5

- Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO a PAGARLE, por concepto de DAÑOS MORALES a los señores ELONIA ISABEL CANCHILA MARGARITA, DORIA MARÍA CANCHILA ÁLVAREZ, MARELIS MARGARITA CANCHILA ÁLVAREZ, WILLY FRANK CANCHILA ÁLVAREZ, NIMIA DEL CARMEN CANCHILA VASQUEZ (hijo de la víctima) y la señora MARGARITA ISABEL ÁLVAREZ DIAZ (esposa de la víctima), la suma de CINCUENTA SALARIOS MINÍMOS LEGALES VIGENTES a cada uno de los demandantes.
- Condenar a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, a PAGARLE al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, por DAÑOS MORALES, la suma de CIENTO CINCUENTA SALARIOS MINÍMOS LEGALES VIGENTES.

DAÑOS MORALES (Lucro Cesante)

- Condénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, a pagarle al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, por concepto de daños materiales las sumas dejadas de percibir durante el tiempo que no ha podido continuar con su trabajo para el sustento de él y su señora esposa hasta que se dicte sentencia, liquidados desde el día 17 de mayo del 2008, fecha en que se produjo el daño hasta el día 19 de febrero del 2010 (fecha de presentación de la demanda), esto es la suma de DIEZ MILLONES SEPTECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL PESOS (\$10.777.000.00) MCTE.

"SEGUNDO: Que se condene en costas a la parte demandada, con su respectiva indexación."

2. HECHOS.

Los relata de la siguiente manera:

"PRIMERO: El día 17 de mayo del 2008, el señor DANIEL CACHILA, se traslado a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, para que le aplicaran una ampolla de Diclofenaco, dicha ampolla fue aplicada por la enfermera de turno la señora NAYIBIS ARRIETA, en el glúteo izquierdo.

“SEGUNDO: Desde el mismo momento en que le fue aplicada la ampolla, el señor DANIEL CANCHILA empezó a sufrir de un dolor intenso desde el glúteo izquierdo, corriéndole dicho dolor por toda la pierna hasta llegar a los dedos del pie.

“TERCERO: Al día siguiente se presentó a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, porque era muy intenso el dolor en la pierna y no podía caminar, en dicha entidad lo atendió el Dr. RAUL CASTRO, quien lo examina y lo envía a Neurología.

“CUARTO: En la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, fue atendido por el Dr. Jairo Pareja Ángel, quien es especialista en neurología, quien en su diagnóstico concluye que hay una LESIÓN DEL NERVIO CIÁTICO, como se puede comprobar con la historia clínica que se aporta.

“QUINTO: El Dr. JAIRO PAREJA ÁNGEL, quien es especialista tratante, lo envía a que sea valorado por Fisioterapia y le manda 30 sesiones. Mi poderdante es remitido donde la Doctora Lisett Sánchez, quien le realiza el tratamiento, pero al finalizar las sesiones de fisioterapia el señor Canchila, no tiene mejoría alguna y es remitido nuevamente al especialista en Neurología, como lo informa la profesional en la historia clínica que se aporta.

“SEXTO: El 24 de julio del 2008, el Doctor Martin Torres Zambrano, quien es especialista en Neurología-Neurofisiología, le realiza un estudio de Neurofisiología de MIIZQ y concluye que evidencia compromiso neuropático del N Ciática común con predominio de la rama peronea. (Anexo estudio)

“SEPTIMO: nuevamente es enviado donde el especialista en neurología Dr. Jairo Pareja Ángel y el día 22 de agosto de 2008, diagnostica nuevamente que el señor Daniel Canchila sigue mal, como se puede observar en la evolución médica.

“OCTAVO: El día 26 de enero de 2009, es nuevamente valorado por el médico tratante Dr. Jairo Pareja Angel, especialista en neurología, quien nuevamente diagnostica: "Neuropatía traumática del ciático pierna izquierda, según trauma a la aplicación errónea de inyección intramuscular, aporto formato de evoluciones médicas de la ESE Hospital Universitario del Caribe".

“NOVENO: Mi patrocinado señor DANIEL CANCHILLA, hasta el momento de la presentación de esta demanda, se encuentra sin poder caminar, perdiendo el movimiento de la pierna.

“DÉCIMO: El señor DANIEL CANCHILA, antes de aplicarse dicha inyección, se ganaba el sustento de él y de su esposa, con un pequeño negocio que tenía en la plaza de Turbaco, (una chaza) donde vendía toda clase de mekatos, chichas, refrescos.

“DÉCIMO PRIMERO: Como producto de las ventas mensuales, mi poderdante como muy poco se ganaba un salario mínimo, que le servía para mantener a todo su núcleo familiar, ya que no tiene pensión alguna para sobrevivir, y desde el mes de mayo del 2008, el señor Canchila, no ha podido trabajar y está atravesando una situación económica difícil, Ya que carece de sustento y es una persona de la tercera edad, la cual tiene una especial protección del Estado.”

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

No contestó la demanda.

C. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias profirió sentencia el 26 de abril de 2012, denegando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones que se transcriben:

“(…)”

Afirma la parte actora, que el hecho causante del daño antijurídico sufrido por el señor Daniel Canchila Medina fue la aplicación de una ampolla de diclofenaco en su glúteo izquierdo, la cual le fue colocada por una enfermera de la ESE Hospital Local de Turbaco, de nombre Nayibis Arrieta, pues, a partir de ese mismo momento empezó a sufrir de un intenso dolor en el glúteo izquierdo y por toda la pierna hasta los dedos del pie izquierdo. Hasta que posteriormente, se le diagnosticó que presentaba una lesión en el nervio ciático.

Examinado el acervo probatorio allegado al proceso, se encontró la receta de la ampolla de diclofenaco a la que alude el señor Canchila (ver folio 11), con anotación de entregado, expedida por la Clínica de Especialistas Turbaco.

Ahora bien, se observa que no existe prueba en el libelo que demuestre que la mencionada ampolla de diclofenaco le haya sido aplicada en las instalaciones de la ESE Hospital Local de Turbaco como lo expresa el demandante, pues, solo consta como en el párrafo anterior se dijo, que la ampolla le fue recetada y entregada en fecha 26-04 de 2008, por una entidad médica diferente a la accionada, pero no hay

ningún otro medio probatorio que permita establecer que fue una enfermera funcionaria de la ESE Hospital Local de Turbaco la que se la colocó.

En ese sentido, no es posible atribuir los hechos causantes del daño antijurídico padecido por el actor a la entidad demandada, de manera que no se configura en el sub iudice el elemento imputación fáctica o nexo de causalidad.

Así las cosas, como quiera que se encontró la falta de concurrencia de uno de los requisitos necesarios para que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por lo tanto, la decisión a proferir por el Despacho no puede ser otra que desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

(...)

D. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en las razones que nos permitimos transcribir:

“1. Se encuentra en su despacho demanda de REPARACION DIRECTA, impetrada por el señor DANIEL CANCHILA MEDINA contra la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, donde se solicita que se declare que la entidad demandada es administrativamente responsable de los daños materiales y morales al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA y OTROS, con ocasión del daño ocurrido en la pierna producto de la acción de la administración a través de una empleada de la entidad demandada, el día 17 de agosto del 2008.

“2. Quedo plenamente demostrado en el transcurso del proceso que existen diversos elementos probatorios en el proceso que demuestran la negligencia e impericia de la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, en la ejecución del procedimiento de inyectología causante del perjuicio.

“3. El Juez de primera instancia incurrió en protuberantes defectos sustantivos y fácticos, por no presumirse la culpa del demandado en la producción del hecho generador de responsabilidad civil y al haber exonerado a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO — BOLIVAR de responsabilidad, por no encontrarse pruebas que demostraran su actuar culposo en la aplicación de la inyección que le produjo una lesión del nervio ciático al demandante, aún a pesar de existir diversas pruebas en el plenario que permitían tener por acreditada tal circunstancia.

"4. Además es importante recordar que la parte demandada no se hizo parte dentro del proceso, e hizo caso omiso a las citaciones realizadas por la Procuraduría 22 Judicial II para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar y a las notificaciones del Despacho.

"5. El Juez de Primera Instancia incurrido en un defecto sustantivo por dejar de presumir la culpa de la entidad demandada y fáctico, por no haber apreciado algunas pruebas que acreditaban la culpa de la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, en la aplicación de la inyección de Diclofenaco que le generó un ario en el nervio ciático, aduciendo que no existía la prueba, siendo que existe la historia clínica en el expediente y que además la ESE no se hizo parte en el proceso para controvertir las pruebas.

"6. Adicionalmente, con independencia de acogerse la existencia de un defecto sustantivo por indebida aplicación del régimen probatorio de la culpa, el Juez de Primera Instancia incurrió en un defecto fáctico, ya que en el plenario sí se demostró de manera fehaciente y rotunda la negligencia e imprudencia de la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, en la aplicación de la inyección, como se demuestra con el dictamen del neurólogo tratante.

"La Honorable Corte, explica que tratándose de este tipo de responsabilidad, debido a la dificultad técnica y científica que entraña la demostración del error de conducta en que pudo haber incurrido el funcionario durante el acto médico, es decir, la aplicación de la inyección, la jurisprudencia y la doctrina especializada han considerado prudente, por razones de justicia y equidad, desplazar la carga probatoria a la parte demandada ya que es aquella quien en la mayoría de los casos, está mejor capacitada para acreditar la verdadera causa del perjuicio.

Es de anotar que la responsabilidad médica se rige por un régimen probatorio de culpa presunta, dentro del cual la naturaleza negligente e incuriosa del hecho se presume, por lo cual el demandante sólo debe probar la existencia del daño y el vínculo de causalidad."²

E. TRASLADO DE SEGUNDA INSTANCIA

1. DEMANDANTE

No alegó.

² Folio 103 a 104

2. DEMANDADA

No alego.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

III. TRAMITE

1. Por providencia de fecha 24 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación (folio 109)
2. Por auto de fecha 30 de octubre de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar (folio 112)
4. El 1 de febrero de 2013 ingresó al Despacho para dictar sentencia (folio 113)

IV. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir decisión de fondo, no sin antes precisar las siguientes cuestiones previas:

1. COMPETENCIA.

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Los hechos que dieron lugar a la presente acción ocurrieron, según se pudo establecer, el 17 de mayo de 2008 y los accionantes presentaron la demanda el día 19 de febrero de 2010, es decir, dentro del término de dos años que establece el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3. PROBLEMA JURIDICO

¿Determinar si la entidad demandada es responsable a título de falla del servicio por la inadecuada aplicación de una inyección intramuscular que trajo consigo lesión en el nervio ciático del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA?

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1. De la responsabilidad del Estado en la Prestación de los Servicios Médicos.

La Constitución Política de 1991, trajo consigo la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como también el concepto de daño antijurídico, es por esto que el artículo 90 de la Constitución Política, consagra que el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Se tiene entonces que, la existencia del daño antijurídico constituye el elemento esencial de la posibilidad de reparación de los perjuicios, siempre que el daño sea imputable a una entidad estatal.

Cabe destacar, que hasta 1990 el régimen de imputación atribuible al Estado por la responsabilidad en la prestación de los servicios médicos, fue el de la falla probada, es decir le correspondía al actor, demostrar la prueba de la falla o la culpa del Estado en la prestación del servicio.

Posteriormente el Consejo de Estado en sentencia de fecha 24 de octubre de 1990, consideró pertinente la aplicación del inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, es decir que en tratándose de los daños ocurridos como consecuencia de la prestación de un servicio médico u hospitalario, el Estado debía probar que actuó con total diligencia y cuidado.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión de 30 de junio de 1992, expediente No. 6897, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales médicos, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos, en otras palabras se consideró que el paciente en muchas ocasiones no cuenta con los conocimientos científicos, ni los elementos que le permitan acreditar la falla del servicio, es por esto

que se consideró que la administración pública sanitaria, se encuentra mejor capacitada para probar que su actuación de ciñó a los lineamientos profesionales respectivos y a la lexartis.

Posteriormente y en aplicación del principio de las cargas dinámicas de la prueba³, se consideró que la presunción de responsabilidad del Estado, de los daños ocasionados en la prestación de los servicios médicos, debía ser general, por lo tanto la entidad demandada tenía la obligación de probar que no existió falla en el servicio.

En sentencia de fecha 10 de febrero de 2000⁴, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se cuestionó la interpretación generalizada que se le había dado a la presunción de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en la prestación médico-hospitalaria; de igual manera se consideró que la aplicación del principio de las cargas dinámicas en todos los eventos, equivalía a una petrificación de dicho principio. Aunado a lo anteriormente el Consejo de Estado en dicha sentencia señaló:

“...No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”.

El H. Consejo de Estado⁵ se ha pronunciado sobre la determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se pretende la declaración de responsabilidad del Estado, por actividades médico asistenciales, de la siguiente manera:

“La determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de

2. Sentencias del 3 de febrero de 1995. Expediente. 9142. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, 13 de julio de 1995. Expediente. 9848. Consejero Ponente. Dr. Ricardo Hoyos Duque, 18 de julio de 1997. Expediente 10.824. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque, 4 de septiembre de 1997 Expediente: 10 251. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁴Expediente 11878.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 28 de enero de 2009, Radicado: 50001-23-31-000-1992-03589-01.

actividades médico-asistenciales no ha sido pacífica en la jurisprudencia, como quiera que paralelamente a la postura que ha propendido por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos- de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación –durante un significativo periodo de tiempo- de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido- la carga de atender a los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, las pruebas de que dicho servicio fue prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad. Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación” (Negrillas fuera del texto).

En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos.

6. HECHOS PROBADOS

1. Documento de fecha 29 de abril de 2008 correspondiente a una formula médica, expedido por el médico tratante sin identificar de la Clínica Especialista de Turbaco, en

en la que se consigna que el medicamento a aplicar al señor DANIEL CHANCHILLA es diclofenaco ampolla (folio 11), el cual tenía la constancia de que fue entregado.

2. FORMATO ÚNICO DE PREFERENCIA Y CONTRA PREFERENCIA DE PACIENTES MUESTRAS Y ESTUDIOS, del HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, de fecha 18 de mayo de 2005 correspondiente al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA. En dicho documento se consignó lo siguiente:

"(...)"

Objeto de la Remisión: Valoración por neurología

"2. Motivo de la Consulta: Parenteritis en pie IZQ

"3. Enfermedad Actual: Refiere que hoy le aplicaron diclofenaco en glúteo IZQ presentando parenteritis en el pie izquierdo.

"(...)"

"5. PLAN: Valoración por Neurología" (Folio 12)

3. Autorización para consulta de neurología expedida por la EPS SALUDVIDA, del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, justificada en que el paciente presenta LESIÓN DEL NERVIIO CIÁTICO (Folio 22)

4. Resultados Electrodiagnosticos de fecha 27 de julio de 2008 del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA suscrito por el medico Neurólogo – Neurofisiológico del Centro Medico Clínica AMI, en la que se consignó lo siguiente:

"CONCLUSIÓN:

ESTUDIO NEUROFISIOLOGICO DE MIIZQ QUE EVIDENCIA COMPROMISO NEUROPATICO DEL N CIÁTICO COMÚN CON PREDOMINIO DE LA RAMA PERONEA Y CARACTERISTICA DE AXONOTMESIS, TOPOGRAFIA LESIONAL PROXIMAL POR ENCIMA DEL TERCIO SUPERIOR DEL MUSLO CARA POSTERIOR." (Folio 25 – 26)

5. Historia Clínica del Centro de Especialistas de Turbaco – Terapia Física de DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA en la que se señala lo siguiente:

“Mayo 20/08 2:00 pm: Recibo paciente de 62 de edad con DX compromiso del ciático 8 días de evolución para iniciar tratamiento de fisioterapia a la valoración presenta adormecimiento de los dedos del pie y el dorso del mismo, por lo que no hay sensibilidad.

El paciente refiere que en la noche persiste un dolor que se irradia en toda la pierna, presenta pie caído y marcha antalgica.

Tratamiento fisioterapéutico

- CRioterapia*
- Compresor caliente*
- Tens*
- Ejercicio Activos – Pasivos*
- Ejercicio fortalecimiento.*
- Reeductor marcha”*

Junio 12/08 3:00 pm Paciente finaliza sesiones de fisioterapia sin ninguna mejoría ya que continua con los mismos síntomas sugiero ser visto por el especialista.”

6. Evolución medica del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, en dicho documento se consigna lo siguiente:

“26/1/9/ P: Neuropatía Traumático del Ciático... Izquierdo...aplicación errónea de inyección intramuscular” (Folio 27)

De las pruebas obrantes en el plenario se tienen como probados los siguientes hechos: I) Que al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA le prescriben diclofenaco ampolla en el Centro de Especialista de Turbaco y que este medicamento le fue entregado en la misma institución; II) El 18 de mayo de 2008 CANCHILA MEDINA fue remitido al Hospital Local de Turbaco para valoración de neurología, toda vez que en esa misma fecha le habían aplicado diclofenaco en glúteo izquierdo presentando parenteria en el pie izquierdo; III) Que en la valoración neurológica el médico tratante le diagnosticó: *“Estudio neurofisiológico de MIIZQ que evidencia compromiso neuropatico del N ciatico común con predominio de la rama peronea y característica de axonotmesis, topografía lesional proximal por encima del tercio superior del muslo cara posterior”*; IV) Que la lesión que padece se debe a aplicación errónea de inyección intramuscular.

7. ANALISIS DEL CASO

Solicitan los demandantes se declare que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, es administrativamente responsable de los daños materiales y morales que reclaman como consecuencia de la lesión (Neuropatía Traumática del Ciático) que le fue ocasionada al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA por la indebida aplicación de una inyección intramuscular que presuntamente realizó una enfermera que trabajaba para la entidad demandada.

Sea lo primero señalar que si bien está demostrado que la lesión del nervio ciático que sufrió el señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA se debe a la indebida aplicación de una inyección intramuscular, no existe prueba que de certeza que dicha lesión sea imputable a la entidad demandada.

En efecto, se evidencia que la E.P.S. accionada intervino en la valoración de la lesión con posterioridad a su causación, para tratar la afección del pie, más no obran elementos de juicio que den cuenta de que la ampolla que le produjo el daño, le fue medicada o aplicada por un servidor de la E.P.S.

En el mismo sentido, se observa que el médico tratante de la Clínica Especialista de Turbaco le medica al señor CANCHILA MEDINA la aplicación de diclofenaco ampolla, sin embargo no existe prueba que brinde certeza de que esta Institución tenga algún tipo de vínculo jurídico con la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO. Tampoco obran testimonios u otros medios de pruebas que permitan inferir que el daño causado al actor le es imputable a la entidad demandada.

Así las cosas, si bien se probó el daño y su causa, no se encuentra demostrado uno de los elementos fundamentales que da lugar a la configuración de la responsabilidad del Estado, esto es, la imputación de tal irregularidad a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, de tal manera que le asiste razón al *a quo* al negar las pretensiones de la demanda, por tanto se confirmará la sentencia de primera instancia.

8. DE LA 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: Confirmar la sentencia de fecha 26 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, remitir al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO



114/124
i.c.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN 003
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPARACIÓN DIRECTA
Radicación : 13-001-33-31-003-2010-00035-02
Demandante : DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA Y OTROS
Demandado : E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO - BOLÍVAR
Tema : Responsabilidad medica – Falla del servicio.

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolivar procede a resolver el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2012, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de Reparación Directa de DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA contra la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO.

II. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA¹

1. LAS PRETENSIONES.

Textualmente:

"PRIMERA: Declárese que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, es administrativamente responsable de los daños materiales y morales causados en la persona del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, con ocasión del daño ocurrido en su pierna producto de la acción de la Administración a través de una empleada de la entidad demandada, el día 17 de mayo del 2008.

¹ 1-5

- Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO a PAGARLE, por concepto de DAÑOS MORALES a los señores ELONIA ISABEL CANCHILA MARGARITA, DORIA MARÍA CANCHILA ÁLVAREZ, MARELIS MARGARITA CANCHILA ÁLVAREZ, WILLY FRANK CANCHILA ÁLVAREZ, NIMIA DEL CARMEN CANCHILA VASQUEZ (hijo de la víctima) y la señora MARGARITA ISABEL ÁLVAREZ DIAZ (esposa de la víctima), la suma de CINCUENTA SALARIOS MINÍMOS LEGALES VIGENTES a cada uno de los demandantes.
- Condenar a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, a PAGARLE al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, por DAÑOS MORALES, la suma de CIENTO CINCUENTA SALARIOS MINÍMOS LEGALES VIGENTES.

DAÑOS MORALES (Lucro Cesante)

- Condénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, a pagarle al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, por concepto de daños materiales las sumas dejadas de percibir durante el tiempo que no ha podido continuar con su trabajo para el sustento de él y su señora esposa hasta que se dicte sentencia, liquidados desde el día 17 de mayo del 2008, fecha en que se produjo el daño hasta el día 19 de febrero del 2010 (fecha de presentación de la demanda), esto es la suma de DIEZ MILLONES SEPTECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL PESOS (\$10.777.000.00) MCTE.

"SEGUNDO: Que se condene en costas a la parte demandada, con su respectiva indexación."

2. HECHOS.

Los relata de la siguiente manera:

"PRIMERO: El día 17 de mayo del 2008, el señor DANIEL CACHILA, se traslado a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, para que le aplicaran una ampolla de Diclofenaco, dicha ampolla fue aplicada por la enfermera de turno la señora NAYIBIS ARRIETA, en el glúteo izquierdo.

“SEGUNDO: Desde el mismo momento en que le fue aplicada la ampolla, el señor DANIEL CANCHILA empezó a sufrir de un dolor intenso desde el glúteo izquierdo, corriéndole dicho dolor por toda la pierna hasta llegar a los dedos del pie.

“TERCERO: Al día siguiente se presentó a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, porque era muy intenso el dolor en la pierna y no podía caminar, en dicha entidad lo atendió el Dr. RAUL CASTRO, quien lo examina y lo envía a Neurología.

“CUARTO: En la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, fue atendido por el Dr. Jairo Pareja Ángel, quien es especialista en neurología, quien en su diagnóstico concluye que hay una LESIÓN DEL NERVIO CIÁTICO, como se puede comprobar con la historia clínica que se aporta.

“QUINTO: El Dr. JAIRO PAREJA ÁNGEL, quien es especialista tratante, lo envía a que sea valorado por Fisioterapia y le manda 30 sesiones. Mi poderdante es remitido donde la Doctora Lisett Sánchez, quien le realiza el tratamiento, pero al finalizar las sesiones de fisioterapia el señor Canchila, no tiene mejoría alguna y es remitido nuevamente al especialista en Neurología, como lo informa la profesional en la historia clínica que se aporta.

“SEXTO: El 24 de julio del 2008, el Doctor Martin Torres Zambrano, quien es especialista en Neurología-Neurofisiología, le realiza un estudio de Neurofisiología de MIIZQ y concluye que evidencia compromiso neuropático del N Ciática común con predominio de la rama peronea. (Anexo estudio)

“SEPTIMO: nuevamente es enviado donde el especialista en neurología Dr. Jairo Pareja Ángel y el día 22 de agosto de 2008, diagnostica nuevamente que el señor Daniel Canchila sigue mal, como se puede observar en la evolución médica.

“OCTAVO: El día 26 de enero de 2009, es nuevamente valorado por el médico tratante Dr. Jairo Pareja Angel, especialista en neurología, quien nuevamente diagnostica: "Neuropatía traumática del ciático pierna izquierda, según trauma a la aplicación errónea de inyección intramuscular, apporto formato de evoluciones médicas de la ESE Hospital Universitario del Caribe".

“NOVENO: Mi patrocinado señor DANIEL CANCHILLA, hasta el momento de la presentación de esta demanda, se encuentra sin poder caminar, perdiendo el movimiento de la pierna.

“DÉCIMO: El señor DANIEL CANCHILA, antes de aplicarse dicha inyección, se ganaba el sustento de él y de su esposa, con un pequeño negocio que tenía en la plaza de Turbaco, (una chaza) donde vendía toda clase de mekatos, chichas, refrescos.

“DÉCIMO PRIMERO: Como producto de las ventas mensuales, mi poderdante como muy poco se ganaba un salario mínimo, que le servía para mantener a todo su núcleo familiar, ya que no tiene pensión alguna para sobrevivir, y desde el mes de mayo del 2008, el señor Canchila, no ha podido trabajar y está atravesando una situación económica difícil, Ya que carece de sustento y es una persona de la tercera edad, la cual tiene una especial protección del Estado.”

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

No contestó la demanda.

C. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias profirió sentencia el 26 de abril de 2012, denegando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones que se transcriben:

“(…)”

Afirma la parte actora, que el hecho causante del daño antijurídico sufrido por el señor Daniel Canchila Medina fue la aplicación de una ampolla de diclofenaco en su glúteo izquierdo, la cual le fue colocada por una enfermera de la ESE Hospital Local de Turbaco, de nombre Nayibis Arrieta, pues, a partir de ese mismo momento empezó a sufrir de un intenso dolor en el glúteo izquierdo y por toda la pierna hasta los dedos del pie izquierdo. Hasta que posteriormente, se le diagnosticó que presentaba una lesión en el nervio ciático.

Examinado el acervo probatorio allegado al proceso, se encontró la receta de la ampolla de diclofenaco a la que alude el señor Canchila (ver folio 11), con anotación de entregado, expedida por la Clínica de Especialistas Turbaco.

Ahora bien, se observa que no existe prueba en el libelo que demuestre que la mencionada ampolla de diclofenaco le haya sido aplicada en las instalaciones de la ESE Hospital Local de Turbaco como lo expresa el demandante, pues, solo consta como en el párrafo anterior se dijo, que la ampolla le fue recetada y entregada en fecha 26-04 de 2008, por una entidad médica diferente a la accionada, pero no hay

ningún otro medio probatorio que permita establecer que fue una enfermera funcionaria de la ESE Hospital Local de Turbaco la que se la colocó.

En ese sentido, no es posible atribuir los hechos causantes del daño antijurídico padecido por el actor a la entidad demandada, de manera que no se configura en el sub judice el elemento imputación fáctica o nexo de causalidad.

Así las cosas, como quiera que se encontró la falta de concurrencia de uno de los requisitos necesarios para que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, por lo tanto, la decisión a proferir por el Despacho no puede ser otra que desestimatoria de las pretensiones de la demanda.

(...)

D. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación con fundamento en las razones que nos permitimos transcribir:

“1. Se encuentra en su despacho demanda de REPARACION DIRECTA, impetrada por el señor DANIEL CANCHILA MEDINA contra la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, donde se solicita que se declare que la entidad demandada es administrativamente responsable de los daños materiales y morales al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA y OTROS, con ocasión del daño ocurrido en la pierna producto de la acción de la administración a través de una empleada de la entidad demandada, el día 17 de agosto del 2008.

“2. Quedo plenamente demostrado en el transcurso del proceso que existen diversos elementos probatorios en el proceso que demuestran la negligencia e impericia de la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, en la ejecución del procedimiento de inyectología causante del perjuicio.

“3. El Juez de primera instancia incurrió en protuberantes defectos sustantivos y fácticos, por no presumirse la culpa del demandado en la producción del hecho generador de responsabilidad civil y al haber exonerado a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO — BOLIVAR de responsabilidad, por no encontrarse pruebas que demostraran su actuar culposo en la aplicación de la inyección que le produjo una lesión del nervio ciático al demandante, aún a pesar de existir diversas pruebas en el plenario que permitían tener por acreditada tal circunstancia.

"4. Además es importante recordar que la parte demandada no se hizo parte dentro del proceso, e hizo caso omiso a las citaciones realizadas por la Procuraduría 22 Judicial II para Asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar y a las notificaciones del Despacho.

"5. El Juez de Primera Instancia incurrido en un defecto sustantivo por dejar de presumir la culpa de la entidad demandada y fáctico, por no haber apreciado algunas pruebas que acreditaban la culpa de la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, en la aplicación de la inyección de Diclofenaco que le generó un ario en el nervio ciático, aduciendo que no existía la prueba, siendo que existe la historia clínica en el expediente y que además la ESE no se hizo parte en el proceso para controvertir las pruebas.

"6. Adicionalmente, con independencia de acogerse la existencia de un defecto sustantivo por indebida aplicación del régimen probatorio de la culpa, el Juez de Primera Instancia incurrió en un defecto fáctico, ya que en el plenario sí se demostró de manera fehaciente y rotunda la negligencia e imprudencia de la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, en la aplicación de la inyección, como se demuestra con el dictamen del neurólogo tratante.

"La Honorable Corte, explica que tratándose de este tipo de responsabilidad, debido a la dificultad técnica y científica que entraña la demostración del error de conducta en que pudo haber incurrido el funcionario durante el acto médico, es decir, la aplicación de la inyección, la jurisprudencia y la doctrina especializada han considerado prudente, por razones de justicia y equidad, desplazar la carga probatoria a la parte demandada ya que es aquella quien en la mayoría de los casos, está mejor capacitada para acreditar la verdadera causa del perjuicio.

Es de anotar que la responsabilidad médica se rige por un régimen probatorio de culpa presunta, dentro del cual la naturaleza negligente e incuriosa del hecho se presume, por lo cual el demandante sólo debe probar la existencia del daño y el vínculo de causalidad."²

E. TRASLADO DE SEGUNDA INSTANCIA

1. DEMANDANTE

No alegó.

² Folio 103 a 104

2. DEMANDADA

No alego.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

III. TRAMITE

1. Por providencia de fecha 24 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación (folio 109)
2. Por auto de fecha 30 de octubre de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar (folio 112)
4. El 1 de febrero de 2013 ingresó al Despacho para dictar sentencia (folio 113)

IV. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir decisión de fondo, no sin antes precisar las siguientes cuestiones previas:

1. COMPETENCIA.

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de un recurso de apelación contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Los hechos que dieron lugar a la presente acción ocurrieron, según se pudo establecer, el 17 de mayo de 2008 y los accionantes presentaron la demanda el día 19 de febrero de 2010, es decir, dentro del término de dos años que establece el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3. PROBLEMA JURIDICO

¿Determinar si la entidad demandada es responsable a título de falla del servicio por la inadecuada aplicación de una inyección intramuscular que trajo consigo lesión en el nervio ciático del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA?

4. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1. De la responsabilidad del Estado en la Prestación de los Servicios Médicos.

La Constitución Política de 1991, trajo consigo la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como también el concepto de daño antijurídico, es por esto que el artículo 90 de la Constitución Política, consagra que el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Se tiene entonces que, la existencia del daño antijurídico constituye el elemento esencial de la posibilidad de reparación de los perjuicios, siempre que el daño sea imputable a una entidad estatal.

Cabe destacar, que hasta 1990 el régimen de imputación atribuible al Estado por la responsabilidad en la prestación de los servicios médicos, fue el de la falla probada, es decir le correspondía al actor, demostrar la prueba de la falla o la culpa del Estado en la prestación del servicio.

Posteriormente el Consejo de Estado en sentencia de fecha 24 de octubre de 1990, consideró pertinente la aplicación del inciso tercero del artículo 1604 del Código Civil, es decir que en tratándose de los daños ocurridos como consecuencia de la prestación de un servicio médico u hospitalario, el Estado debía probar que actuó con total diligencia y cuidado.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión de 30 de junio de 1992, expediente No. 6897, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales médicos, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos, en otras palabras se consideró que el paciente en muchas ocasiones no cuenta con los conocimientos científicos, ni los elementos que le permitan acreditar la falla del servicio, es por esto

que se consideró que la administración pública sanitaria, se encuentra mejor capacitada para probar que su actuación de ciñó a los lineamientos profesionales respectivos y a la lexartis.

Posteriormente y en aplicación del principio de las cargas dinámicas de la prueba³, se consideró que la presunción de responsabilidad del Estado, de los daños ocasionados en la prestación de los servicios médicos, debía ser general, por lo tanto la entidad demandada tenía la obligación de probar que no existió falla en el servicio.

En sentencia de fecha 10 de febrero de 2000⁴, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se cuestionó la interpretación generalizada que se le había dado a la presunción de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en la prestación médico-hospitalaria; de igual manera se consideró que la aplicación del principio de las cargas dinámicas en todos los eventos, equivalía a una petrificación de dicho principio. Aunado a lo anteriormente el Consejo de Estado en dicha sentencia señaló:

“...No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”.

El H. Consejo de Estado⁵ se ha pronunciado sobre la determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se pretende la declaración de responsabilidad del Estado, por actividades médico asistenciales, de la siguiente manera:

“La determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de

2. Sentencias del 3 de febrero de 1995. Expediente. 9142. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, 13 de julio de 1995. Expediente. 9848. Consejero Ponente. Dr. Ricardo Hoyos Duque, 18 de julio de 1997. Expediente 10.824. Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque, 4 de septiembre de 1997 Expediente: 10 251. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁴Expediente 11878.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 28 de enero de 2009, Radicado: 50001-23-31-000-1992-03589-01.

actividades médico-asistenciales no ha sido pacífica en la jurisprudencia, como quiera que paralelamente a la postura que ha propendido por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos- de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación –durante un significativo periodo de tiempo- de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido- la carga de atender a los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, las pruebas de que dicho servicio fue prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad. Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación” (Negrillas fuera del texto).

En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos.

6. HECHOS PROBADOS

1. Documento de fecha 29 de abril de 2008 correspondiente a una formula médica, expedido por el médico tratante sin identificar de la Clínica Especialista de Turbaco, en

en la que se consigna que el medicamento a aplicar al señor DANIEL CHANCHILLA es diclofenaco ampolla (folio 11), el cual tenía la constancia de que fue entregado.

2. FORMATO ÚNICO DE PREFERENCIA Y CONTRA PREFERENCIA DE PACIENTES MUESTRAS Y ESTUDIOS, del HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, de fecha 18 de mayo de 2005 correspondiente al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA. En dicho documento se consignó lo siguiente:

"(...)"

Objeto de la Remisión: Valoración por neurología

"2. Motivo de la Consulta: Parenteritis en pie IZQ

"3. Enfermedad Actual: Refiere que hoy le aplicaron diclofenaco en glúteo IZQ presentando parenteritis en el pie izquierdo.

"(...)"

"5. PLAN: Valoración por Neurología" (Folio 12)

3. Autorización para consulta de neurología expedida por la EPS SALUDVIDA, del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA, justificada en que el paciente presenta LESIÓN DEL NERVIIO CIÁTICO (Folio 22)

4. Resultados Electrodiagnosticos de fecha 27 de julio de 2008 del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA suscrito por el medico Neurólogo – Neurofisiológico del Centro Medico Clínica AMI, en la que se consignó lo siguiente:

"CONCLUSIÓN:

ESTUDIO NEUROFISIOLOGICO DE MIIZQ QUE EVIDENCIA COMPROMISO NEUROPATICO DEL N CIÁTICO COMÚN CON PREDOMINIO DE LA RAMA PERONEA Y CARACTERISTICA DE AXONOTMESIS, TOPOGRAFIA LESIONAL PROXIMAL POR ENCIMA DEL TERCIO SUPERIOR DEL MUSLO CARA POSTERIOR." (Folio 25 – 26)

5. Historia Clínica del Centro de Especialistas de Turbaco – Terapia Física de DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA en la que se señala lo siguiente:

“Mayo 20/08 2:00 pm: Recibo paciente de 62 de edad con DX compromiso del ciático 8 días de evolución para iniciar tratamiento de fisioterapia a la valoración presenta adormecimiento de los dedos del pie y el dorso del mismo, por lo que no hay sensibilidad.

El paciente refiere que en la noche persiste un dolor que se irradia en toda la pierna, presenta pie caído y marcha antalgica.

Tratamiento fisioterapéutico

- CRioterapia*
- Compresor caliente*
- Tens*
- Ejercicio Activos – Pasivos*
- Ejercicio fortalecimiento.*
- Reeductor marcha”*

Junio 12/08 3:00 pm Paciente finaliza sesiones de fisioterapia sin ninguna mejoría ya que continua con los mismos síntomas sugiero ser visto por el especialista.”

6. Evolución medica del señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DEL CARIBE, en dicho documento se consigna lo siguiente:

“26/1/9/ P: Neuropatía Traumático del Ciático... Izquierdo...aplicación errónea de inyección intramuscular” (Folio 27)

De las pruebas obrantes en el plenario se tienen como probados los siguientes hechos: I) Que al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA le prescriben diclofenaco ampolla en el Centro de Especialista de Turbaco y que este medicamento le fue entregado en la misma institución; II) El 18 de mayo de 2008 CANCHILA MEDINA fue remitido al Hospital Local de Turbaco para valoración de neurología, toda vez que en esa misma fecha le habían aplicado diclofenaco en glúteo izquierdo presentando parenteria en el pie izquierdo; III) Que en la valoración neurológica el médico tratante le diagnosticó: *“Estudio neurofisiológico de MIIZQ que evidencia compromiso neuropatico del N ciatico común con predominio de la rama peronea y característica de axonotmesis, topografía lesional proximal por encima del tercio superior del muslo cara posterior”*; IV) Que la lesión que padece se debe a aplicación errónea de inyección intramuscular.

7. ANALISIS DEL CASO

Solicitan los demandantes se declare que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, es administrativamente responsable de los daños materiales y morales que reclaman como consecuencia de la lesión (Neuropatía Traumática del Ciático) que le fue ocasionada al señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA por la indebida aplicación de una inyección intramuscular que presuntamente realizó una enfermera que trabajaba para la entidad demandada.

Sea lo primero señalar que si bien está demostrado que la lesión del nervio ciático que sufrió el señor DANIEL ANTONIO CANCHILA MEDINA se debe a la indebida aplicación de una inyección intramuscular, no existe prueba que de certeza que dicha lesión sea imputable a la entidad demandada.

En efecto, se evidencia que la E.P.S. accionada intervino en la valoración de la lesión con posterioridad a su causación, para tratar la afección del pie, más no obran elementos de juicio que den cuenta de que la ampolla que le produjo el daño, le fue medicada o aplicada por un servidor de la E.P.S.

En el mismo sentido, se observa que el médico tratante de la Clínica Especialista de Turbaco le medica al señor CANCHILA MEDINA la aplicación de diclofenaco ampolla, sin embargo no existe prueba que brinde certeza de que esta Institución tenga algún tipo de vínculo jurídico con la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO. Tampoco obran testimonios u otros medios de pruebas que permitan inferir que el daño causado al actor le es imputable a la entidad demandada.

Así las cosas, si bien se probó el daño y su causa, no se encuentra demostrado uno de los elementos fundamentales que da lugar a la configuración de la responsabilidad del Estado, esto es, la imputación de tal irregularidad a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, de tal manera que le asiste razón al *a quo* al negar las pretensiones de la demanda, por tanto se confirmará la sentencia de primera instancia.

8. DE LA 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: Confirmar la sentencia de fecha 26 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, remitir al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1334
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2006-01312-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE 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 DECISIÓN No. 002

Cartagena de Indias D.T. y C., seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho|
Demandante: Corporación Colombiana de Logística S.A.
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Expediente : 13-001-23-31-004-2006-01312-01

Tema: Incumplimiento Régimen de Tránsito Aduanero

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte, contra la sentencia de fecha 9 de Junio de 2010, por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del proceso instaurado por la COORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

-Que se declare la nulidad del Requerimiento Sancionatorio Aduanero No.00226 de fecha vi-15-05; y de las Resoluciones No.000080 del I-18-06 y 000844 de III-30-06; por medio de las cuales la entidad demandada le impuso sanción económica a título de multa en cuantía de VEINTICINCO MILLONES SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$25.060.000 m/cte) por incumplimiento al régimen aduanero.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la accionada desistir de toda acción sancionatoria contra la sociedad demandante como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la accionada desistir de toda acción sancionatoria contra la sociedad demandante como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Señala el libelo de la demanda, que la Administración Especial de Especial de Aduanas de Cartagena con fecha de 21 de Abril de 2004 aceptó y autorizó a TRANSPORTES SARVI LTDA y a la sociedad demandante la continuación de viaje No. 001540 de fecha 21 de Abril de 2004, en el formato de autorización de viaje No. 002584 del IV-19-2004, cuyo destinatario era TRANSPORTES CETTA ZONA FRANCA en Bogotá, sobre mercancía consistente en 2065 unidades de Galletas surtidas que venían embaladas en el Contenedor No. TRLU 354633-2 procedente de PORT EVERGLADES, el cual se encontraba debidamente sellado y precintado.

Que concluido el Régimen de Tránsito Aduanero, con fecha 29 de Abril de 2004, la DIAN Seccional Bogotá, en compañía del representante legal del Depósito o Usuario de la Zona Franca TRANSPORTES CETTA, suscribieron el Acta de inventario e inconsistencia No. 2171 de fecha 23 de Abril de 2004, en la que se indicó que existía un faltante de 9 cajas menos, es decir, salió con 2065 cajas, pero físicamente llegaron 2056.

Que mediante Requerimiento Especial Aduanero Sancionatorio No. 000226 del 15 de Junio de 2005, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la demandante por la suma de \$32.305.000 por la infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena-División de Liquidación, optó por sancionar a la sociedad demandante y para tal efecto profirió la Resolución No. 002011 12 de 2005, imponiéndole una sanción pecuniaria de \$25.060.000 por un supuesto incumplimiento al Régimen de Tránsito Aduanero.

Que la sociedad sancionada presentó recurso de reconsideración el cual fue resuelto por la entidad demandada de manera desfavorable confirmando la sanción impuesta.

Que con la expedición de la Resolución No. 000844 del III-31-2006, notificada el 11 de Abril de 2006, se agotó la vía gubernativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En el acápite del concepto de la violación de las normas citadas en la demanda, se expone la parte demandante que la DIAN de Cartagena, considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 6, 29, 83 y 209

Legales: Arts. 364-369 del Decreto 2685/99; Art. 1 Decreto 1198/2000; Código de Comercio: el Inciso 2 del Artículo 1027 Conceptos No. 600021-00754 IX-7-2000, 6200.001-07451 VII-5-04 y 62001-00738 IX-04-2000 emitidos por la DIAN-SUBDIRECCIÓN DE COMERCIO EXTERIOR, Artículo 21 de la Decisión 331 de 1993.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 83, numeral 9 del Artículo 140 y 303. Decreto 2685/99: Artículo 336-Resolución 4240 VI-02-02 por falta de integración de la Litis consorcio necesario.

Sostiene que la DIAN viola el Debido proceso. Silencio Administrativo Positivo. Decreto 2685/99; Artículos 497, 509 y 519, Decreto 1198/00; Artículo 23 Decreto 01/94: Artículo 41 (Código Contencioso Administrativo)

Decreto 2685/99; Artículo 510 (Notificación y Respuesta al Requerimiento Especial Aduanero)-Artículo 1 del Decreto 1198.

Alega ausencia de tipicidad entre la norma invocada numeral 3.1.1. Artículo 497 Decreto 2685/99: "*Entregar la Mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos peso o cantidad al consignado en la declaración de tránsito aduanero*" y la supuesta infracción.

Por otro lado, afirma que las resoluciones impugnadas desconocen y violan la preceptiva el Artículo 1027 Inciso 2º del Código de Comercio, ya que confirma que el contenedor tiene un tratamiento de bulto o consolidado cuando no es obligatorio del transportador ni de los depósitos habilitados, la desconsolidación o desocupado de los mismos, entendiéndose por contraposición que en los únicos eventos en que cabe esta

obligación, es cuando la condición no es FCL (Full Container Load), sino LCL (Less than container Load).

Estima que en la práctica y la interpretación aduanera "bulto" se asimila al del contenedor, caja o unidad de empaque y para este tipo de operaciones multimodales se trata al contenedor como bulto bajo condiciones FCL o consolidado y consistente en el paquete o unidad de carga o de transporte en la que no se involucra ni interviene el transportador por carecer de título o facultad legal ni contractual para hacerlo.

En las consideraciones de orden contractual, la DIAN reconoce la naturaleza contractual del transporte de carga en la misma Circular 0188 del 26 de julio/99, C.C.L.S.A. y TRANSPORTES SARVI LTDA, carecen de responsabilidad aduanera, toda vez que, la aduana dentro de su función pública como entidad que ejerce la función aduanera relativa al comercio exterior del país, debe tener en cuenta, no solo los preceptos legales sobre responsabilidad previstos en los Artículos 356 y 372 del Decreto 2685/99 y normas reglamentarias, sino que también debe considerar normas de carácter general de orden civil o comercial sin omitir el régimen de responsabilidad derivado de las relaciones contractuales, bajo la modalidad de contratos de transportes de mercancías en términos FCL/FCL, Shipper's Load, Stow and Count-Said to Contain, siendo el contenedor el instrumento más importante de las operaciones multimodales en el mundo y sobre lo cual la misma aduana ha basado la seguridad de aquellas que se efectúan dentro de los diversos esquemas de tránsito aduanero según la normatividad existente.

Respecto al silencio administrativo positivo, señala que las resoluciones sancionatorias y el procedimiento adelantado desconocen el debido proceso, por falta de aplicación del silencio administrativo positivo, señala el Art. 509 del Decreto 2685 y el inciso 2 del Art. 41 C.C.A., y los transcribe.

Considera que en este caso se consumó el silencio administrativo positivo en contra de la DIAN-Cartagena, por cuanto como se comprueba con los documentos obrantes en el proceso, particularmente el Acta de Inventario e inconsistencias No. 2171 aparece emitida y suscrita el 23 de Abril de 2004 y es a partir de esa fecha que se cuentan los 30 días de que disponía el Artículo 509 del Decreto 2685/99 en concordancia con el inciso 2 del Artículo 41 del Decreto 01/94 le conceden a la DIAN para haber formulado en el tiempo el requerimiento, la DIAN lo podía hacer solo hasta el 23 de mayo de 2004, proponiendo la sanción de \$25.060.000.00, lo cual conduce a que el requerimiento, es extemporáneo e ilegal.

Explica que a pesar de lo antes dicho, la DIAN en Resolución No. 0002011 del X-12-05 decidió que no se configuró el silencio administrativo positivo, pues, en el presente caso el término de 30 días comienza a correr a partir del vencimiento del término probatorio decretado con Resolución No. 02017 del 21 de julio de 2005, que la última prueba fue allegada el **26 de septiembre de 2005**, por tanto, a partir de ahí los 30 días se vencen en noviembre 8/2005.

Por otro lado, el apoderado de la parte demandante relaciona documentos obrantes en el proceso, los cuales se erigen en la plena prueba de que:

a) La actuación se inició el día 23 de abril de 2004, con la elaboración y suscripción del acta de inventario e inconsistencia No. 02171 de dicha fecha.

b) Que la actuación concluyó con la expedición de la Resolución Sancionatoria No. 002011 del 12 de octubre de 2005.

c) Que la decisión es extemporánea e ilegal por no producirse decisión de fondo, dentro del término perentorio de 12 meses que ordena el último inciso del Artículo 519 del Decreto 2685/99, se ha violado también el inciso 2 del Artículo 41 del Decreto 01/94.

d) Que entre la fecha de inicio de la actuación de la actuación y la decisión de fondo, transcurrieron más de 16 meses.

e) Que se produjo el Silencio Administrativo Positivo por dos caminos:

1) Por el incumplimiento del término de un mes para formular el requerimiento especial aduanero, que se produjo 13 meses después de establecida la presunta infracción administrativa aduanera.

2) Por incumplimiento del término de 12 meses para decidir de fondo, pues esta actuación se inició el 23 de abril de 2004 y la decisión de Fondo se produjo el 12 de octubre de 2000. Así mismo recuerda lo que establece el Art. 22 de la decisión 331 del Acuerdo de Cartagena, sobre el Transporte Multimodal Internacional.

Con relación a la tipicidad entre la norma invocada Numeral 3.1.1. Artículo 497 Decreto 2685 y la supuesta infracción, indica que no se configura tal infracción, por cuanto, lo sucedido contraría la doctrina de la propia DIAN, vale decir, que la mercancía pesó mucho más al tiempo de la conclusión del Régimen de Continuación de Viaje en la Aduana de Bogotá en relación con el peso de la mercancía tomada de la Aduana de partida en Cartagena.

Concluye que la sociedad actora y Transportes SARVI LTDA, gestionaron y obtuvieron de la DIAN la autorización para la Continuación del viaje –Tránsito Aduanero para el trayecto entre Cartagena-Bogotá, por lo tanto debió vincularse a la Empresa TRANSPORTES SARVI LTDA, la cual tiene constituida a favor de la DIAN póliza de cumplimiento para garantizar la finalización del régimen, sin embargo, el trámite administrativo adelantado incluyó el requerimiento especial aduanero No. 000226 de fecha 15 de junio de 2004, omitió vincular al proceso al principal obligado en el cumplimiento del Régimen TRANSPORTES SARVI LTDA.

LA DEFENSA

Por su parte, la DIAN en la contestación de la demanda (fls.244-264) expresa que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, fundamentándose en lo siguiente:

Alega que el demandante realiza una transcripción de los Artículos mencionados, pero no desarrolla el concepto de la violación, por lo que se impide ejercer la defensa en debida forma.

Sostiene que el Artículo 364 del Decreto 2685/99 no contempla ninguna prohibición en sentido estricto para la autoridad aduanera, en cuanto a realizar inspección física de las mercancías que serán sometidas a continuación de viaje, simplemente establece unos límites en los cuales dicha inspección puede darse.

Sostiene que dicho Artículo ordena además a la autoridad aduanera a realizar inspección y dejar constancia del resultado de la diligencia, hecho observado en dicha continuación del viaje, luego entonces, no estamos en presencia de una práctica anormal o ilegal, sino ante el debido ejercicio de la potestad aduanera. Es responsabilidad del declarante de la modalidad estar presente en las actuaciones referentes a la misma y su no asistencia implica conformidad con lo allí concluido y realizado.

Afirma que la DIAN no realiza esta diligencia sin la presencia del usuario aduanero respectivo, pero su no asistencia no tiene ninguna consecuencia jurídica.

En lo concerniente a las inconsistencias que se presentan en los documentos de viaje por sobrantes o faltantes, estos han sido previstos y analizados por el Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), los conceptos de la división de normativa y la doctrina y la

Circular 0188 de 2000, y oficio No. 041451 de julio 5 de 2002, relaciona y transcribe el Artículo 98, interpretado a través de la Circular 188 de julio 26 de 2000, indicando cuando se genere la obligación de informar la cual transcribe también.

Continúa argumentando, que con respecto al Artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, la Circular 0188 de 2000 y el concepto 016 de enero 19 de 2001, realiza las siguientes consideraciones:

1. El Artículo 98 del decreto 2685 de 1999, la Circular 0188 de 2000, es aplicable para las mercancías que ingresen en la modalidad de importación.

2. Cuando la Circular 0188 de 2000 y el Concepto 016 de enero 21 de 2001, hacen referencia a las inconsistencias que se presentan se refieren al momento del arribo de la mercancía y no cuando esta llega a su destino, por lo tanto, no serían aplicables a este caso, porque las inconsistencias se detectaron al momento de recibo de las mercancías en la aduana de destino.

3. Con respecto a la Circular 0188 en la que al parecer se presenta una contradicción porque en el penúltimo inciso se toma como bulto al contenedor sin desconsolidar y en la conclusión final toma los sobrantes o faltantes como bultos independientes del bulto en el que van embalado, por esta razón, mediante oficio No. 041451 de 5 de julio de 2002, la subdirectora de comercio exterior aclaró las dificultades relacionadas, basado en las consideraciones anteriores, procede a realizar un análisis documental y legal a la declaratoria de incumplimiento del régimen de tránsito de continuación de viaje No. 01540 del 4 de abril de 2004.

Frente a las consideraciones de orden contractual expuestas por el apoderado de la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., el despacho no las desconoce, solo que su aplicación se circunscribe al momento en que se suscita la controversia, al configurarse una infracción aduanera las normas aplicables serán las consagradas en el estatuto aduanero y los acuerdos internacionales que regulan la materia.

Desde el mismo momento 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.

Mientras la legislación aduanera mantenga como parámetro para medir el cumplimiento de esta obligación del transportador los datos consignados en la **C de V**, la información

que en ella se consigne es la que marcará la pauta para determinar si el transportador cumplió con la entrega completa de la mercancía ante la aduana de destino, de manera que independientemente del contrato privado que celebre con el consignatario o con el operador logístico, por ley, el transportador responde por la cantidad de 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.

Configuración del Silencio Administrativo Positivo. Para oponerse a este cargo aclara que:

"1. El vencimiento de términos para proferir el requerimiento especial aduanero no está sancionado con el silencio administrativo positivo, en tal sentido, se acogen a lo señalado en el Artículo 41 del C.C.A.

2. No ha ocurrido el fenómeno del silencio administrativo positivo por haber transcurrido más de doce meses sin haber desarrollado el proceso por dos razones fundamentales:

2.1 El proceso Administrativo Aduanero se inicia con la notificación del requerimiento especial aduanero al sujeto investigado, a partir de este acto se traba la Litis.

En el presente caso, el requerimiento especial aduanero 00226 del 15 de Junio de 2005, fue notificado el día 22 de Junio de 2005, de manera que el año para terminar el proceso se vencía el 22 de Junio de 2006, y el acto administrativo No. 02011 que decidió de fondo la imposición de la sanción se expidió el 12 de octubre de 2005 y su confirmatoria la Resolución 000080 del 18 de enero de 2006, es decir, seis meses antes de que venciera el supuesto plazo.

3. La doctrina oficial de la DIAN expresada en conceptos Jurídicos tiene carácter vinculante para los funcionarios de acuerdo con el Artículo 264 de la Ley 223 de 1995 y el Artículo 18 del Decreto 1071 de 1999. Si son actos administrativos como lo ha dicho el Consejo de Estado en la Sentencia del 26 de Octubre de 1.995.Expediente 3088.Consejero Ponente. DR: Guillermo Chaín Lizcano."

Por otro lado, sostiene que el requerimiento especial no contiene una decisión de la administración que genere una situación jurídica particular y concreta, pues, solo hasta ese momento se está proponiendo al administrado contra el cual se dirige, explique la ocurrencia de unos hechos que se presumen van en contra del orden legal aduanero establecido.

Así las cosas, no puede derivarse de la tardanza en la expedición del requerimiento, la ocurrencia del silencio positivo.

Concluye que no puede alegarse que no le cabe responsabilidad al operador de transporte multimodal, pues es el responsable de toda la operación, solo que en el presente caso contrata con otra empresa transportadora el transporte de la carga hasta la aduana de destino, sin que por esta razón se exima de responsabilidad. Se precisa que conforme a lo previsto en el Artículo 374 del Decreto 2685 de 1999, la subcontratación que realiza el operador de transporte multimodal para la ejecución de la operación en el término autorizado por la Aduana de partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en el caso de la pérdida de la mercancía, concluyéndose que el operador de transporte multimodal es el sujeto procesal a cuyo nombre debe adelantarse la investigación.

EL FALLO RECURRIDO

(Fls. 321-348)

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 9 de Junio de 2010, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos:

Consideró el Juez de primera instancia, que de las pruebas que reposan en el expediente se concluye que la sociedad actora transportó una unidad de carga desde la ciudad de Cartagena hasta Bogotá; que al hacer entrega del mismo, éste se encontraba con los precintos intactos, y además que en el Documento de Transporte Multimodal que amparaba, se describió la mercancía en la casilla 16 con una cantidad de 2065 cajas, pero físicamente llegaron 2056 presentándose una inconsistencia de 9 cajas).

Que en la Continuación de viaje No. 19 de fecha 26 de abril de 2004 (fl10 Cuaderno de pruebas) indicó la Administración de Aduana de Bogotá al verificar la Continuación de Viaje No. 01540 de fecha 21-04-04, encontró que la mercancía arribada a la aduana de destino contenía una cantidad inferior a la registrada, dejando la siguiente observación: "*Autorización en C,V 2065 cajas y se recibieron 2056.Faltantes 9 cajas*".

Que la Administración de aduanas formuló el requerimiento especial aduanero No. 000226 de fecha 15 de junio de 2005, partiendo de las inconsistencias plasmadas

tanto en el acta de inconsistencia No. 2171 de fecha 23 de abril de 2004 como en el acta de verificación de continuación de viaje No. 19 de fecha 26 de abril de 2004, es claro que el término de treinta (30) días establecidos en el Artículo 509 transcrito, se cuenta a partir de la situación indicada en el literal a) anterior, esto es, a partir de la fecha en que se establece la presunta comisión de la falta, valga decir, a partir de la fecha en que la administración levantó el acta de verificación de continuación de viaje No. 19 de fecha 26 de abril de 2004, por lo tanto, es claro que a partir de esta fecha comienza a contarse el término de 30 previsto en el Artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, para proferir el requerimiento aduanero.

Visto lo anterior, se tiene que el acta de verificación No. 19 se levantó el día 26 de Abril de 2004 y el requerimiento especial aduanero solo se formuló el día 15 de junio de 2005, es decir, 14 meses después y 20 días después de la fecha en que se estableció la presunta comisión de la falta aduanera. Sin embargo, no existe disposición alguna que establezca que la pretermisión de dicho término da lugar a la pérdida de competencia de la DIAN para iniciar el procedimiento sancionatorio por infracción a la legislación aduanera, ni le impide imponer una sanción dentro del trámite que comienza con el requerimiento, como bien lo ha sostenido la sección primera del H. Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos.

Además, una interpretación diferente lleva a desconocer los términos legales establecidos en los Artículos 512 y 515 del mencionado Decreto 2685 de 1999, para proferir las decisiones de fondo; términos cuya observancia si producen la consecuencia jurídica del silencio administrativo positivo, porque así lo prevé expresamente el Art 519 ibídem, modificado por el Decreto 1189 del 29 de junio de 2000, de tal suerte que, dado el carácter excepcional del silencio administrativo positivo (Artículo 41 del Código Contencioso Administrativo), no es posible extender los efectos del mismo a eventos no previstos por el legislador, como lo pretende el actor para el caso de marras.

Sostiene que, si el Art 515 del Decreto 2685 de 1999, señala que *"contra el acto administrativo que decida de fondo procede el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación"* (...), resulta diáfano de la lectura a la disposición citada que, el requerimiento especial aduanera no es el acto que define de fondo respecto de la sanción aduanera por la infracción establecida en el Art. 497 del numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999.

En igual sentido, el Art. 512 del Decreto 2685 de 1999 establece que " vencido el término previsto en el inciso primero del Artículo 505-1 del presente decreto o el término previsto en el inciso segundo del artículo 510 sin que hubiere presentado el documento de objeción a la aprehensión o la respuesta al requerimiento especial aduanero, la autoridad aduanera dispondrá de quince (15) días para decidir de fondo sobre la situación jurídica de la mercancía aprehendida, mediante resolución motivada y dentro de los (30) días para expedir el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción"; por lo tanto, la procedencia de la figura administrativa alegada por la parte actora se enmarca dentro de las situaciones que el artículo precitado contempla pero no la situación invocada por la parte demanda, porque de ser como lo propone el apoderado de la parte actora, se le estaría dando al requerimiento especial aduanero condición de ser un acto de fondo cuando en stricto sensu es apenas el acto por el cual la autoridad aduanera propone al declarante la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una liquidación oficial, lo que descarta que contenga una decisión de fondo, por lo cual, no resulta procedente la aplicación del silencio administrativo positivo al hecho de haber tardado la administración un término superior a los 30 días con que contaba para proferir el susodicho requerimiento aduanero, como bien se analizó en párrafos procedentes.

Finalmente el Juez de Primera Instancia, al no encontrar prosperidad en los cargos de nulidad formulados por la parte demandante, niega las suplicas de la demanda.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN (Fis 350-355)

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

- El fallo impugnado viola desconoce y deroga el Artículo 304 del C.P.C. (Síntesis de la demanda y contestación)
- Viola el principio de congruencia establecido en el Artículo 305 del CPC.(Sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda).
- Desconoce y se halla en contravía de la preceptiva contenida en el Artículo 170 del C.C.A., (La sentencia tiene que ser motivada-debe analizar hechos-pruebas-argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones).

Por otro lado, alega que disiente de la decisión, y centra su argumento partiendo del hecho de considerar la mercancía transportada como una unidad de carga, y no como carga suelta, refiriéndose específicamente al contenedor como "bulto", y que en esa medida la mercancía llegó completa al depósito de destino, ya que ésta se entrega por el transportador en el mismo estado en que la recibe, es decir, simplemente la responsabilidad del transportador se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

Continúa argumentando, que la Circular 0188 de 2000 señala; "...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto".

Resalta que la obligación para la DIAN, de dar aplicación al citado concepto, por cuanto así lo impone el Artículo 264 del al Ley 223 del 20 de Diciembre de 1.995, al ordenar que: "...Los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en los mismos. Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas a su amparo, no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias. Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cambie la posición asumida en un concepto previamente emitido por ella deberá publicarlo."

Por otro lado, considera el recurrente que la DIAN por intermedio de la Seccional Cartagena, mediante Resolución 001919 del 17 de Noviembre de 2009, ordenó el archivo de la investigación adelantada contra la Corporación colombiana de logística s.a., por ser esta improcedente, diciendo en la página seis (6) renglones uno (1) y siguiente: "...Así las cosas, se tiene que si bien, se reporta un faltante de un (1) bulto, en este punto conviene recordar la legislación vigente al momento de los hechos, que es la aplicable al caso, específicamente el Artículo 1 del decreto 2685 de 1999 y sus normas concordantes, el cual al definir "bulto" señala que también se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte", condición que se da en este caso, por lo tanto el OTM investigado, dio cumplimiento a su obligación pues los dos bultos, así considerando los contenedores, fueron entregados en el lugar de finalización de la operación sin que exista faltantes sobre estos objetos y sin que por tanto le sea atribuible al usuario la comisión de la falta investigada, siendo atípica la infracción e

improcedente la investigación por lo cual se impone a este despacho al archivo de la misma en cumplimiento de las normas sustantivas que gobiernan este tipo de trámite...

Afirma que al no pronunciarse sobre los fundamentos de derechos planteados por el demandante en lo concerniente a la norma aduanera que establece en su Artículo tercero: 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 el término FCL/FCL. en este caso en concreto es FCL/FCL al señalarse así en dicho documento.*
- 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”.*

Es evidente la contradicción y violación de la propia Resolución 000546 1-25-2010, contenida en las Resoluciones demandadas.”

Explica, que en virtud de ello, gestionó y realizó la continuación de viaje de la Unidad de Carga TRLU354633-2 debidamente sellada y precintada colocado por la DIAN y esa misma unidad fue entregada a la aduana de destino en la ciudad de Bogotá, el día 23 de Abril de 2.004 en el mismo estado en que la recibió, lo cual, la exonera de toda responsabilidad por los supuestos faltantes endilgados de manera irregular y atípica.

Alega el recurrente que el Juez de Primera instancia, guarda silencio absoluto sobre la citada preceptiva contenida en el concepto o Instructiva 62-00.001-07451, mucho menos se dijo algo sobre la Resolución No. 001919 XI-17-2009, la cual violó los Artículos 170 del C.C.A., 304 y 305 del C.P.C, omisión esta que afecta la nulidad absoluta el citado fallo.

Concluye diciendo, que en el presente asunto se vulneró su derecho al debido proceso por falta de aplicación del silencio administrativo positivo en los eventos consagrados en los artículos 509, 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999, los cuales

preceptúan, que si desde la iniciación del procedimiento transcurren más de doce (12) meses sin haberse desarrollado el mismo y proferido decisión de fondo, se configura el referido silencio administrativo, motivo por el cual, la actuación puesta a consideración de esta jurisdicción debe ser fallada a favor de ella, teniendo en cuenta que se demostró con la actuación gubernativa entre la fecha de radicación (julio 12/2005-respuesta al Requerimiento Sancionatorio No. 000226 del 15 de Junio de 2005, y la fecha en la cual se expidió la Resolución No. 002011 del 12 de octubre 2005, transcurrieron noventa y cinco (95) días calendario y ochenta y seis (86) hábiles días después, y la norma del Artículo 512 citadas consagra solamente un término de treinta (30) días para que la DIAN hubiese expedido en tiempo el Acto Administrativo que decida de Fondo sobre la imposición de la sanción, con clara vulneración de lo establecido en las disposiciones mencionadas.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de proveído del 31 de Agosto de 2010 (fl.372), fue admitido el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

A través de auto del 29 de octubre de 2010, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.374).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante ratifica lo expuesto en el recurso de apelación.

La parte demandada sostiene, que la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que "*...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...*"

Así mismo, afirma que la Circular antes citada y su aclaratoria o complementaria, oficio No. 041451 de julio 5 de 2002, exigen como condición para que el contenedor se tenga como bulto lo siguiente:

- a) *"Que venga para un mismo consignatario*
- b) *La mercancía se ampare en un solo documento de transporte*
- c) *Cuando se trate de carga consolidada, y el contenedor salga sin desconsolidar."*

Concluye que la mercancía autorizada en el Régimen de Tránsito en estudio, se encuentra amparado en solo documento de transporte No. FLNVSINO93CTG009, consignado al usuario INVERSIONES CORREA SALEH LTDA Y/O CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA de lo anterior, se desprende que se incumple una de las condiciones para que el contenedor se tenga como bulto.

Con respecto a la configuración del Silencio Administrativo señalado en el recurso de apelación, afirma que no hay lugar fenómeno del Silencio Administrativo, toda vez que para decidir de fondo se cuenta a partir de la notificación del Requerimiento Especial Aduanero y no antes, el término de los treinta (30) días, para expedirlo una vez identificadas las causales para ello no es perentorio y su incumplimiento no da lugar al silencio administrativo positivo.

En virtud de lo anterior, sobre el tema el concepto aduanero No. 224 de 2001 expresa:

...Teniendo en cuenta que el Requerimiento Especial Aduanero no es un Acto Administrativo de Fondo, sino de trámite en la medida que con este acto simplemente se pone en conocimiento del interesado sobre la proposición de imposición de sanción por la comisión de infracción administrativa aduanera, o para definir la situación jurídica de la mercancía cuando se configure una causal de aprehensión, o para formular liquidación oficial de Corrección y de Revisión de Valor, sobre dicho acto no opera el silencio administrativo positivo, siendo pertinente que la Administración, lo expida aun después de los treinta (30) días que le otorga la norma a la dependencia competente."

Concluye la DIAN que, el acto administrativo contentivo del Requerimiento Especial Aduanero, no es un acto que decide de fondo el asunto que corresponda, razón por la cual, aun cuando hayan transcurrido más de treinta (30) días después de haber establecido o surtidos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de la mercancía, o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales, sin perjuicios de las investigaciones disciplinarias a que haya lugar, la Administración debe formular enriquecimiento especial aduanero por fuera de dicho término.

Resalta, que el Artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, después de la modificación introducida por el Artículo 22 del Decreto 4431 de 2004, podrá determinar que el inciso 5º. Del Artículo 519 desapareció, fue DEROGADO, luego no es posible darle aplicación a una norma que ha sido derogada y no se encuentra vigente.

Motivo por el cual considera la DIAN, que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho y si es factible imponer sanción a la **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A.**

Por último se apoya en Sentencia de Abril de 2003, Número 13268 Ponente LIGIA LÓPEZ DIAZ Demandante FAUSTINO HILCIAS GUERRERO ROZO la cual expresa que ...*"Los actos de trámite o preparatorios, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo"* deben entenderse como aquellos que le dan impulso al proceso, **este despacho concluye que el Requerimiento Especial Aduanero es acto administrativo de trámite ya que mediante él se impulsa el procedimiento aduanero tendiente a definir la situación jurídica de una mercancía, la imposición de una sanción o la expedición de una liquidación oficial.**

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, no hizo pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1° del Artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de nueve (09) de Junio de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

CADUCIDAD

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 08 Agosto 2006, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que establece el Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa (Resolución No. 000844 del 30 de Marzo de 2006, fue notificado el día 11 de Abril de 2006.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 000226 del 15 de junio de 2005, proferida por la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas, mediante la cual se formula Requerimiento Especial Aduanero en contra de la parte actora.

Resolución No. 002011 del 12 de Octubre de 2005, proferido por la División de Gestión de Liquidación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se ordena sancionar Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., por el valor de VEINTICINCO MILLONES SESENTA MIL PESOS MCTE (\$25.060.000.00) MCTE, por el incumplimiento al régimen aduanero.

Resolución No. 000080 del 18 de Enero de 2006, por medio de la cual la DIVISIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE ADUANAS DE CARTAGENA DE LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), confirma la sanción.

PROBLEMA JURÍDICO

1. ¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?

2. Establecer si en el presente caso operó el fenómeno la figura de Silencio Administrativo Positivo, teniendo en cuenta la fecha en que la administración tuvo conocimiento de la presunta comisión de la infracción aduanera y la fecha en que formuló el requerimiento especial aduanero y profirió decisión de fondo dentro del mismo.

Cuestión Previa:

Antes de abordar el estudio del caso concreto, destaca la Sala que la sociedad actora, en su introductorio solicitó que se declarara la nulidad del **Requerimiento**

Especial Aduanero No. 000226 del 15 de Junio de 2005, proferido por la entidad demandada.

Sobre este aspecto debe advertirse que la Sala de Decisión, deberá inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo, como quiera que el Requerimiento Especial Aduanero, es un acto de trámite que solo le da a conocer al declarante, la existencia de unos cargos que podrán generar la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la expedición de una liquidación oficial, proponiéndole el debate sobre los hechos que se le imputan.

Acorde con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha indicado, con respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, lo siguiente¹:

“Dicho requerimiento es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera. A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal. Surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban entenderse, pues solo el requerimiento especial aduanero concreta el error a la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma.”

En ese orden, el Requerimiento Especial Aduanero no es un acto susceptible de ser controvertido en sede judicial, por lo que la Sala a diferencia de lo considerado por el Juez de Primera Instancia, encuentra pertinente modificar en la parte resolutive de esta sentencia, la decisión del a quo en el sentido que se declarara inhibido para el estudio de fondo del Requerimiento Especial Aduanero No. 000226 del 15 de Junio de 2005, proferido por la entidad demandada, de conformidad con los motivos expuestos.

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Quinta Asamblea: GARMEN TERESA CRISTINA DE RODRIGUEZ-Segunda D. C., ventilado (28) de junio del 2006 (M.D. 2010)-Resolución número 25000-23-27-000-2004-01003-01-10320-4 del F.M. LOGÍSTICA- Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Análisis del caso

La responsabilidad del transportador se rige por las normas del Código de Comercio, en particular los Artículos 981 ss. del Código de Comercio. El Artículo 981 ib., define el contrato así:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar ésta al destinatario.”

De modo que la obligación básica del transportador, derivado del contrato, es el traslado o conducción de cosas o personas. En consonancia con lo anterior, el Artículo 982 ib, señala las obligaciones específicas del transportador.

“El transportador estará obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

1. En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario,...(negrilla fuera del texto)

En virtud de la anterior norma transcrita, además de la obligación general de trasladar, el transportador tiene unas obligaciones relacionadas con la eficiencia de su gestión, y que para el caso del transporte de cosas, debe entregarlas en el estado en que las reciba; condición que incluye, no solo la calidad sino también la cantidad de las mercancías transportadoras.

En materia de tránsito aduanero el Artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

Por otro lado, el Artículo 374 *ibidem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“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...” (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todos los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...”

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

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

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

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

Al respecto, en pronunciamiento reciente la jurisprudencia del Consejo de Estado² expuso lo siguiente:

"(...) en materia de transporte de mercancías en régimen de tránsito aduanero, el transportador es responsable, no solo del traslado de las mercancías en los términos de agilidad y de seguridad de la mercancía (calidad y cantidad) descritos en el Código de Comercio, sino también, por la debida finalización del régimen. Esto implica que la responsabilidad de cualquier faltante recae necesariamente en el transportador en la medida que no haya demostrado que existe una razón excluyente de su responsabilidad, constituida de fuerza mayor o caso fortuito y que, además haya tomada todas las medidas necesarias para prevenir la situación irregular."

De modo que, si no ha finalizado apropiadamente el régimen por presentar algún faltante de mercancía, y este faltante no es justificado por el transportador, responde este por dicha irregularidad.

La anterior conclusión, se avala al considerar que el texto literal del conocimiento de embarque es representativo de las mercancías e incorpora plenamente los derechos

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 C P Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez Exp No 18078 Actor Sociedad Eduardo Botero -Soto y Cia

sobre las mismas, debido a que este documento presenta la calidad especial de ser un título valor, según lo manifiesta el Art. 767 del Código de Comercio en los siguientes términos.

“ARTÍCULO 767. CARACTERÍSTICAS DE LA CARTA DE PORTE Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. La Carta de porte y el conocimiento de embarque tendrán el carácter de títulos representativos de las mercancías objeto de transporte.”

Y precisamente dentro de sus condiciones legales está la de determinar detalladamente la descripción pormenorizada de las mercancías, como se observa del texto del literal 6º del Artículo 768 que señala:

“ARTÍCULO 768. CONTENIDO DE LA CARTA DE PORTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en el libro V de este Código sobre transporte marítimo y aéreo, la carta de porte o el conocimiento de embarque, además de los requisitos establecidos en el Artículo 621 contendrá:

- 1) La mención de ser “carta de porte” o “conocimiento de embarque”;
- 2) El nombre y el domicilio del transportador;
- 3) El nombre y el domicilio del remitente;
- 4) El nombre y el domicilio de la persona o a quien o a cuya orden se expide, o la mención de ser al portador;
- 5) El número de orden que corresponda al título;
- 6) La descripción pormenorizada de las mercancías objeto transporte y la estimación de su valor;
- 7) La indicación de los fletes y demás gastos del transporte, de las tarifas aplicables, y la de haber sido o no pagados los fletes;
- 8) La mención de los lugares de salida y de destino;
- 9) La indicación del medio de transporte, y
- 10) Si el transporte fuere por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación.

PARÁGRAFO. Si no se indicare la fecha de recibo de las cosas por el transportador, se presumirá que éste las recibió en la fecha de emisión de dichos documentos.”
(Resaltado fuera del texto)

Esta descripción detallada, señala en el caso presente, que la mercancía transportada consistía en 58 bales³ y por ende, esa es la cantidad que se determinaba, contenía la unidad de carga transportada por la sociedad actora y por cuyo faltante debió responder el transportador.

Continuando con el estudio del caso sub examine resulta pertinente también, advertir las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero. Veamos:

"Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. 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 y en las operaciones de transporte multimodal:

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..." (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se desprende que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) 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 y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada

³ Supra Página 2

Lo probado:

En el proceso se observa Continuación de Viaje No. 01540 del 4 de Abril de 2004, en el que se especifica el tipo de mercancía que ingresó al país consistente en "Galletas"; embalada en un (1) contenedor de 20" cuyo número es TRLU-354633-2 con una cantidad de 2065 cajas, peso bruto era de 4.502 Kg, desde la Aduana de Cartagena hasta la Aduana de Bogotá con destino a TRANSPORTES CETTA ZONA FRANCA, Bogotá, resaltándose como consignatarios **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. y/o TRANSPORTE CETTA ZONA FRANCA BOGOTÁ**

De conformidad con el documento Andino Internacional de Transporte Multimodal No. FLNVSIN093CTG009, la mercancía referenciada contenía 2065 unidades y tenía un peso de 4.502,00 Kgs.⁴

Sobre la finalización de la operación existe Acta de inconsistencia No.126 de la Zona Franca de Bogotá, en donde se indica que no llegaron nueve (9) cajas, quedando demostrado que la mercancía no llegó a la Aduana de Destino con igual peso con el que salió de la Aduana de Partida.

Según Continuación de Viaje No. (Fl.11), se anotó: inicialmente "En la casilla 16 que habían 2065 cajas y en la casilla 19 que el peso bruto era de 4.502 Kg" , sin embargo, en ese mismo formato, se observa en la misma casilla diferencia en el peso de la unidad de carga se señaló un peso bruto de 5.280 Kgs con precinto No. 011369, observándose en el acta de inventario e inconsistencia, por parte de la administración que anotó que el peso total de la mercancía fue de 5.330 kg, evidenciándose que no concuerda con los otros registros en documentos.

Ahora bien, en el Acta de Inventario e inconsistencias⁵ se hace la siguiente observación en la parte de la inconsistencia: "Sin verificar contenido, en la casilla 16 tiene relacionado una cantidad de 2065 cajas, pero físicamente llegaron 2056, por lo que se presenta inconsistencia en 9 cajas menos. Con aviso de salida Radicado No. 5135 del 22 de abril de 2004, de las 2056 llegan 8 cajas abolladas"

En el Acta de Verificación DTA, DTAI. CV No.19 de fecha 26 de abril del año 2004, visible en el cuaderno de pruebas No.1⁶ señala que la mercancía arribó: Con cantidad inferior a la registrada y no hace ninguna anotación en cuanto al peso. Así

⁴ Ver folio 13

⁵ Ver folio 14

⁶ Ver folio 10

mismo hace la siguiente observación: "Autorización en C.V 2065 cajas y se recibieron 2056, faltando 9 cajas". Y señala que el peso bruto es de 5.330 Kg.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena), y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje No. 01540 del 4 de Abril de 2004, en la que quedó consignada que el número de cajas a transportar era de 2065 con un peso de 4.502.

En igual sentido se observa que en el Conocimiento de Embarque (bill of lading) No. FLNV SLNV93GTG009 de fecha 09/04/2004, el número de cajas, coincide con el registrado en el Documento Andino, lo que permite inferir a esta Corporación que efectivamente la mercancía que ingresó a la Aduana de partida, estaba conformada por 2065.

En ese orden de ideas, no obstante que los documentos de viaje de la mercancía objeto de controversia, así como también la continuación de viaje expedida por la aduana de partida señalan que la mercancía constaba de 2065 cajas, no puede perder de vista la Sala que el depósito habilitado en la aduana de destino, así como en Bil of lading se registró, acta de inconsistencias, se advirtió que se recibía la mercancía con dos unidades menos.

Lo anterior no deja duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., pues es evidente que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con diferencia de cantidades y de unidades, referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose el supuesto de hecho de la norma contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 ibidem.

Ahora bien, es menester precisar que la parte actora en el libelo adujo entre otros argumentos que los actos acusados contradicen la Doctrina de la DIAN, toda vez que la mercancía de referencia es considerada como unidad de carga o bulto, la cual llegó sellada y precintada con su precinto virgen; por lo que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la demandante toda vez que en estos casos la demandada según su doctrina, considera bulto al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte.

A) respecto, se debe advertir que el Artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, con la modificación introducida por el Artículo 1° del Decreto 2101 de 2008, excluyó al contenedor del concepto de bulto, en el siguiente tenor:

"Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina..."

*...**BULTO.** Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte..."*

No obstante, antes de la modificación, el texto inicialmente señalaba que bulto, "Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte". Normatividad ésta que se tendrá en cuenta como quiera que los hechos en este caso se causaron durante su vigencia.

Por su parte la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que *"...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto..."*

En esa medida, aplicando la norma de referencia al caso concreto y de acuerdo con el material probatorio allegado; observa la Sala sin mayor discusión que la mercancía transportada se encuentra amparada en un solo documento de transporte, sin embargo, fue dirigida a tres consignatarios como son: **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. y/o TRANSPORTE CETTA ZONA FRANCA BOGOTÁ.**

Es decir, es este último caso, si bien el transportador de la mercancía se amparó en un solo documento de transporte como lo indicaba la norma antes de su modificación, la misma no fue dirigida a un solo consignatario, por lo que en este caso, sobre la demandante recae la responsabilidad general contemplada en el inciso 2° del literal a) del Artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecía el numeral 3.1.1. del Artículo 497 ibídem.

Además, el beneficio que pretende la parte actora no tiene aplicabilidad en el sub lite, dado que al revisar los documentos presentados ante la administración aduanera, los mismos no cumplen con los lineamientos expuestos en la norma.

⁷ Artículo 1 del Dto. 2685 de 1999 modificado por el Decreto 1198 de 2000.

En ese orden, indistintamente del peso de la mercancía y de que los precintos no hayan sido adulterados, las condiciones en que se dio el transporte no cumplen con los presupuestos legales para eximir de responsabilidad a la demandante.

Por otro lado, en relación al segundo problema jurídico si operó el fenómeno de la figura Silencio Administrativo Positivo, y teniendo en cuenta la fecha en que la administración tuvo conocimiento de la presunta comisión de la infracción aduanera y la fecha en que formuló el requerimiento aduanero y la decisión de fondo, observa la Sala que no hay lugar a acceder a esta pretensión, toda vez que el Artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, después de la modificación introducida por el Artículo 22 del Decreto 4431 de 2004, se determina que el inciso 5to del Artículo 519 fue derogado, por lo que no es posible darle aplicación a dicha norma.

Así las cosas, comparte la Sala el fallo de primera instancia, ya que no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad actora, dado que de las pruebas allegadas al expediente, no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad; como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos expuestos en el texto normativo para exonerarla de la sanción impuesta.

En resumen, descartados los argumentos del actor, habrá de concluirse que no se 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 Estado⁸, máxime si se tienen 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 – causal eximente de responsabilidad –, ni aportó evidencias que probaran que la DIAN, al expedir los actos acusados, violó la ley o norma constitucional.

⁸ "Ahora bien, frente a la consideración del actor en el sentido de que en aplicación del artículo 83 de la Constitución Política, que contiene la presunción de la buena fe de los particulares ante las gestiones que los mismos adelantan ante las autoridades públicas, se deben tener por ciertas las afirmaciones por él hechas ante la Aduana, la Sala advierte que una cosa es la presunción de buena fe y otra muy distinta que lo dicho por los particulares se tenga que tener por cierto, pues de ser así no existiría procedimiento alguno para establecer la responsabilidad en que incurre una persona determinada y, en consecuencia, estaría de más garantizar el derecho de defensa con la oportunidad, entre otras, de solicitar pruebas y controvertir las existentes, dado que bastaría al administrado inculpar los cargos que se le imputan, para que la Administración tuviera que aceptar lo por él dicho, lo cual se sale de toda lógica

Adicionalmente, la Sala le recuerda al actor que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, lo cual significa que corresponde a la parte demandante demostrar que la decisión en ellos contenida no se ajustó a la ley, cuestión que en manera alguna llevó a cabo aquél, pues se limitó a afirmar que es el Estado a quien le corresponde la carga de la prueba, consideración que, se reitera, no es de recibo en tratándose de actos expedidos por la Administración -CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO. Once de mayo del dos mil. Radicación número : 5873. Actor JAVIER CONTRERAS CONTRERAS Referencia: APELACION SENTENCIA

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 9 de Junio de 2010, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, con un numeral en el que se dispone:

INHIBIRSE de emitir pronunciamiento respecto del Requerimiento Especial Aduanero No. 000226 del 15 de Junio de 2005, por el cual se propone imponer sanción al Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. por los motivos expuestos

SEGUNDO: CONFIRMARLA en todo lo demás.

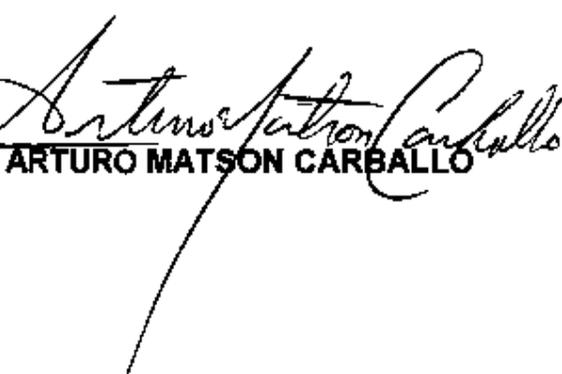
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

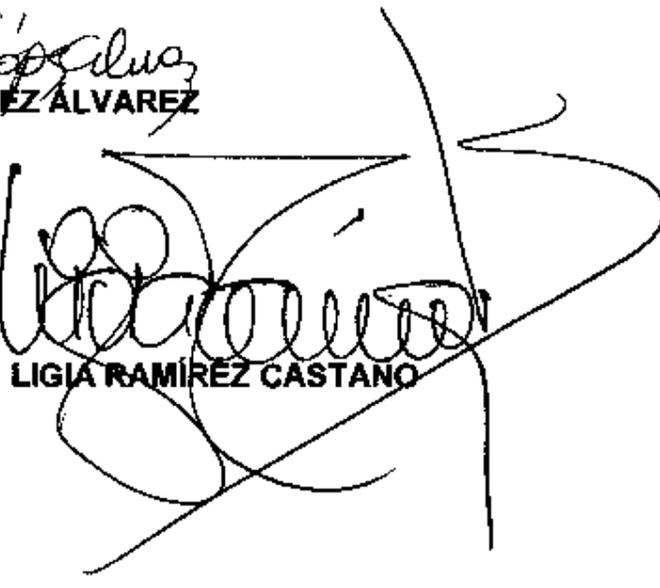
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002

Cartagena de Indias D.T. y C., seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho|
Demandante: Corporación Colombiana de Logística S.A.
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Expediente : 13-001-23-31-004-2006-01312-01

Tema: Incumplimiento Régimen de Tránsito Aduanero

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte, contra la sentencia de fecha 9 de Junio de 2010, por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del proceso instaurado por la COORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

-Que se declare la nulidad del Requerimiento Sancionatorio Aduanero No.00226 de fecha vi-15-05; y de las Resoluciones No.000080 del I-18-06 y 000844 de III-30-06; por medio de las cuales la entidad demandada le impuso sanción económica a título de multa en cuantía de VEINTICINCO MILLONES SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$25.060.000 m/cte) por incumplimiento al régimen aduanero.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la accionada desistir de toda acción sancionatoria contra la sociedad demandante como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la accionada desistir de toda acción sancionatoria contra la sociedad demandante como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Señala el libelo de la demanda, que la Administración Especial de Especial de Aduanas de Cartagena con fecha de 21 de Abril de 2004 aceptó y autorizó a TRANSPORTES SARVI LTDA y a la sociedad demandante la continuación de viaje No. 001540 de fecha 21 de Abril de 2004, en el formato de autorización de viaje No. 002584 del IV-19-2004, cuyo destinatario era TRANSPORTES CETTA ZONA FRANCA en Bogotá, sobre mercancía consistente en 2065 unidades de Galletas surtidas que venían embaladas en el Contenedor No. TRLU 354633-2 procedente de PORT EVERGLADES, el cual se encontraba debidamente sellado y precintado.

Que concluido el Régimen de Tránsito Aduanero, con fecha 29 de Abril de 2004, la DIAN Seccional Bogotá, en compañía del representante legal del Depósito o Usuario de la Zona Franca TRANSPORTES CETTA, suscribieron el Acta de inventario e inconsistencia No. 2171 de fecha 23 de Abril de 2004, en la que se indicó que existía un faltante de 9 cajas menos, es decir, salió con 2065 cajas, pero físicamente llegaron 2056.

Que mediante Requerimiento Especial Aduanero Sancionatorio No. 000226 del 15 de Junio de 2005, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la demandante por la suma de \$32.305.000 por la infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena-División de Liquidación, optó por sancionar a la sociedad demandante y para tal efecto profirió la Resolución No. 002011 12 de 2005, imponiéndole una sanción pecuniaria de \$25.060.000 por un supuesto incumplimiento al Régimen de Tránsito Aduanero.

Que la sociedad sancionada presentó recurso de reconsideración el cual fue resuelto por la entidad demandada de manera desfavorable confirmando la sanción impuesta.

Que con la expedición de la Resolución No. 000844 del III-31-2006, notificada el 11 de Abril de 2006, se agotó la vía gubernativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En el acápite del concepto de la violación de las normas citadas en la demanda, se expone la parte demandante que la DIAN de Cartagena, considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Artículos 6, 29, 83 y 209

Legales: Arts. 364-369 del Decreto 2685/99; Art. 1 Decreto 1198/2000; Código de Comercio: el Inciso 2 del Artículo 1027 Conceptos No. 600021-00754 IX-7-2000, 6200.001-07451 VII-5-04 y 62001-00738 IX-04-2000 emitidos por la DIAN-SUBDIRECCIÓN DE COMERCIO EXTERIOR, Artículo 21 de la Decisión 331 de 1993.

Código de Procedimiento Civil: Artículos 83, numeral 9 del Artículo 140 y 303. Decreto 2685/99: Artículo 336-Resolución 4240 VI-02-02 por falta de integración de la Litis consorcio necesario.

Sostiene que la DIAN viola el Debido proceso. Silencio Administrativo Positivo. Decreto 2685/99; Artículos 497, 509 y 519, Decreto 1198/00; Artículo 23 Decreto 01/94: Artículo 41 (Código Contencioso Administrativo)

Decreto 2685/99; Artículo 510 (Notificación y Respuesta al Requerimiento Especial Aduanero)-Artículo 1 del Decreto 1198.

Alega ausencia de tipicidad entre la norma invocada numeral 3.1.1. Artículo 497 Decreto 2685/99: "*Entregar la Mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos peso o cantidad al consignado en la declaración de tránsito aduanero*" y la supuesta infracción.

Por otro lado, afirma que las resoluciones impugnadas desconocen y violan la preceptiva el Artículo 1027 Inciso 2º del Código de Comercio, ya que confirma que el contenedor tiene un tratamiento de bulto o consolidado cuando no es obligatorio del transportador ni de los depósitos habilitados, la desconsolidación o desocupado de los mismos, entendiéndose por contraposición que en los únicos eventos en que cabe esta

obligación, es cuando la condición no es FCL (Full Container Load), sino LCL (Less than container Load).

Estima que en la práctica y la interpretación aduanera "bulto" se asimila al del contenedor, caja o unidad de empaque y para este tipo de operaciones multimodales se trata al contenedor como bulto bajo condiciones FCL o consolidado y consistente en el paquete o unidad de carga o de transporte en la que no se involucra ni interviene el transportador por carecer de título o facultad legal ni contractual para hacerlo.

En las consideraciones de orden contractual, la DIAN reconoce la naturaleza contractual del transporte de carga en la misma Circular 0188 del 26 de julio/99, C.C.L.S.A. y TRANSPORTES SARVI LTDA, carecen de responsabilidad aduanera, toda vez que, la aduana dentro de su función pública como entidad que ejerce la función aduanera relativa al comercio exterior del país, debe tener en cuenta, no solo los preceptos legales sobre responsabilidad previstos en los Artículos 356 y 372 del Decreto 2685/99 y normas reglamentarias, sino que también debe considerar normas de carácter general de orden civil o comercial sin omitir el régimen de responsabilidad derivado de las relaciones contractuales, bajo la modalidad de contratos de transportes de mercancías en términos FCL/FCL, Shipper's Load, Stow and Count-Said to Contain, siendo el contenedor el instrumento más importante de las operaciones multimodales en el mundo y sobre lo cual la misma aduana ha basado la seguridad de aquellas que se efectúan dentro de los diversos esquemas de tránsito aduanero según la normatividad existente.

Respecto al silencio administrativo positivo, señala que las resoluciones sancionatorias y el procedimiento adelantado desconocen el debido proceso, por falta de aplicación del silencio administrativo positivo, señala el Art. 509 del Decreto 2685 y el inciso 2 del Art. 41 C.C.A., y los transcribe.

Considera que en este caso se consumó el silencio administrativo positivo en contra de la DIAN-Cartagena, por cuanto como se comprueba con los documentos obrantes en el proceso, particularmente el Acta de Inventario e inconsistencias No. 2171 aparece emitida y suscrita el 23 de Abril de 2004 y es a partir de esa fecha que se cuentan los 30 días de que disponía el Artículo 509 del Decreto 2685/99 en concordancia con el inciso 2 del Artículo 41 del Decreto 01/94 le conceden a la DIAN para haber formulado en el tiempo el requerimiento, la DIAN lo podía hacer solo hasta el 23 de mayo de 2004, proponiendo la sanción de \$25.060.000.00, lo cual conduce a que el requerimiento, es extemporáneo e ilegal.

Explica que a pesar de lo antes dicho, la DIAN en Resolución No. 0002011 del X-12-05 decidió que no se configuró el silencio administrativo positivo, pues, en el presente caso el término de 30 días comienza a correr a partir del vencimiento del término probatorio decretado con Resolución No. 02017 del 21 de julio de 2005, que la última prueba fue allegada el **26 de septiembre de 2005**, por tanto, a partir de ahí los 30 días se vencen en noviembre 8/2005.

Por otro lado, el apoderado de la parte demandante relaciona documentos obrantes en el proceso, los cuales se erigen en la plena prueba de que:

a) La actuación se inició el día 23 de abril de 2004, con la elaboración y suscripción del acta de inventario e inconsistencia No. 02171 de dicha fecha.

b) Que la actuación concluyó con la expedición de la Resolución Sancionatoria No. 002011 del 12 de octubre de 2005.

c) Que la decisión es extemporánea e ilegal por no producirse decisión de fondo, dentro del término perentorio de 12 meses que ordena el último inciso del Artículo 519 del Decreto 2685/99, se ha violado también el inciso 2 del Artículo 41 del Decreto 01/94.

d) Que entre la fecha de inicio de la actuación de la actuación y la decisión de fondo, transcurrieron más de 16 meses.

e) Que se produjo el Silencio Administrativo Positivo por dos caminos:

1) Por el incumplimiento del término de un mes para formular el requerimiento especial aduanero, que se produjo 13 meses después de establecida la presunta infracción administrativa aduanera.

2) Por incumplimiento del término de 12 meses para decidir de fondo, pues esta actuación se inició el 23 de abril de 2004 y la decisión de Fondo se produjo el 12 de octubre de 2000. Así mismo recuerda lo que establece el Art. 22 de la decisión 331 del Acuerdo de Cartagena, sobre el Transporte Multimodal Internacional.

Con relación a la tipicidad entre la norma invocada Numeral 3.1.1. Artículo 497 Decreto 2685 y la supuesta infracción, indica que no se configura tal infracción, por cuanto, lo sucedido contraría la doctrina de la propia DIAN, vale decir, que la mercancía pesó mucho más al tiempo de la conclusión del Régimen de Continuación de Viaje en la Aduana de Bogotá en relación con el peso de la mercancía tomada de la Aduana de partida en Cartagena.

Concluye que la sociedad actora y Transportes SARVI LTDA, gestionaron y obtuvieron de la DIAN la autorización para la Continuación del viaje –Tránsito Aduanero para el trayecto entre Cartagena-Bogotá, por lo tanto debió vincularse a la Empresa TRANSPORTES SARVI LTDA, la cual tiene constituida a favor de la DIAN póliza de cumplimiento para garantizar la finalización del régimen, sin embargo, el trámite administrativo adelantado incluyó el requerimiento especial aduanero No. 000226 de fecha 15 de junio de 2004, omitió vincular al proceso al principal obligado en el cumplimiento del Régimen TRANSPORTES SARVI LTDA.

LA DEFENSA

Por su parte, la DIAN en la contestación de la demanda (fls.244-264) expresa que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, fundamentándose en lo siguiente:

Alega que el demandante realiza una transcripción de los Artículos mencionados, pero no desarrolla el concepto de la violación, por lo que se impide ejercer la defensa en debida forma.

Sostiene que el Artículo 364 del Decreto 2685/99 no contempla ninguna prohibición en sentido estricto para la autoridad aduanera, en cuanto a realizar inspección física de las mercancías que serán sometidas a continuación de viaje, simplemente establece unos límites en los cuales dicha inspección puede darse.

Sostiene que dicho Artículo ordena además a la autoridad aduanera a realizar inspección y dejar constancia del resultado de la diligencia, hecho observado en dicha continuación del viaje, luego entonces, no estamos en presencia de una práctica anormal o ilegal, sino ante el debido ejercicio de la potestad aduanera. Es responsabilidad del declarante de la modalidad estar presente en las actuaciones referentes a la misma y su no asistencia implica conformidad con lo allí concluido y realizado.

Afirma que la DIAN no realiza esta diligencia sin la presencia del usuario aduanero respectivo, pero su no asistencia no tiene ninguna consecuencia jurídica.

En lo concerniente a las inconsistencias que se presentan en los documentos de viaje por sobrantes o faltantes, estos han sido previstos y analizados por el Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), los conceptos de la división de normativa y la doctrina y la

Circular 0188 de 2000, y oficio No. 041451 de julio 5 de 2002, relaciona y transcribe el Artículo 98, interpretado a través de la Circular 188 de julio 26 de 2000, indicando cuando se genere la obligación de informar la cual transcribe también.

Continúa argumentando, que con respecto al Artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, la Circular 0188 de 2000 y el concepto 016 de enero 19 de 2001, realiza las siguientes consideraciones:

1. El Artículo 98 del decreto 2685 de 1999, la Circular 0188 de 2000, es aplicable para las mercancías que ingresen en la modalidad de importación.

2. Cuando la Circular 0188 de 2000 y el Concepto 016 de enero 21 de 2001, hacen referencia a las inconsistencias que se presentan se refieren al momento del arribo de la mercancía y no cuando esta llega a su destino, por lo tanto, no serían aplicables a este caso, porque las inconsistencias se detectaron al momento de recibo de las mercancías en la aduana de destino.

3. Con respecto a la Circular 0188 en la que al parecer se presenta una contradicción porque en el penúltimo inciso se toma como bulto al contenedor sin desconsolidar y en la conclusión final toma los sobrantes o faltantes como bultos independientes del bulto en el que van embalado, por esta razón, mediante oficio No. 041451 de 5 de julio de 2002, la subdirectora de comercio exterior aclaró las dificultades relacionadas, basado en las consideraciones anteriores, procede a realizar un análisis documental y legal a la declaratoria de incumplimiento del régimen de tránsito de continuación de viaje No. 01540 del 4 de abril de 2004.

Frente a las consideraciones de orden contractual expuestas por el apoderado de la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., el despacho no las desconoce, solo que su aplicación se circunscribe al momento en que se suscita la controversia, al configurarse una infracción aduanera las normas aplicables serán las consagradas en el estatuto aduanero y los acuerdos internacionales que regulan la materia.

Desde el mismo momento 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.

Mientras la legislación aduanera mantenga como parámetro para medir el cumplimiento de esta obligación del transportador los datos consignados en la C de V, la información

que en ella se consigne es la que marcará la pauta para determinar si el transportador cumplió con la entrega completa de la mercancía ante la aduana de destino, de manera que independientemente del contrato privado que celebre con el consignatario o con el operador logístico, por ley, el transportador responde por la cantidad de 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.

Configuración del Silencio Administrativo Positivo. Para oponerse a este cargo aclara que:

"1. El vencimiento de términos para proferir el requerimiento especial aduanero no está sancionado con el silencio administrativo positivo, en tal sentido, se acogen a lo señalado en el Artículo 41 del C.C.A.

2. No ha ocurrido el fenómeno del silencio administrativo positivo por haber transcurrido más de doce meses sin haber desarrollado el proceso por dos razones fundamentales:

2.1 El proceso Administrativo Aduanero se inicia con la notificación del requerimiento especial aduanero al sujeto investigado, a partir de este acto se traba la Litis.

En el presente caso, el requerimiento especial aduanero 00226 del 15 de Junio de 2005, fue notificado el día 22 de Junio de 2005, de manera que el año para terminar el proceso se vencía el 22 de Junio de 2006, y el acto administrativo No. 02011 que decidió de fondo la imposición de la sanción se expidió el 12 de octubre de 2005 y su confirmatoria la Resolución 000080 del 18 de enero de 2006, es decir, seis meses antes de que venciera el supuesto plazo.

3. La doctrina oficial de la DIAN expresada en conceptos Jurídicos tiene carácter vinculante para los funcionarios de acuerdo con el Artículo 264 de la Ley 223 de 1995 y el Artículo 18 del Decreto 1071 de 1999. Si son actos administrativos como lo ha dicho el Consejo de Estado en la Sentencia del 26 de Octubre de 1.995.Expediente 3088.Consejero Ponente. DR: Guillermo Chaín Lizcano."

Por otro lado, sostiene que el requerimiento especial no contiene una decisión de la administración que genere una situación jurídica particular y concreta, pues, solo hasta ese momento se está proponiendo al administrado contra el cual se dirige, explique la ocurrencia de unos hechos que se presumen van en contra del orden legal aduanero establecido.

Así las cosas, no puede derivarse de la tardanza en la expedición del requerimiento, la ocurrencia del silencio positivo.

Concluye que no puede alegarse que no le cabe responsabilidad al operador de transporte multimodal, pues es el responsable de toda la operación, solo que en el presente caso contrata con otra empresa transportadora el transporte de la carga hasta la aduana de destino, sin que por esta razón se exima de responsabilidad. Se precisa que conforme a lo previsto en el Artículo 374 del Decreto 2685 de 1999, la subcontratación que realiza el operador de transporte multimodal para la ejecución de la operación en el término autorizado por la Aduana de partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en el caso de la pérdida de la mercancía, concluyéndose que el operador de transporte multimodal es el sujeto procesal a cuyo nombre debe adelantarse la investigación.

EL FALLO RECURRIDO

(Fls. 321-348)

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 9 de Junio de 2010, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos:

Consideró el Juez de primera instancia, que de las pruebas que reposan en el expediente se concluye que la sociedad actora transportó una unidad de carga desde la ciudad de Cartagena hasta Bogotá; que al hacer entrega del mismo, éste se encontraba con los precintos intactos, y además que en el Documento de Transporte Multimodal que amparaba, se describió la mercancía en la casilla 16 con una cantidad de 2065 cajas, pero físicamente llegaron 2056 presentándose una inconsistencia de 9 cajas).

Que en la Continuación de viaje No. 19 de fecha 26 de abril de 2004 (fl10 Cuaderno de pruebas) indicó la Administración de Aduana de Bogotá al verificar la Continuación de Viaje No. 01540 de fecha 21-04-04, encontró que la mercancía arribada a la aduana de destino contenía una cantidad inferior a la registrada, dejando la siguiente observación: "*Autorización en C,V 2065 cajas y se recibieron 2056.Faltantes 9 cajas*".

Que la Administración de aduanas formuló el requerimiento especial aduanero No. 000226 de fecha 15 de junio de 2005, partiendo de las inconsistencias plasmadas

tanto en el acta de inconsistencia No. 2171 de fecha 23 de abril de 2004 como en el acta de verificación de continuación de viaje No. 19 de fecha 26 de abril de 2004, es claro que el término de treinta (30) días establecidos en el Artículo 509 transcrito, se cuenta a partir de la situación indicada en el literal a) anterior, esto es, a partir de la fecha en que se establece la presunta comisión de la falta, valga decir, a partir de la fecha en que la administración levantó el acta de verificación de continuación de viaje No. 19 de fecha 26 de abril de 2004, por lo tanto, es claro que a partir de esta fecha comienza a contarse el término de 30 previsto en el Artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, para proferir el requerimiento aduanero.

Visto lo anterior, se tiene que el acta de verificación No. 19 se levantó el día 26 de Abril de 2004 y el requerimiento especial aduanero solo se formuló el día 15 de junio de 2005, es decir, 14 meses después y 20 días después de la fecha en que se estableció la presunta comisión de la falta aduanera. Sin embargo, no existe disposición alguna que establezca que la pretermisión de dicho término da lugar a la pérdida de competencia de la DIAN para iniciar el procedimiento sancionatorio por infracción a la legislación aduanera, ni le impide imponer una sanción dentro del trámite que comienza con el requerimiento, como bien lo ha sostenido la sección primera del H. Consejo de Estado en reiterados pronunciamientos.

Además, una interpretación diferente lleva a desconocer los términos legales establecidos en los Artículos 512 y 515 del mencionado Decreto 2685 de 1999, para proferir las decisiones de fondo; términos cuya observancia si producen la consecuencia jurídica del silencio administrativo positivo, porque así lo prevé expresamente el Art 519 ibídem, modificado por el Decreto 1189 del 29 de junio de 2000, de tal suerte que, dado el carácter excepcional del silencio administrativo positivo (Artículo 41 del Código Contencioso Administrativo), no es posible extender los efectos del mismo a eventos no previstos por el legislador, como lo pretende el actor para el caso de marras.

Sostiene que, si el Art 515 del Decreto 2685 de 1999, señala que *"contra el acto administrativo que decida de fondo procede el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación"* (...), resulta diáfano de la lectura a la disposición citada que, el requerimiento especial aduanera no es el acto que define de fondo respecto de la sanción aduanera por la infracción establecida en el Art. 497 del numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999.

En igual sentido, el Art. 512 del Decreto 2685 de 1999 establece que " vencido el término previsto en el inciso primero del Artículo 505-1 del presente decreto o el término previsto en el inciso segundo del artículo 510 sin que hubiere presentado el documento de objeción a la aprehensión o la respuesta al requerimiento especial aduanero, la autoridad aduanera dispondrá de quince (15) días para decidir de fondo sobre la situación jurídica de la mercancía aprehendida, mediante resolución motivada y dentro de los (30) días para expedir el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción"; por lo tanto, la procedencia de la figura administrativa alegada por la parte actora se enmarca dentro de las situaciones que el artículo precitado contempla pero no la situación invocada por la parte demanda, porque de ser como lo propone el apoderado de la parte actora, se le estaría dando al requerimiento especial aduanero condición de ser un acto de fondo cuando en stricto sensu es apenas el acto por el cual la autoridad aduanera propone al declarante la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la formulación de una liquidación oficial, lo que descarta que contenga una decisión de fondo, por lo cual, no resulta procedente la aplicación del silencio administrativo positivo al hecho de haber tardado la administración un término superior a los 30 días con que contaba para proferir el susodicho requerimiento aduanero, como bien se analizó en párrafos precedentes.

Finalmente el Juez de Primera Instancia, al no encontrar prosperidad en los cargos de nulidad formulados por la parte demandante, niega las suplicas de la demanda.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN (Fis 350-355)

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

- El fallo impugnado viola desconoce y deroga el Artículo 304 del C.P.C. (Síntesis de la demanda y contestación)
- Viola el principio de congruencia establecido en el Artículo 305 del CPC.(Sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda).
- Desconoce y se halla en contravía de la preceptiva contenida en el Artículo 170 del C.C.A., (La sentencia tiene que ser motivada-debe analizar hechos-pruebas-argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones).

Por otro lado, alega que disiente de la decisión, y centra su argumento partiendo del hecho de considerar la mercancía transportada como una unidad de carga, y no como carga suelta, refiriéndose específicamente al contenedor como "bulto", y que en esa medida la mercancía llegó completa al depósito de destino, ya que ésta se entrega por el transportador en el mismo estado en que la recibe, es decir, simplemente la responsabilidad del transportador se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

Continúa argumentando, que la Circular 0188 de 2000 señala; "...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto".

Resalta que la obligación para la DIAN, de dar aplicación al citado concepto, por cuanto así lo impone el Artículo 264 del al Ley 223 del 20 de Diciembre de 1.995, al ordenar que: "...Los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en los mismos. Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas a su amparo, no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias. Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cambie la posición asumida en un concepto previamente emitido por ella deberá publicarlo."

Por otro lado, considera el recurrente que la DIAN por intermedio de la Seccional Cartagena, mediante Resolución 001919 del 17 de Noviembre de 2009, ordenó el archivo de la investigación adelantada contra la Corporación colombiana de logística s.a., por ser esta improcedente, diciendo en la página seis (6) renglones uno (1) y siguiente: "...Así las cosas, se tiene que si bien, se reporta un faltante de un (1) bulto, en este punto conviene recordar la legislación vigente al momento de los hechos, que es la aplicable al caso, específicamente el Artículo 1 del decreto 2685 de 1999 y sus normas concordantes, el cual al definir "bulto" señala que también se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte", condición que se da en este caso, por lo tanto el OTM investigado, dio cumplimiento a su obligación pues los dos bultos, así considerando los contenedores, fueron entregados en el lugar de finalización de la operación sin que exista faltantes sobre estos objetos y sin que por tanto le sea atribuible al usuario la comisión de la falta investigada, siendo atípica la infracción e

improcedente la investigación por lo cual se impone a este despacho al archivo de la misma en cumplimiento de las normas sustantivas que gobiernan este tipo de trámite...

Afirma que al no pronunciarse sobre los fundamentos de derechos planteados por el demandante en lo concerniente a la norma aduanera que establece en su Artículo tercero: 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 el término FCL/FCL. en este caso en concreto es FCL/FCL al señalarse así en dicho documento.*
- 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”.*

Es evidente la contradicción y violación de la propia Resolución 000546 1-25-2010, contenida en las Resoluciones demandadas.”

Explica, que en virtud de ello, gestionó y realizó la continuación de viaje de la Unidad de Carga TRLU354633-2 debidamente sellada y precintada colocado por la DIAN y esa misma unidad fue entregada a la aduana de destino en la ciudad de Bogotá, el día 23 de Abril de 2.004 en el mismo estado en que la recibió, lo cual, la exonera de toda responsabilidad por los supuestos faltantes endilgados de manera irregular y atípica.

Alega el recurrente que el Juez de Primera instancia, guarda silencio absoluto sobre la citada preceptiva contenida en el concepto o Instructiva 62-00.001-07451, mucho menos se dijo algo sobre la Resolución No. 001919 XI-17-2009, la cual violó los Artículos 170 del C.C.A., 304 y 305 del C.P.C, omisión esta que afecta la nulidad absoluta el citado fallo.

Concluye diciendo, que en el presente asunto se vulneró su derecho al debido proceso por falta de aplicación del silencio administrativo positivo en los eventos consagrados en los artículos 509, 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999, los cuales

preceptúan, que si desde la iniciación del procedimiento transcurren más de doce (12) meses sin haberse desarrollado el mismo y proferido decisión de fondo, se configura el referido silencio administrativo, motivo por el cual, la actuación puesta a consideración de esta jurisdicción debe ser fallada a favor de ella, teniendo en cuenta que se demostró con la actuación gubernativa entre la fecha de radicación (julio 12/2005-respuesta al Requerimiento Sancionatorio No. 000226 del 15 de Junio de 2005, y la fecha en la cual se expidió la Resolución No. 002011 del 12 de octubre 2005, transcurrieron noventa y cinco (95) días calendario y ochenta y seis (86) hábiles días después, y la norma del Artículo 512 citadas consagra solamente un término de treinta (30) días para que la DIAN hubiese expedido en tiempo el Acto Administrativo que decida de Fondo sobre la imposición de la sanción, con clara vulneración de lo establecido en las disposiciones mencionadas.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de proveído del 31 de Agosto de 2010 (fl.372), fue admitido el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

A través de auto del 29 de octubre de 2010, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.374).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante ratifica lo expuesto en el recurso de apelación.

La parte demandada sostiene, que la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que "*...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...*"

Así mismo, afirma que la Circular antes citada y su aclaratoria o complementaria, oficio No. 041451 de julio 5 de 2002, exigen como condición para que el contenedor se tenga como bulto lo siguiente:

- a) *"Que venga para un mismo consignatario*
- b) *La mercancía se ampare en un solo documento de transporte*
- c) *Cuando se trate de carga consolidada, y el contenedor salga sin desconsolidar."*

Concluye que la mercancía autorizada en el Régimen de Tránsito en estudio, se encuentra amparado en solo documento de transporte No. FLNVSINO93CTG009, consignado al usuario INVERSIONES CORREA SALEH LTDA Y/O CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA de lo anterior, se desprende que se incumple una de las condiciones para que el contenedor se tenga como bulto.

Con respecto a la configuración del Silencio Administrativo señalado en el recurso de apelación, afirma que no hay lugar fenómeno del Silencio Administrativo, toda vez que para decidir de fondo se cuenta a partir de la notificación del Requerimiento Especial Aduanero y no antes, el término de los treinta (30) días, para expedirlo una vez identificadas las causales para ello no es perentorio y su incumplimiento no da lugar al silencio administrativo positivo.

En virtud de lo anterior, sobre el tema el concepto aduanero No. 224 de 2001 expresa:

...Teniendo en cuenta que el Requerimiento Especial Aduanero no es un Acto Administrativo de Fondo, sino de trámite en la medida que con este acto simplemente se pone en conocimiento del interesado sobre la proposición de imposición de sanción por la comisión de infracción administrativa aduanera, o para definir la situación jurídica de la mercancía cuando se configure una causal de aprehensión, o para formular liquidación oficial de Corrección y de Revisión de Valor, sobre dicho acto no opera el silencio administrativo positivo, siendo pertinente que la Administración, lo expida aun después de los treinta (30) días que le otorga la norma a la dependencia competente."

Concluye la DIAN que, el acto administrativo contentivo del Requerimiento Especial Aduanero, no es un acto que decide de fondo el asunto que corresponda, razón por la cual, aun cuando hayan transcurrido más de treinta (30) días después de haber establecido o surtidos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de la mercancía, o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales, sin perjuicios de las investigaciones disciplinarias a que haya lugar, la Administración debe formular enriquecimiento especial aduanero por fuera de dicho término.

Resalta, que el Artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, después de la modificación introducida por el Artículo 22 del Decreto 4431 de 2004, podrá determinar que el inciso 5º. Del Artículo 519 desapareció, fue DEROGADO, luego no es posible darle aplicación a una norma que ha sido derogada y no se encuentra vigente.

Motivo por el cual considera la DIAN, que los actos demandados se encuentran ajustados a derecho y si es factible imponer sanción a la **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A.**

Por último se apoya en Sentencia de Abril de 2003, Número 13268 Ponente LIGIA LÓPEZ DIAZ Demandante FAUSTINO HILCIAS GUERRERO ROZO la cual expresa que ...*"Los actos de trámite o preparatorios, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el acto definitivo"* deben entenderse como aquellos que le dan impulso al proceso, **este despacho concluye que el Requerimiento Especial Aduanero es acto administrativo de trámite ya que mediante él se impulsa el procedimiento aduanero tendiente a definir la situación jurídica de una mercancía, la imposición de una sanción o la expedición de una liquidación oficial.**

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, no hizo pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1° del Artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de nueve (09) de Junio de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

CADUCIDAD

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 08 Agosto 2006, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que establece el Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa (Resolución No. 000844 del 30 de Marzo de 2006, fue notificado el día 11 de Abril de 2006.

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 000226 del 15 de junio de 2005, proferida por la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas, mediante la cual se formula Requerimiento Especial Aduanero en contra de la parte actora.

Resolución No. 002011 del 12 de Octubre de 2005, proferido por la División de Gestión de Liquidación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se ordena sancionar Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., por el valor de VEINTICINCO MILLONES SESENTA MIL PESOS MCTE (\$25.060.000.00) MCTE, por el incumplimiento al régimen aduanero.

Resolución No. 000080 del 18 de Enero de 2006, por medio de la cual la DIVISIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE ADUANAS DE CARTAGENA DE LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), confirma la sanción.

PROBLEMA JURÍDICO

1. ¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta las condiciones pactadas para el transporte del contenedor y que los precintos colocados en el mismo llegaron en buen estado a la aduana de destino?

2. Establecer si en el presente caso operó el fenómeno la figura de Silencio Administrativo Positivo, teniendo en cuenta la fecha en que la administración tuvo conocimiento de la presunta comisión de la infracción aduanera y la fecha en que formuló el requerimiento especial aduanero y profirió decisión de fondo dentro del mismo.

Cuestión Previa:

Antes de abordar el estudio del caso concreto, destaca la Sala que la sociedad actora, en su introductorio solicitó que se declarara la nulidad del **Requerimiento**

Especial Aduanero No. 000226 del 15 de Junio de 2005, proferido por la entidad demandada.

Sobre este aspecto debe advertirse que la Sala de Decisión, deberá inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo, como quiera que el Requerimiento Especial Aduanero, es un acto de trámite que solo le da a conocer al declarante, la existencia de unos cargos que podrán generar la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la expedición de una liquidación oficial, proponiéndole el debate sobre los hechos que se le imputan.

Acorde con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha indicado, con respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, lo siguiente¹:

“Dicho requerimiento es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera. A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal. Surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban entenderse, pues solo el requerimiento especial aduanero concreta el error a la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma.”

En ese orden, el Requerimiento Especial Aduanero no es un acto susceptible de ser controvertido en sede judicial, por lo que la Sala a diferencia de lo considerado por el Juez de Primera Instancia, encuentra pertinente modificar en la parte resolutive de esta sentencia, la decisión del a quo en el sentido que se declarara inhibido para el estudio de fondo del Requerimiento Especial Aduanero No. 000226 del 15 de Junio de 2005, proferido por la entidad demandada, de conformidad con los motivos expuestos.

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Quinta Asamblea: GARMEN TERESA CRISTINA DE RODRIGUEZ-Segosa D. C., ventilado (28) de junio del 2006 (M.D. 2010)-Resolución número 25000-23-27-000-2004-01003-01;(10326)-Cita: F.M. LOGÍSTICA LTDA S.A.-Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Análisis del caso

La responsabilidad del transportador se rige por las normas del Código de Comercio, en particular los Artículos 981 ss. del Código de Comercio. El Artículo 981 ib., define el contrato así:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar ésta al destinatario.”

De modo que la obligación básica del transportador, derivado del contrato, es el traslado o conducción de cosas o personas. En consonancia con lo anterior, el Artículo 982 ib, señala las obligaciones específicas del transportador.

“El transportador estará obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

1. En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario,...(negrilla fuera del texto)

En virtud de la anterior norma transcrita, además de la obligación general de trasladar, el transportador tiene unas obligaciones relacionadas con la eficiencia de su gestión, y que para el caso del transporte de cosas, debe entregarlas en el estado en que las reciba; condición que incluye, no solo la calidad sino también la cantidad de las mercancías transportadoras.

En materia de tránsito aduanero el Artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

Por otro lado, el Artículo 374 *ibidem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“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...” (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todos los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...”

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

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

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

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

Al respecto, en pronunciamiento reciente la jurisprudencia del Consejo de Estado² expuso lo siguiente:

"(...) en materia de transporte de mercancías en régimen de tránsito aduanero, el transportador es responsable, no solo del traslado de las mercancías en los términos de agilidad y de seguridad de la mercancía (calidad y cantidad) descritos en el Código de Comercio, sino también, por la debida finalización del régimen. Esto implica que la responsabilidad de cualquier faltante recae necesariamente en el transportador en la medida que no haya demostrado que existe una razón excluyente de su responsabilidad, constituida de fuerza mayor o caso fortuito y que, además haya tomada todas las medidas necesarias para prevenir la situación irregular."

De modo que, si no ha finalizado apropiadamente el régimen por presentar algún faltante de mercancía, y este faltante no es justificado por el transportador, responde este por dicha irregularidad.

La anterior conclusión, se avala al considerar que el texto literal del conocimiento de embarque es representativo de las mercancías e incorpora plenamente los derechos

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 C P Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez Exp No 18078 Actor Sociedad Eduardo Botero -Soto y Cia

sobre las mismas, debido a que este documento presenta la calidad especial de ser un título valor, según lo manifiesta el Art. 767 del Código de Comercio en los siguientes términos.

“ARTÍCULO 767. CARACTERÍSTICAS DE LA CARTA DE PORTE Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. La Carta de porte y el conocimiento de embarque tendrán el carácter de títulos representativos de las mercancías objeto de transporte.”

Y precisamente dentro de sus condiciones legales está la de determinar detalladamente la descripción pormenorizada de las mercancías, como se observa del texto del literal 6º del Artículo 768 que señala:

“ARTÍCULO 768. CONTENIDO DE LA CARTA DE PORTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en el libro V de este Código sobre transporte marítimo y aéreo, la carta de porte o el conocimiento de embarque, además de los requisitos establecidos en el Artículo 621 contendrá:

- 1) La mención de ser “carta de porte” o “conocimiento de embarque”;
- 2) El nombre y el domicilio del transportador;
- 3) El nombre y el domicilio del remitente;
- 4) El nombre y el domicilio de la persona o a quien o a cuya orden se expide, o la mención de ser al portador;
- 5) El número de orden que corresponda al título;
- 6) La descripción pormenorizada de las mercancías objeto transporte y la estimación de su valor;
- 7) La indicación de los fletes y demás gastos del transporte, de las tarifas aplicables, y la de haber sido o no pagados los fletes;
- 8) La mención de los lugares de salida y de destino;
- 9) La indicación del medio de transporte, y
- 10) Si el transporte fuere por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación.

PARÁGRAFO. Si no se indicare la fecha de recibo de las cosas por el transportador, se presumirá que éste las recibió en la fecha de emisión de dichos documentos.”
(Resaltado fuera del texto)

Esta descripción detallada, señala en el caso presente, que la mercancía transportada consistía en 58 bales³ y por ende, esa es la cantidad que se determinaba, contenía la unidad de carga transportada por la sociedad actora y por cuyo faltante debió responder el transportador.

Continuando con el estudio del caso sub examine resulta pertinente también, advertir las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero. Veamos:

"Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. 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 y en las operaciones de transporte multimodal:

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..." (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se desprende que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) 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 y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada

³ Supra Página 2

Lo probado:

En el proceso se observa Continuación de Viaje No. 01540 del 4 de Abril de 2004, en el que se especifica el tipo de mercancía que ingresó al país consistente en "Galletas"; embalada en un (1) contenedor de 20" cuyo número es TRLU-354633-2 con una cantidad de 2065 cajas, peso bruto era de 4.502 Kg, desde la Aduana de Cartagena hasta la Aduana de Bogotá con destino a TRANSPORTES CETTA ZONA FRANCA, Bogotá, resaltándose como consignatarios **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. y/o TRANSPORTE CETTA ZONA FRANCA BOGOTÁ**

De conformidad con el documento Andino Internacional de Transporte Multimodal No. FLNVSIN093CTG009, la mercancía referenciada contenía 2065 unidades y tenía un peso de 4.502,00 Kgs.⁴

Sobre la finalización de la operación existe Acta de inconsistencia No.126 de la Zona Franca de Bogotá, en donde se indica que no llegaron nueve (9) cajas, quedando demostrado que la mercancía no llegó a la Aduana de Destino con igual peso con el que salió de la Aduana de Partida.

Según Continuación de Viaje No. (Fl.11), se anotó: inicialmente "En la casilla 16 que habían 2065 cajas y en la casilla 19 que el peso bruto era de 4.502 Kg" , sin embargo, en ese mismo formato, se observa en la misma casilla diferencia en el peso de la unidad de carga se señaló un peso bruto de 5.280 Kgs con precinto No. 011369, observándose en el acta de inventario e inconsistencia, por parte de la administración que anotó que el peso total de la mercancía fue de 5.330 kg, evidenciándose que no concuerda con los otros registros en documentos.

Ahora bien, en el Acta de Inventario e inconsistencias⁵ se hace la siguiente observación en la parte de la inconsistencia: "Sin verificar contenido, en la casilla 16 tiene relacionado una cantidad de 2065 cajas, pero físicamente llegaron 2056, por lo que se presenta inconsistencia en 9 cajas menos. Con aviso de salida Radicado No. 5135 del 22 de abril de 2004, de las 2056 llegan 8 cajas abolladas"

En el Acta de Verificación DTA, DTAI. CV No.19 de fecha 26 de abril del año 2004, visible en el cuaderno de pruebas No.1⁶ señala que la mercancía arribó: Con cantidad inferior a la registrada y no hace ninguna anotación en cuanto al peso. Así

⁴ Ver folio 13

⁵ Ver folio 14

⁶ Ver folio 10

mismo hace la siguiente observación: "Autorización en C.V 2065 cajas y se recibieron 2056, faltando 9 cajas". Y señala que el peso bruto es de 5.330 Kg.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena), y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje No. 01540 del 4 de Abril de 2004, en la que quedó consignada que el número de cajas a transportar era de 2065 con un peso de 4.502.

En igual sentido se observa que en el Conocimiento de Embarque (bill of lading) No. FLNV SLNV93GTG009 de fecha 09/04/2004, el número de cajas, coincide con el registrado en el Documento Andino, lo que permite inferir a esta Corporación que efectivamente la mercancía que ingresó a la Aduana de partida, estaba conformada por 2065.

En ese orden de ideas, no obstante que los documentos de viaje de la mercancía objeto de controversia, así como también la continuación de viaje expedida por la aduana de partida señalan que la mercancía constaba de 2065 cajas, no puede perder de vista la Sala que el depósito habilitado en la aduana de destino, así como en Bil of lading se registró, acta de inconsistencias, se advirtió que se recibía la mercancía con dos unidades menos.

Lo anterior no deja duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., pues es evidente que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con diferencia de cantidades y de unidades, referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose el supuesto de hecho de la norma contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 ibidem.

Ahora bien, es menester precisar que la parte actora en el libelo adujo entre otros argumentos que los actos acusados contradicen la Doctrina de la DIAN, toda vez que la mercancía de referencia es considerada como unidad de carga o bulto, la cual llegó sellada y precintada con su precinto virgen; por lo que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la demandante toda vez que en estos casos la demandada según su doctrina, considera bulto al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte.

A) respecto, se debe advertir que el Artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, con la modificación introducida por el Artículo 1° del Decreto 2101 de 2008, excluyó al contenedor del concepto de bulto, en el siguiente tenor:

"Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina..."

*...**BULTO.** Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte..."*

No obstante, antes de la modificación, el texto inicialmente señalaba que bulto, "Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte". Normatividad ésta que se tendrá en cuenta como quiera que los hechos en este caso se causaron durante su vigencia.

Por su parte la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que *"...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto..."*

En esa medida, aplicando la norma de referencia al caso concreto y de acuerdo con el material probatorio allegado; observa la Sala sin mayor discusión que la mercancía transportada se encuentra amparada en un solo documento de transporte, sin embargo, fue dirigida a tres consignatarios como son: **CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. y/o TRANSPORTE CETTA ZONA FRANCA BOGOTÁ.**

Es decir, es este último caso, si bien el transportador de la mercancía se amparó en un solo documento de transporte como lo indicaba la norma antes de su modificación, la misma no fue dirigida a un solo consignatario, por lo que en este caso, sobre la demandante recae la responsabilidad general contemplada en el inciso 2° del literal a) del Artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecía el numeral 3.1.1. del Artículo 497 ibídem.

Además, el beneficio que pretende la parte actora no tiene aplicabilidad en el sub lite, dado que al revisar los documentos presentados ante la administración aduanera, los mismos no cumplen con los lineamientos expuestos en la norma.

⁷ Artículo 1 del Dto. 2685 de 1999 modificado por el Decreto 1198 de 2000.

En ese orden, indistintamente del peso de la mercancía y de que los precintos no hayan sido adulterados, las condiciones en que se dio el transporte no cumplen con los presupuestos legales para eximir de responsabilidad a la demandante.

Por otro lado, en relación al segundo problema jurídico si operó el fenómeno de la figura Silencio Administrativo Positivo, y teniendo en cuenta la fecha en que la administración tuvo conocimiento de la presunta comisión de la infracción aduanera y la fecha en que formuló el requerimiento aduanero y la decisión de fondo, observa la Sala que no hay lugar a acceder a esta pretensión, toda vez que el Artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, después de la modificación introducida por el Artículo 22 del Decreto 4431 de 2004, se determina que el inciso 5to del Artículo 519 fue derogado, por lo que no es posible darle aplicación a dicha norma.

Así las cosas, comparte la Sala el fallo de primera instancia, ya que no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad actora, dado que de las pruebas allegadas al expediente, no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad; como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos expuestos en el texto normativo para exonerarla de la sanción impuesta.

En resumen, descartados los argumentos del actor, habrá de concluirse que no se 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 Estado⁸, máxime si se tienen 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 – causal eximente de responsabilidad –, ni aportó evidencias que probaran que la DIAN, al expedir los actos acusados, violó la ley o norma constitucional.

⁸ "Ahora bien, frente a la consideración del actor en el sentido de que en aplicación del artículo 83 de la Constitución Política, que contiene la presunción de la buena fe de los particulares ante las gestiones que los mismos adelantan ante las autoridades públicas, se deben tener por ciertas las afirmaciones por él hechas ante la Aduana, la Sala advierte que una cosa es la presunción de buena fe y otra muy distinta que lo dicho por los particulares se tenga que tener por cierto, pues de ser así no existiría procedimiento alguno para establecer la responsabilidad en que incurre una persona determinada y, en consecuencia, estaría de más garantizar el derecho de defensa con la oportunidad, entre otras, de solicitar pruebas y controvertir las existentes, dado que bastaría al administrado inculpar los cargos que se le imputan, para que la Administración tuviera que aceptar lo por él dicho, lo cual se sale de toda lógica

Adicionalmente, la Sala le recuerda al actor que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, lo cual significa que corresponde a la parte demandante demostrar que la decisión en ellos contenida no se ajustó a la ley, cuestión que en manera alguna llevó a cabo aquél, pues se limitó a afirmar que es el Estado a quien le corresponde la carga de la prueba, consideración que, se reitera, no es de recibo en tratándose de actos expedidos por la Administración -CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO. Once de mayo del dos mil. Radicación número : 5873. Actor JAVIER CONTRERAS CONTRERAS Referencia: APELACION SENTENCIA

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 9 de Junio de 2010, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo de Cartagena, con un numeral en el que se dispone:

INHIBIRSE de emitir pronunciamiento respecto del Requerimiento Especial Aduanero No. 000226 del 15 de Junio de 2005, por el cual se propone imponer sanción al Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. por los motivos expuestos

SEGUNDO: CONFIRMARLA en todo lo demás.

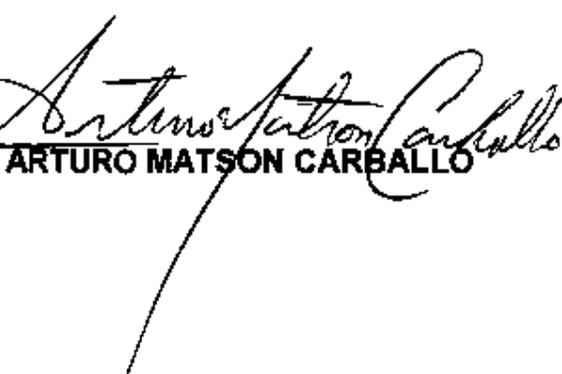
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

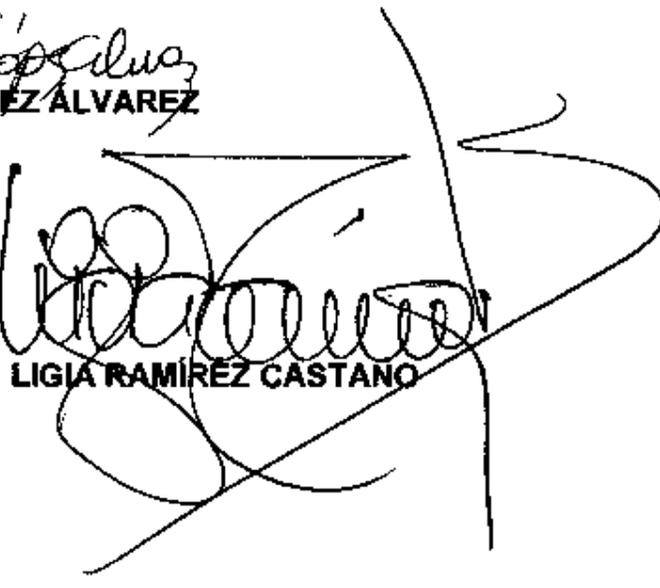
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO



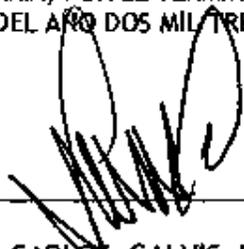
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1335
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JHON ALBEIRO DIAZ CUADRO
DEMANDADO	: SUPERINTENDENCIA D E INDUSTRIA Y COMERCIO
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2008-00147-01
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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DESCONGESTIÓN

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

Magistrado Sustanciador : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13001-33-31-005-2008-00147-01
Clase de proceso : REPARACIÓN DIRECTA
Demandante : JHON ALBEIRO DÍAZ CUADRO
Demandado : SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Tema: Adición de Sentencia de Segunda Instancia.

Corresponde a la Sala de Decisión, resolver la solicitud de adición de la sentencia de fecha 28 de agosto de 2013, formulada por la parte demandante, a través de apoderada especial.

Antecedentes

Mediante sentencia de fecha 28 de agosto de 2013, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar, resolvió revocar la sentencia de fecha 19 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

Esta sentencia fue notificada por la Secretaria del Tribunal a través de Edicto No. 1081 el día 5 de septiembre de 2013 y desfijado el día 9 de septiembre de 2013.

Por memorial adiado 12 de septiembre de 2013, la apoderada del actor, presenta solicitud de adición de la sentencia proferida por esta Corporación, pretendiendo que:

- Se adicione la mencionada sentencia, en el sentido de pronunciarse sobre los perjuicios materiales los cuales hacen parte de un extremo de la Litis toda vez que en la demanda se solicitó que se condenara por perjuicios económicos, materiales y morales.
- Agrega que el fallador de segunda instancia solo se pronunció sobre los morales, omitiendo pronunciarse sobre los demás.

De acuerdo a lo anterior se

Considera

Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 311 del C.P.C., aplicable al proceso contencioso por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A, es procedente la adición de sentencia, cuando se omite la resolución de cualquiera de los extremos de la litis.

Para mayor comprensión se trascriben la norma en comento:

“ARTÍCULO 311. ADICION. Modificado por el artículo 1, numeral 141 del Decreto 2282 de 1989. Cuando la sentencia omite la resolución de cualquiera de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada dentro del mismo término.

El superior deberá complementar la sentencia del a quo cuando pronuncie la de segunda instancia, siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado o adherido a la apelación; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.”

A su vez el Honorable Consejo de Estado¹, respecto de casos similares ha dicho:

“.. Así pues, de acuerdo con la norma citada, la adición es pertinente tanto para sentencias como para autos pero sólo procede cuando el juez omite pronunciarse sobre aspectos relevantes de la litis y por tanto, so pretexto de adicionar, no es posible introducir ninguna modificación a lo ya definido, pues se trata de agregar, de pronunciarse sobre aspectos que por omisión el funcionario judicial no consideró, pero no para reformar las decisiones tomadas...”¹. (subrayas fuera del texto).

En el caso de marras, el libelista pretende que la Sala adicione la sentencia proferida en segunda instancia, en el sentido de pronunciarse sobre los perjuicios materiales solicitados en la demanda.

Atendiendo lo anterior, considera la Sala que la solicitud formulada por la parte actora es viable en el sentido de pronunciarse por los perjuicios materiales, dado que si bien en la sentencia en mención se hizo breve alusión a este concepto en la parte motiva, no se dijo nada en la parte resolutive, de donde deviene procedente atender la petición efectuada por la parte actora.

Ahora bien, el actor considera que a raíz de la no contratación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, se vio en la necesidad de incumplir varias obligaciones de tipo económico, así mismo señala que para la fecha de los hechos su esposa se encontraba en estado de embarazo de 2 semanas de gestación, lo cual le generó insuficiencias cardíacas producto del estrés y la preocupación.

¹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C P Alejandro Ordoñez Maldonado, Bogotá 27 de septiembre de 2007, Radicación número 25000-23-25-000-2006-01091-01(460-07) Auto

Pues bien; respecto a lo anterior debe reiterarse que en el caso de autos el actor pese a tener una expectativa real y una oportunidad de mejorar sus condiciones de vida, él mismo se precipitó a renunciar al cargo que ejercía, en razón de la selección de la que fue objeto por la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del SENA, sin que aún hubiese celebrado contrato, más aún cuando no alegó ni demostró que para su vinculación la demandada le hubiese exigido esta actuación, lo cual deja ver a todas luces que no hay lugar al reconocimiento de indemnización por los perjuicios materiales reclamados, ya que si se generaron, no son imputables a la actuación de la demandada.

Por todo lo expuesto, esta Sala procederá a adicionar la sentencia de fecha 28 de agosto de 2013, realizada por la apoderada de la parte demandante, en el sentido de denegar las demás pretensiones de la demanda.

Por otra parte, de acuerdo al memorial que reposa a folios 394, la parte demandante confiere poder especial, amplio y suficiente a la Doctora Helena Del Carmen Valdez González.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de fecha 28 de agosto de 2013, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la providencia, con un nuevo numeral, cuyo tenor es el siguiente:

"SEPTIMO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda."

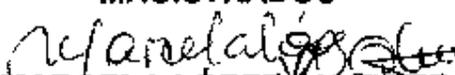
SEGUNDO: Reconocer personería a la Doctora Helena Del Carmen Valdez González, identificada con cedula de ciudadanía numero 45.560.730 expedida en Cartagena, portadora de la T.P No.195128 del C.S. de la J, como apoderada de la parte demandante, dentro del proceso de la referencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1336
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2010-00273-01
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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE 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 DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-33-31-005-2010-00273-01
Demandante : Corporación Colombiana de Logística S.A.
Demandado : U.A.E. DIAN

TEMA: Régimen de Tránsito Aduanero - Mercancía con menos peso.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

- Que se declare la nulidad del Requerimiento Sancionatorio Aduanero No. 000245 del 30 de septiembre de 2009; y de las Resoluciones Nos. 002640 del 28 de diciembre de 2009, 00524 de 28 de diciembre de 2009 y 00916 del 14 de mayo de 2010; por medio

de las cuales la entidad demandada impuso sanción económica a título de multa en cuantía de \$32.305.000 MCTE, a la sociedad actora.

- Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la accionada desistir de toda acción sancionatoria contra la sociedad demandante como responsable de una supuesta infracción administrativa aduanera.

1.2. HECHOS

Se resumen:

Se narra en el libelo, que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena con fecha de 4 de diciembre de 2008 aceptó y autorizó a la sociedad demandante la continuación de viaje No. 4800408M001367 cuyo destinatario era la Promotora de Zonas Francas Rionegro Antioquia, sobre el contenedor FSCU3785550-8, que según el B/L No. EGLV48854615303 dice contener 423 cartones de tache figura, tache redondo, tache plano, piedra plástica, alfiler metálico, el cual se encontraba debidamente sellado y precintado, y traído al puerto de Cartagena por la naviera EVERGREEN LINE.

Que concluido el régimen de tránsito aduanero el 6 de diciembre de 2008, la DIAN – Zonas Francas Rionegro Antioquia indicó en el Acta de Inconsistencias que existía un faltante de 2 bultos.

Que mediante Requerimiento Especial Aduanero sancionatorio No. 000245 del 30 de septiembre de 2009, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la demandante por la suma de \$32.305.000 por la infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Que a pesar de la claridad y contundencia de los medios de prueba la DIAN optó por sancionar a la sociedad actora y para tal efecto profirió la Resolución 002640 del 28 de diciembre de 2009, imponiéndole una sanción pecuniaria de \$32.305.000 por un supuesto incumplimiento al Régimen de Tránsito Aduanero.

Que la sociedad sancionada presentó recurso de reconsideración el cual fue resuelto por la entidad demandada de manera desfavorable confirmando la sanción impuesta.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Art. 6, 29, 83, 209 de la Carta Política.

Legales: Art. 84 y 85 del C.C.A., Art. 364 – 369 del Dto. 2685 de 1999; Art. 1, Arts. 509-512 y 519 del Dto. 1198 de 2000; inciso 2 del art. 1027 del Código de Comercio; Conceptos No. 600021-00754; 6200.001-07451; 62001-00738 proferidos por la DIAN; Art. 11, 21 de la Decisión No. 331 de 1993; Arts. 174-183 y 187, 264-279 del C.P.C.; Art. 11 de la Ley 446 de 1998.

Aduce que el proceso gubernativo está viciado de nulidad, por cuanto los actos administrativos se profirieron por funcionarios y organismos incompetentes, dado que el numeral 7 del artículo 1 de la Resolución No. 7 del 4 de noviembre de 2008 por la cual se determina la competencia funcional y territorial de las Direcciones Seccionales de la U.A.E. DIAN; señaló en el artículo 1º numeral 7º que: *“La competencia para adelantar los procesos administrativos para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones aduaneras o para la expedición de liquidaciones oficiales, corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas o a la Dirección seccional de Impuestos y Aduanas, con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario”.*

Que el domicilio de la sociedad demandante se encuentra en la ciudad de Bogotá D.C. y no en Cartagena, hecho que la llevó a inferir que existe una violación al artículo 29 y 83 de la Constitución Política, por cuanto la actuación irregular de los funcionarios al expedir las resoluciones acusadas atenta contra el debido proceso y los postulados de buena fe.

Agrega que se violó el debido proceso a la demandante, por cuanto la administración no profirió un requerimiento previo de información a fin de permitirle, conocer los hechos constitutivos de la presunta infracción para allegar las explicaciones y los medios de pruebas pertinentes.

Que la aduana de Cartagena de Indias a pesar de que los bultos o las unidades de carga se encontraron en perfectas condiciones exteriores, con un menor peso de 7 kg frente a lo consignado en el documento de transporte y sin observar huellas de violación

de sellos o precintos de seguridad, inexplicablemente resolvió romper el precinto original AUJ1207, desocupando el Contenedor FACU378550-8, para inspeccionar, supervisar, pesar y hacer un conteo unitario de las mercancías, concluido lo cual, procedió a cerrar el contenedor colocándole un nuevo precinto identificado con el número 017566, al igual que aprobó la Continuación de Viaje 4800408M001367 de 4 de diciembre de 2008, indicando en su columna 20 un peso de 11.810 kg, esto es, 7 kg menos en relación con el peso indicado en el B/L EGLV480854615303 de 11.817.00 kg.

Explica, que en virtud de ello, gestionó y realizó la continuación de viaje de la Unidad de Carga FCU378550-8 debidamente sellada con el nuevo precinto identificado con el número 017566 colocado por la DIAN y esa misma unidad fue entregada a la aduana de destino Depósito Promotoras de Zonas Franca – Rionegro (A), en el mismo estado en que la recibió, lo cual, la exonera de toda responsabilidad por los supuestos faltantes endilgados de manera irregular y atípica.

Que concluido el régimen, el depósito habilitado procedió a desprecintar la unidad de carga número FCU378550-8, con el Precinto 017566 en perfectas condiciones y en el mismo estado en que había sido colocado en la aduana de partida en Cartagena; no obstante, el depósito de destino levantó y suscribió el Acta de Inconsistencias señalando un faltante de dos bultos e indicando que el precinto se encontró en perfectas condiciones.

Frente a esto, considera pertinente cuestionar en donde se perdieron las dos (2) cajas que faltaron al tiempo de la conclusión del régimen, si como dan cuenta los documentos reseñados, el precinto colocado por la aduana de partida llegó en perfecto estado y, además, cómo puede ser posible que la Aduana de Cartagena de Indias aprobara la Continuación de Viaje 4800408M001367 sobre la totalidad de la mercancía que se decía embalada en el Contenedor FCU378550-8.

Por otro lado, dice que las decisiones contenidas en los actos acusados desconocen la doctrina de la propia DIAN, según la cual, también se considera como “*bulto*” al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte, significando con ello que si el transportador entrega la unidad de carga en el lugar de destino en el mismo estado en que la recibió, valga decir, cerrada, sellada o precintada, no puede hacérsele responsable por el número de piezas, unidades o cantidad de mercancía que según los documentos de viaje dice hallarse embaladas o

empacadas dentro del bulto o contenedor, pues la responsabilidad del transportador se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

Concluye diciendo, que en el presente asunto se vulneró su derecho al debido proceso por falta de aplicación del silencio administrativo positivo en los eventos consagrados en los artículos 509 y 519 del Decreto 2685 de 1999.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando lo siguiente:

Alega que habiéndose reportado un faltante en la aduana de destino en la mercancía respecto de la cual se autorizó la Continuación de Viaje autorizada con el No. 4800408M001367 del 4 de diciembre de 2008, se configura la sanción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999; pues la aludida mercancía no se trataba de carga a granel.

Que respecto de los argumentos relacionados con la supuesta configuración del silencio administrativo positivo, adujo que el término establecido para efectos de expedir el Requerimiento Especial Aduanero, no fue incluido en la legislación aduanera como término perentorio para tener en cuenta el fenómeno del silencio administrativo positivo; pues lo que indica el incumplimiento de los términos que son perentorios y que llevan al acaecimiento del silencio administrativo positivo, son los términos para decidir de fondo.

Señala la demandada que no desconoce las consideraciones de tipo contractual presentes en este asunto, pero explica que su aplicación se circunscribe al momento en que se suscita la controversia y al presentarse una infracción aduanera las normas aplicables serán las consignadas en el Estatuto Aduanero y en los Acuerdos Internacionales que regulan la materia, por tanto, independientemente del contrato privado que celebre el transportador con el consignatario o con el operador logístico, este responderá por la cantidad de mercancía que se anuncie en la declaración de tránsito aduanero y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es real.

Que en este caso no se cumple uno de los requisitos establecidos por la doctrina aduanera para considerar al contenedor como bulto, como es el hecho de que la

mercancía viene consignada a más de una persona, como son la Corporación Colombiana de Logística S.A.,- Bodegar S.A., lo que se prueba con la lectura del documento de viaje.

Por otro lado señala que la Dirección Seccional de Cartagena si es competente para sancionar a la Compañía Colombiana de Logística, debido a que surgió de un control simultaneó, en el que se presentó una declaración de tránsito aduanero.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 29 de marzo de 2012, resolvió declarar no probada la excepción de inepta demanda formulada por la demandada y negar las pretensiones de la demanda.

Consideró la Juez de primera instancia, que la norma prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, no solo regula la infracción cuando la mercancía objeto de tránsito aduanero haya sido entregada con menos peso, sino también, cuando se trate de mercancía a granel, y la misma sea entregada en cantidad diferente a la consignada en la declaración de tránsito aduanero.

Que en el presente caso, se encontró probado que en la continuación de viaje la mercancía sometida a tránsito aduanero se encontraba contenida en 423 cajas; que en el documento de transporte multimodal en la casilla de descripción de los bienes, se reportó un total de 423 CTND; que en el Bill of Lading se indicó en la casilla de contenido 423 contenedores; y que en la factura de venta se describió la cantidad de 423 bultos.

Igualmente señaló, que en el Acta de Inventario e Inconsistencias se dejó la observación de que la CV480040M1367 del 4 de diciembre de 2008 se relaciona una cantidad de 423 cajas, pero que físicamente llegaron 421 presentándose un faltante de 2 cajas. Por consiguiente, consideró resultarle aplicable al caso concreto, lo previsto en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999; pues fue advertida la inconsistencia en la cantidad de mercancía recibida por parte de la aduana de destino, existiendo un faltante de dos cajas respecto de las descritas en la continuación de viaje.

Agregó, que si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el faltante encontrado, el artículo 3º del Decreto 2685 de 1999 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía e igualmente, el transportador por las obligaciones que se deriven de su intervención. En ese orden, no puede ser exonerársele de responsabilidad a la empresa de transporte respecto de la determinación de la cantidad de mercancía que transporta, pues dentro del giro de la actividad que realiza debe constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso y la cantidad de la mercancía, pues se trata de mercancía sin nacionalizar; y el hecho de entregar el medio de transporte precintado, no lo exonera de responsabilidad aduanera porque no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la transporta, sino de la omisión de verificar la cantidad que se compromete a entregar a la aduana de destino.

Que en relación con el cargo relacionado con la configuración del silencio administrativo positivo, indicó si bien de conformidad con el acta de verificación de continuación de viaje se levantó el día 11 de diciembre de 2008 y el requerimiento especial aduanero que se formuló el 30 de septiembre de 2009 (12 meses y 19 días después de la comisión de la falta aduanera); no existe disposición que establezca que la pretermisión de dicho término da lugar a la pérdida de competencia de la DIAN para iniciar el procedimiento sancionatorio por infracción a la legislación aduanera, ni le impide imponer una sanción dentro del trámite que comienza con el requerimiento.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso los siguientes argumentos:

Consideró el recurrente que la sentencia de primera instancia estaba viciada de nulidad, toda vez que no se hizo un correcto examen de las pruebas que reposan en el expediente y que condujeron a tomar decisiones desacertadas; pues hizo caso omiso a pruebas como la Certificación del proveedor Casa de la Bisutería Zona Libre S.A. Colon (Panamá), que indicó que se despacharon 421 bultos y no 423. Igualmente, se refiere a la Constancia firmada por el Importador Ensamblados y Adornos Ltda en la que informa que el documento de transporte presentó un faltante de dos cajas.

Señala que se violó el inciso tercero del artículo 15 del Decreto 2101 de junio 13 de 2008, que dispone que solo se considerarán causas aceptables para los faltantes o defectos, el envío por error a un destino diferente o el hecho de no haber sido cargados en el lugar de embarque.

En lo demás, reitera el apelante los argumentos planteados en la demanda y en el concepto de violación.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 10 de octubre de 2012 se admitió el recurso de apelación. (f. 618)

El 29 de abril de 2011, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 619).

Al respecto, las partes demandante y demandada, reiteraron los argumentos de la demanda, de la defensa y del recurso de apelación.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión previa – Saneamiento

Antes de abordar el estudio del presente asunto, se destaca que el expediente de la referencia presentaba una irregularidad en cuanto a su foliatura, debido a que después del folio 617 continuaba con el folio 294, sin advertir que el cuaderno número 1 finalizaba con el folio 294.

Por lo anterior, se dispuso la reorganización del expediente, conformando un nuevo cuaderno identificado con el No. 3 donde constan las actuaciones de segunda instancia, y el cual inicia con la sentencia de primera instancia; disponiéndose en consecuencia, refoiar a partir del folio 617.

2. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 29 de marzo de 2012, por medio de la cual se niegan las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

3. La caducidad

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 23 de noviembre de 2010¹, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que según constancia expedida por la Procuraduría 176 Judicial I ante los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena en fecha 23 de noviembre de 2010 (f. 281), se verificó que la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial en fecha 17 de septiembre de 2010, cuando no había operado el fenómeno de la caducidad, como quiera que el acto mediante el cual se define la situación jurídica y se resuelve un recurso de reposición interpuesto por la parte demandante (Resolución No. 00916 del 14 de mayo de 2010), fue notificado por correo en fecha 19 de mayo de 2010 (f. 135).

4. Los actos acusados

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 00245 expedida el 30 de septiembre de 2009**, proferida por la División de Gestión de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas, mediante la cual se Formula Requerimiento Especial Aduanero en contra de la parte actora.
- **Resolución No. 002640 de 28 de diciembre de 2009**, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena,

¹ Ver folio 30

mediante la cual se impone una sanción a la parte actora en el régimen de tránsito aduanero.

- **Resolución No. 000524 del 19 de marzo de 2010**, proferida por la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración contra la Resolución No. 002640 de 28 de diciembre de 2009, confirmándola.
- **Resolución No. 000916 del 14 de mayo de 2010**, proferida por la División de Gestión Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición.

5. Problema jurídico

¿Es responsable el operador de transporte multimodal, de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía en la aduana de destino con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos, que desde el inicio amparan dicha operación?

6. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión modificará la sentencia de primera instancia de fecha 29 de marzo de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, adicionando un nuevo numeral en el sentido de inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo en relación al Requerimiento Especial Sancionatorio contenido en la **Resolución No. 00245 expedida el 30 de septiembre de 2009**; y confirmará el fallo apelado en todo lo demás, pues no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad demandante, dado que de las pruebas allegadas al expediente no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad; como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos normativos aplicados al caso para exonerarla de la sanción impuesta.

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

7. Análisis del caso

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“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.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“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... (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todos los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les

serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.”

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

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...

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

Resulta pertinente también, advertir las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero. Veamos:

“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. 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 y en las operaciones de transporte multimodal:*

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...* (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se desprende que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) 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 y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

Lo probado:

En el proceso se observa Continuación de Viaje No. 4800408M001367 del 4 de diciembre de 2008, en el que se especifica el tipo de mercancía que ingresó al país consistente en "TACHE FIGURA, TACHE REDONDO, TACHE PLANO, PIEDRA PLÁSTICA, ALFILER METÁLICO"; cantidad de bultos 423 cartones, peso 11.817,00 KG.²

Según Documento Andino de Transporte Multimodal No. CCL 202-3718, la mercancía de referencia tenía un peso de 11.817,00 kg.³

También se observa en el Conocimiento de Embarque (bill of lading) No. EGLV480854613165 de fecha 6 de diciembre de 2008, donde se evidencia que la

² Ver 2º cuaderno folio 334

³ Ver 2º cuaderno folio 106

mercancía se negoció en términos FCL/FCL y aparece como consignatario la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. y BODEGAR S.A.⁴

Milita a folio 337⁵ Planilla de recepción del Depósito PROMOTORA DE ZONAS FRANCAS S.A., donde se consignó como peso bruto de la mercancía 11810 kg; así mismo, reposa Registro de Finalización de Cabotaje⁶, en el que se anota entre otras cosas que se recibió un contenedor con 423 cartones con una inconsistencia de un faltante de 2 bultos.

Se advierte a folio 333 Acta de Inconsistencias de Zona Franca de Rio Negro de fecha 6 de diciembre de 2008, en el que se deja como observación un faltante de dos bultos y una cantidad de 421 cartones.⁷

En igual sentido, mediante Auto y Acta de Inspección No. 1-90-245-452-00248 del 11 de diciembre de 2008 se consignó que: *“Se inspecciona mercancía procedente de Cartagena que dice contener Bisuterías en general y que según el usuario operador de Zona Franca existe un faltante de 2 bultos, ya que deberían haber llegado 423 bultos y solo llegaron 421 bultos presentándose un faltante de 2 bultos. Después de realizar la inspección física y hacer el análisis documental correspondiente se concluye que existe un faltante de 2 bultos.”*⁸

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena) y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje No. 4800408M001367 del 4 de diciembre de 2008, en la que quedó consignada que el número de piezas a transportar era de 423 cartones con un peso de 11810 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado tanto en el Documento Andino de Transporte Multimodal No. CCL 202-3718, así como también con el que se señaló en el Conocimiento de Embarque (Bill of Lading) No. EGLV480854613165 de fecha 6 de diciembre de 2008, lo que permite inferir a esta Corporación que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por 423 bultos o cartones.

⁴ Ver 2º cuaderno folio 107

⁵ Ver cuaderno No 2

⁶ Ver cuaderno No 2 folio 336

⁷ Ver cuaderno No 2 folio 333

⁸ Ver cuaderno No 2 folio 332

En ese orden de ideas, no obstante que los documentos de viaje de la mercancía objeto de controversia, así como también la continuación de viaje expedida por la aduana de partida señalan que la mercancía constaba de 423 cartones, no puede perder de vista la Sala que el depósito habilitado en la aduana de destino, así como en la planilla de recepción, registro de finalización de cabotaje, certificado de peso, acta de inconsistencias, se advirtió que se recibía la mercancía con dos cartones menos.

Lo anterior no deja duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., pues es evidente que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menor cantidad a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose el supuesto de hecho de la norma contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Ahora bien, es menester precisar que la parte actora en el libelo adujo entre otros argumentos que los actos acusados contradicen la Doctrina de la DIAN toda vez que la mercancía de referencia es considerada como unidad de carga o bulto, la cual llegó sellada y precintada con su precinto virgen; además llegó bajo condiciones FCL/FCL o consolidado, por lo que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la demandante toda vez que en estos casos la demandada según su doctrina, considera bulto al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte.

Al respecto, se debe advertir que el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, con la modificación introducida por el artículo 1° del Decreto 2101 de 2008, excluyó al contenedor del concepto de bulto, en el siguiente tenor:

“Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina...”

...BULTO. Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte...”

No obstante, antes de la modificación, el texto inicialmente señalaba que bulto⁹, “*Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”.* Normatividad ésta que se tendrá en cuenta como quiera que los hechos en este caso se causaron durante su vigencia.

Por su parte la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que “...*Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...*”

En esa medida, aplicando la norma de referencia al caso concreto y de acuerdo con el material probatorio allegado; observa la Sala sin mayor discusión que la mercancía transportada por la sociedad demandante se contrató en términos FCL/FCL tal como se aprecia en el Documento de viaje B/L No. EGLV480854613165¹⁰.

Así mismo, que dicha mercancía se encuentra amparada en un solo documento de transporte y que se encuentra dirigida a dos consignatarios como son la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. y BODEGAR S.A.

Es decir, en este último caso, si bien el transporte de la mercancía se dio en términos FCL/FCL y se encuentra amparada en un solo documento de transporte como lo indicaba la norma antes de su modificación, la misma no fue dirigida a un solo consignatario, por lo que en este caso, sobre la demandante recae la responsabilidad general que contempla el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Además, el beneficio que pretende la actora no tiene aplicabilidad en el sub lite, dado que al revisar los documentos presentados ante la administración aduanera, los mismos no cumplen con los lineamientos expuestos en la norma.

En ese orden, indistintamente del peso de la mercancía y de que los precintos no hayan sido adulterados, las condiciones en que se dio el transporte no cumplen con los presupuestos legales para eximir de responsabilidad a la demandante.

⁹ Artículo 1 del Dto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 1198 de 2000.

¹⁰ Ver 2° cuaderno folio 342

Ahora, a la luz de lo expuesto en la Resolución No. 000546 de 2010 en armonía con el principio de **favorabilidad**, se adicionó y modificó la Resolución 4240 de 2000, la cual 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*”, señaló en su artículo 3 lo siguiente:

“Artículo 3°. 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”. (Destacado fuera del texto).*

En el artículo 9° de la misma normatividad 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 ese orden, considera la Sala que aun aplicándose las condiciones señaladas en esta última norma citada, en virtud del principio de favorabilidad, no es posible admitir los argumentos de la parte actora en su recurso, relacionados con las pruebas que supuestamente no se examinaron en el fallo de primera instancia, por las razones que se analizarán a continuación.

Si bien se observa que el contrato de transporte en el sub lite se pactó en términos FCL/FCL, y que no hay señales de violación de los precintos o sellos homologados en el contenedor; no puede decirse lo mismo respecto de la condición prevista en el literal

b) de la norma antes transcrita, y ello debido a que la certificación proveniente del proveedor “Casa de la Bisutería Zona Libre S.A. Colon (Panamá)”, y la constancia del Importador “Ensamblados y Adornos Ltda”¹¹, -en los que se indica que las mercancías embarcadas en el Documento de Transporte No. EGLV 480854613165 realmente fueron despachados en 421 bultos y no en 423-; no existe certeza de que hayan sido acreditados ante la autoridad aduanera dentro del trámite administrativo.

Por consiguiente, no puede entrar el juez a valorar tales elementos, siendo que los mismos no fueron puestos a consideración de la DIAN dentro del trámite administrativo tal y como se advierte en el expediente administrativo; y en esa medida, su actuación estuvo ajustada a la normatividad aplicada al caso, conforme al material que en su momento la autoridad contaba. En esos términos, pese a la existencia de esta nueva normatividad, la sociedad demandante no cumple incluso con estos últimos requisitos.

Así las cosas, comparte la Sala el fallo de primera instancia el cual será confirmado, ya que no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad actora, dado que de las pruebas allegadas al expediente, no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad; como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos expuestos en el texto normativo para exonerarla de la sanción impuesta.

No obstante, se observa que la parte actora solicita la nulidad del Requerimiento Especial Aduanero, esto es, la **Resolución No. 00245 expedida el 30 de septiembre de 2009**, que es un acto de trámite a partir del cual se traba la controversia entre la Administración y el administrado, a fin de determinar posibles irregularidades relacionadas con la importación, exportación o tránsito de mercancía.

Al respecto, el Consejo de Estado respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, ha expuesto lo siguiente¹²:

“(…) es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la

¹¹ Ver folios 41 y 41 del cuaderno No 1

¹² Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- C P Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez- veintiocho (28) de junio del dos mil diez (2010)-radicación número 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326)-Actor: F M LOGISTICA LTDA SIA - Demandado Ministerio de Hacienda y Crédito Público – DIAN

comisión de alguna infracción administrativa aduanera. A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal, surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban defenderse, pues sólo el requerimiento especial aduanero concreta el error o la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma (...)¹³

Entonces, es claro para la Sala que el Requerimiento Especial Aduanero, no puede ser considerado ni constituir un acto definitivo de los definidos por el Art. 50 del Código Contencioso Administrativo, esto es, el que pone fin a la actuación administrativa, que decide directamente o indirectamente el fondo del asunto; toda vez que es un acto de trámite, con el que se inicia la actuación administrativa aduanera, dirigida entre otros fines, a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera.

De acuerdo con lo anterior, la Sala modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de adicionar un numeral en el cual se inhibe frente a la pretensión de nulidad del Requerimiento Especial Aduanero -REA-, y lo confirmará en todo lo demás, por las razones antes expuestas.

8. Cuestión accesoria

Se advierte que a folios 692 y siguientes, la entidad demandada allega poder conferido para representar a la entidad demandada en este asunto; por lo que se le reconocerá personería a la nueva apoderada judicial, en los términos del mandato.

IV. LA DECISIÓN

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

¹³ Subrayas fuera del texto

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia de primera instancia de fecha 29 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, con un nuevo numeral así:

“CUARTO: INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo respecto del **Requerimiento Especial Aduanero**, contenido en la **Resolución No. 00245** expedida el 30 de septiembre de 2009.”

SEGUNDO: CONFIRMASE en todo lo demás, el fallo de primera instancia, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Reconócese personería a la doctora **MARÍA ANGELICA BARRIOS ACEVEDO** como apoderada de la parte demandada en este asunto, en los términos y para los efectos del poder conferido.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1337
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: ANGEL CUSTODIO PATERNINA MAZA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO D E PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2011-00153-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO(31) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003.

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 29812013

Cartagena de Indias, D. T. y C. Treinta y uno (31) de Octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Inclusión nuevos factores salariales

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13- 13-001-33-31-006-2011-00153-01

II. PARTES

Demandante: ANGEL CUSTODIO PATERNINA MAZA

Demandado: LA NACION- MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por el señor ANGEL CUSTODIO PATERNINA MAZA contra la NACION-

MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL -- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

"PRIMERO: Declarar que es parcialmente nulo el artículo 1° de la Resolución No. 1149 del 22 de septiembre de 2004, originaria del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, REGIONAL BOLÍVAR, por la cual reconoció Pensión Mensual Vitalicia de Jubilación a mi mandante, en la suma de \$T251.611, a partir del 19 de abril de 2004 y no en \$T432.983.30, como ha debido ser, a partir de la citada fecha.

SEGUNDO: Declarar que es nulo el Oficio FP-632 del 10 de agosto de 2010, originario del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLÍVAR, mediante el cual se negó la solicitud de Revisión de Liquidación de la pensión de jubilación de mi mandante, por nuevos factores salariales, como Docente Nacionalizado.

TERCERO: Declarar que mi mandante tiene derecho a que la NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL), por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, revise y pague a mi mandante la Pensión Ordinaria de Jubilación, incluyendo en dicha revisión todos los factores salariales devengados por mi prohijado como Docente Nacionalizado, durante el año anterior a la causación del derecho, a partir del 19 de abril de 2004 y en cuantía de \$1.432.983,30 mensual.

CUARTO: Condenar a la NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL), que por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pague en favor de mi mandante las diferencias de las Mesadas

Pensionales causadas entre los valores que le reconoció y los que le debe reconocer, según la petición anterior.

QUINTO: Condenar a la NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL), que por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pague sobre las diferencias adeudadas a mi mandante las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A.

SEXTO: Ordenar a la NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL) que por conducto del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO de cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

SEPTIMO: Condenar a la entidad demanda a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término de treinta (30) días, pague intereses moratorios conforme al artículo 177 del C.C.A., y conforme a la Sentencia C-188 del 29 de Marzo de 1999, de la Honorable Corte Constitucional.

OCTAVO: Condenar en costas a la entidad demandada, conforme al artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

2. Hechos

“PRIMERO: El señor ÓSCAR ANILIO PALACIOS GARCÍA, solicitó y obtuvo el reconocimiento y pago de su Pensión de Jubilación, como Docente Nacionalizado, por haber reunido y acreditado los requisitos legales.

SEGUNDO: Dicha pensión le fue reconocida por medio de la Resolución No.1149 del 22 de septiembre de 2004, originaria del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLÍVAR, en cuantía de \$1 '251.611, mensuales, a partir del 19 de abril de 2004.

TERCERO: Mediante escrito radicado el 2 de septiembre de 2009, ante la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- OFICINA DE PRESTACIONES SOCIALES, mi mandante, a través de apoderada solicitó la Revisión de la Pensión de Jubilación con inclusión de todos los factores salariales devengados por mi prohijado como Docente Nacionalizado, durante el año anterior a la causación del derecho.

CUARTO: El FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO REGIONAL BOLÍVAR, mediante OF. FP-632 del 10 de agosto de 2010, dio respuesta a la solicitud de Revisión de la Pensión de Jubilación de mi mandante, denegando la petición.

QUINTO: Si la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOLIVAR-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-, hubiera tenido en cuenta todos los factores salariales devengados por mi mandante en el año anterior a la causación del derecho, como la PRIMA DE VACACIONES y la PRIMA DE NAVIDAD, hubiese concluido que la mesada pensional de mi prohijado era de \$1'432.983,30, efectiva a partir del 19 de abril de 2004 y no de \$1 '251.61 1,00, como la reconoció.

SEXTO: Para cumplir con el requisito de procedibilidad para iniciar proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra LA NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO), exigido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, estando dentro del término legal, el día 22 de diciembre de 2010, se presentó solicitud de Conciliación Prejudicial en la Procuraduría Departamental de Bolívar.

SEPTIMO: La Conciliación Prejudicial correspondió adelantarla a la Procuraduría 175 Judicial I Ante los Jueves Administrativos del Circuito de Bolívar, diligencia que se realizó el día 22 de febrero de 2011, a las 03:30 p.m., sin que se hubiese podido llevar a cabo en razón a la inasistencia por parte de la entidad convocada.

OCTAVO: Mi mandante prestó sus servicios como Profesor al Departamento de Bolívar, por lo tanto, ese despacho es competente para conocer de la presente acción, por el factor territorial."

3. Normas violadas y concepto de la violación.

- Constitución Nacional, artículos 25, 53 y 58
- Ley 57 de 1887, artículo 5
- Ley 6° de 1945
- Ley 4a. de 1966, art. 4
- Decreto Reglamentario 1743 de 1966, artículo 5
- Ley 33 de 1985, artículo lo.
- Ley 62 de 1985, artículo lo
- Ley 812 de 2003 (por omisión)
- Decreto 3752 de 2003 (por indebida aplicación)

CONSIDERACIONES GENERALES

Antes de adentrarme en el caso sub-lite, conviene hacer algunas consideraciones generales en torno al aspecto prestacional de los docentes, Para ello es menester indicar cómo antes de la Ley 43 de 1975, para efectos prestacionales existían dos grandes grupos de educadores oficiales o saber:

1°. Educadores Nacionales que se encontraban afiliados a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL y que en términos generales, para efecto del régimen prestacional, se ubicaban dentro de los marcos normativos del Decreto Ley 3135 de 1968 y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, con algunas excepciones dentro de las cuales cabe destacar lo regulado por el Decreto No. 224 de 1972 en lo que tiene relación con la compatibilidad entre sueldo y pensión,

que amerita el reconocimiento de la Pensión Jubilatoria sin necesidad de demostrar retiro del servicio.

2°.- El otro gran grupo, lo constituían los educadores al servicio de los Departamentos, Intendencias, Comisarias, Municipios y Distrito Especial de Bogotá, que por regla general se venían rigiendo por la Ley 6° de 1945 y demás normas concordantes y complementarias y con las excepciones consagradas en normas especiales.

Con la ley 43 de 1975 y particularmente con la omisión del Ejecutivo Nacional, consistente en no hacer uso de las facultades del literal b) del art. 11 de la Ley 43 de 1975, se presentó un vacío legislativo en torno al régimen prestacional, que fue llenado inicialmente por vía jurisprudencial, donde muchos Tribunales

Plantearon la tesis de la nacionalización parcial de la educación y en consecuencia la dependencia nominativa de los educadores nacionalizados en relación con los Departamentos, Intendencias, Comisarias, Municipios y Distrito Especial de Bogotá, según fuere el caso, para concluir que dichos entes eran los responsables de las prestaciones sociales y económicas y que los educadores conservaban el régimen prestacional que existió antes de la mencionada Ley 43. Luego, mediante el Decreto Ejecutivo No. 898 de 1981, el Presidente de la República, dispuso, que, las entidades de previsión que venían atendiendo las prestaciones médicas y económicas del personal nacionalizado lo continuarían haciendo, en igual forma, como lo venían haciendo antes de la expedición de la ley 43 de 1975. Sin embargo, lo atinente al ente prestacional y al régimen de prestaciones aplicable a los educadores nacionalizados, tuvo diferentes tratamientos en la Jurisprudencia, con lo cual se presentó un problema de inseguridad jurídica en torno al régimen prestacional docente.

La Ley 91 de 1989, para solucionar los problemas derivados del vacío legislativo y por

las disímiles y contradictorias posiciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativo creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, con el fin de que éste atendiera las prestaciones médicas y económicas, del personal nacional y nacionalizado que se causaran a partir del 29 de diciembre de 1989 (num. 5, del art. 2° y art. 4).

Pero dicho FONDO fue creado como una cuenta especial de LA NACIÓN, con independencia patrimonial contable y estadística, pero "sin personería jurídica" (art. 3). Por ello la presente demanda no se dirige contra el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues éste carece de personería jurídica y en consecuencia de capacidad para ser parte. La presente demanda se dirige contra LA NACIÓN (MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL), porque ésta es la responsable de la prestación, objeto de esta litis, según los términos del numeral 5° del art. 2 de la Ley 91 de 1989 y artículo 9° ibídem, que ordenó que las prestaciones que porque el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO "serán reconocidas por la Nación a través del Ministerio de Educación Nacional función que delegará de tal manera que se realice en las entidades territoriales".

El Decreto No. 1775 del 3 de agosto de 1990, artículos 5° a 8°, desarrolló el artículo 9° de la Ley 91 de 1989 y dispuso que el reconocimiento de las prestaciones económicas del Magisterio se hiciera por los Fondos Educativos Regionales.

Lo anterior nos permite aclarar, que el acto demandado no es expedido por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como pudiera llegarse a inferir equivocadamente al mirar el encabezamiento de ellos, pues nadie habla en nombre de tal FONDO, ya que éste carece de personería JURIDICA.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

VIOLACIÓN DE LA LEY COMO CAUSAL DE NULIDAD.

Siendo una realidad debidamente probada al expediente, que mi mandante cumple con los requisitos exigidos en la Ley 6° de 1945 para hacerse acreedor a la Pensión de Jubilación y, por ende, su correspondiente Revisión, se hacía menester elevar nueva petición ante el FOMPREG a efecto de que esta entidad reconociera la Pensión de Jubilación con inclusión de todos los factores de salario, apoyándose para tal efecto, primero, en la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado; y segundo, en la imprescriptibilidad del derecho pensional, circunstancia ésta que permite petitionar en cualquier tiempo a la entidad competente el derecho de la Pensión de Jubilación y la Revisión de la Liquidación. Así lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado en reiterados fallos, de los cuales me permito transcribir apartes del Auto del 14 de Diciembre de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Dr. REINALDO ARCINIEGAS BAEDECKER, Expediente No. 3302, donde el Honorable Consejo de Estado dijo;

"Otra cosa es que, tratándose de la pensión de Jubilación, que por ser un derecho vitalicio no prescribe, la reclamación a la entidad de previsión puede hacerse en cualquier tiempo: negada la prestación, hay posibilidad de recurso a la justicia contra la decisión adversa, dentro del término de caducidad, justamente porque se enjuicia un acto administrativo en ejercicio de una acción de efimera viabilidad. Fuera del término de caducidad, no es posible el enjuiciamiento. Se trata de un fenómeno de procedimiento que opera por mandato de la ley, investido de los caracteres propios del orden público.

No es que la norma instrumental desnaturalice el derecho sustancial que sirve de soporte: es que para la efectividad de éste hay un procedimiento

forzoso, son cosas diferentes el derecho subjetivo y el mecanismo procesal para su efectiva protección, vitalicio es el uno, temporal el otro. Queda, pues, a la accionante la facultad de volver a reclamar la pensión y su sustitución para que si nuevamente corre suerte adversa, acuda a la justicia dentro del término de caducidad".

FALSA MOTIVACIÓN COMO CAUSAL DE NULIDAD

Ahora bien, en cuanto al valor de la mesada pensional, el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, desconoció el respeto a los derechos adquiridos por mi mandante, de acuerdo con lo señalado en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, el cual indica:

"Régimen prestacional de los docentes oficiales. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentre 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." (Resaltado fuera de texto)

En este sentido, teniendo en cuenta que mi mandante, para la vigencia de la Ley 812 de 2003, se encontraba vinculado al Magisterio Oficial, el régimen prestacional que le cobija es la Ley 91 de 1989, norma que se encontraba vigente al momento de entrar a regir la Ley 812 de 2003. No es otra la interpretación que se le debe dar a la norma.

En efecto, el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, señala que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, QUE SE ENCUENTREN VINCULADOS AL SERVICIO PUBLICO EDUCATIVO OFICIAL, es el consagrado en las disposiciones vigentes con anterioridad a la vigencia de la ley en cita, claramente podemos inferir que a mi representada la cobija esta norma de transición, por cuanto se encontraba activo al momento de expedirse la Ley 812 de 2003.

Bajo esta óptica, la norma vigente anterior es precisamente la Ley 91 de 1989 y, en consecuencia para efectos de liquidar la pensión de jubilación de mi mandante, la entidad demandada debió dar aplicación a la Ley 4° de 1966, teniendo en cuenta que la norma que creó el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, determinó que las prestaciones de los docentes nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1989, continuarían regulándose por las disposiciones vigentes en cada entidad territorial.

En efecto, el reconocimiento de los factores salariales omitidos por esa Entidad al momento de liquidar la pensión, son procedentes, teniendo en cuenta que la Ley 4a de 1966, norma que fue reglamentada por el Decreto 1743 de 1966, señala:

"Artículo 5o.- A partir del veintitrés (23) de abril de 1966, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios." (Resaltado fuera de texto).

Por manera que conforme a lo expuesto hasta aquí, no cabe ninguna duda que la cuantía de la Pensión de Jubilación a que tienen derecho los docentes, se liquida con base al promedio del 75% de los salarios devengados en el último año de servicios.

Sábese que remuneración es el concepto de trabajo como salario implica todo lo que constituye remuneración al trabajo como los sueldos, primas, bonificaciones, etc., excluyendo de tal concepto las sumas que por mera liberalidad patronal recibe el trabajador. En el ámbito del derecho público no se pueden admitir las liberalidades patronales y por ello todo lo que percibe el empleado oficial constituye salario.

Como mi representado devengó y acreditó en su debida oportunidad, ante la entidad

competente para reconocer y pagar la citada prestación, además de la Asignación Básica, la PRIMA DE VACACIONES y la PRIMA DE NAVIDAD, y estas son parte integral del salario como se desprende de cada uno de los decretos salariales que año tras año dicta el Gobierno Nacional para el sector docente, conclúyase, que han de tenerse en cuenta como factores salariales para la liquidación pensional de mi mandante.

En últimas lo que se busca es darle correcta aplicación a la Ley 812 de 2003, respetándola excepción en ella contenida, al excluir de las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 a aquellos docentes que se encuentran activos a la fecha de su vigencia, por lo que las prestaciones económicas de mi mandante deben ser calculadas con base en lo devengado al momento de adquisición del derecho. En este sentido, la PRIMA DE VACACIONES y la PRIMA DE NAVIDAD a las que hemos venido haciendo referencia, son factores de salario para establecer el quantum pensional, toda vez que hace parte integral de la Asignación Básica.

Bajo esta directriz tenemos que mi mandante devengó en el año de consolidación del derecho las siguientes sumas:

Del 19 de abril de 2003 al 30 de diciembre de 2003:

ASIGNACION BASICA	\$ 14.018.046.00
PRIMA DE VACACIONES	\$ 584.085.60
PRIMA DE NAVIDAD	\$ 1.216.844.30

Del 1 de enero de 2004 al 18 de abril de 2004:

ASIGNACIÓN BASICA	\$ 6.299.110.80
PRIMA DE VACACIONES	\$ 262.588.20

PRIMA DE NAVIDAD	\$ 547.058.40

TOTAL DEVENGADO	\$ 22.927.733.00

Promedio mensual: \$ 22.927.733.00 /12 X 75% = **\$1.432.983.30**

POSICIÓN JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, en el caso de que se insista en que los factores para liquidar la pensión de jubilación deben ser aquellos sobre los cuales se efectuaron se ha establecido jurisprudencialmente que las consecuencias de esta omisión no deben afectar al afiliado, pues la responsabilidad de la cancelación de los mismos recae directamente en el empleador, quien debe descontarlos directamente de la asignación del trabajador para luego girarlos a favor de la administradora de pensiones, caja de previsión o fondo.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada no contestó la demanda.

C. LA SENTENCIA CONSULTADA

El Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó sentencia de fecha 29 de junio de 2012, a través de la cual concede las pretensiones de la demanda, destacándose de la sentencia del a-quo, entre otras cosas lo siguiente:

“Determinando entonces que el régimen aplicable al demandante es el consagrado en la Ley 33 de 1985, y en las demás normas que la modificaron y complementaron, esta dependencia judicial procederá a determinar si le

corresponde el reajuste con todos los factores devengados en el último año de servicio.

A folio 92 se encuentra constancia emitida por la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento de Bolívar, en la que se indica que el accionante devengó en el último año de servicio, lo siguiente:

CONCEPTOS	DEL 1° DE ENERO AL 30 DE DIC 2003	DEL 1° DE ENERO AL 26 DE MAYO 2004
Sueldo Básico Mensual	1.668.815.00	1.66.815.00
Prima de Navidad	1.738.349.00	
Prima de vacaciones	834.408.00	
Prima de alimentación	12.108.00	12.108.00
16H Extras Febrero	93.334.00	
40 H. Extras Marzo	233.260.00	
44 H. Extras Abril	256.696.00	
22 H. Extras Mayo	128.348.00	
TOTAL	4.965.318.00	1.680.923

La resolución 1149 de 22 de septiembre de 2004, con la cual fue reconocida la pensión de jubilación al actor f. 54 ss., deja ver que para liquidar la misma solo se tuvo en cuenta la asignación Básica.

De acuerdo a lo dispuesto en la ley 71 de 1988 la pensión de jubilación se liquidara sobre el promedio del último año de salario, y conforme el Decreto 908

de 2002 se entiende como tales para los docentes el valor que resulte de la suma de la asignación básica, más los restantes factores que percibían mensualmente.

En razón de lo expuesto se declaró la nulidad parcial de la Resolución No. 1149 del 22 de septiembre de 2004 en lo que respecta al monto determinando para la pensión de jubilación reconocida al señor Ángel Custodio Paternina Maza y la nulidad del Oficio FP-632 del 10 de agosto de 2010, mediante el cual niega la solicitud de Revisión de liquidación de la pensión de jubilación del actor. En consecuencia, la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá reliquidar la pensión ordinaria de jubilación del demandante, en cuantía del 75%, sobre los factores devengados durante el último año de prestación de servicios, siendo ellos el sueldo básico, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, y horas extras.

La entidad demandada, una vez determinada la cuantía original de la pensión reliquidada deberá reajustarla para determinar el valor real de las mesadas pensionales, y descontara los aportes que sobre los factores correspondientes a prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, y horas extras, si ello no se realizaron cotizaciones al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio."

V. TRÁMITE PROCESAL DE CONSULTA

- Mediante auto de fecha 30 de mayo de 2013 en el trámite de la consulta se dio traslado a las partes por el término de 5 días para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.
- El presente proceso fue asignado al Magistrado en Descongestión 001, mediante en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos PSAA 12-9524, PSSA 12-9537 emanados del Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público, emitió concepto en el presente proceso, solicitando confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, pues considera que lo resuelto por el a quo se encuentra conforme a derecho, y la Nación – Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio debe re liquidar la pensión ordinaria de jubilación del accionante, en cuantía del 75% sobre los factores devengados durante el último año de prestación de servicio, siendo ellos el sueldo básico, prima de navidad, prima de vacaciones, prima de alimentación, y horas extras.

VII.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Actos Administrativos acusados.

- Resolución No. 1149 del 22 de septiembre de 2004, por el cual se reconoce y ordena el pago de una pensión vitalicia de jubilación.
- Oficio FP-632 del 10 de agosto de 2010, mediante el cual se niega la solicitud de revisión de liquidación de la pensión de jubilación del señor ANGEL CUSTODIO PATERNINA MAZA, por nuevos factores salariales, como docente nacionalizado.

3. El problema jurídico a resolver.

De conformidad con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, la Sala encuentra que el problema jurídico a resolver en el presente caso consiste en Establecer si el actor tiene derecho a que su pensión de jubilación, que le viene actualmente reconocida por el Fondo de prestaciones sociales del Magisterio, le sea reliquidada teniéndole en cuenta además de la asignación básica, todos los demás factores salariales devengados y certificados en el último año de servicio y que no se tuvieron en cuenta, tales como la prima de navidad, la prima de vacaciones prima de alimentación, y otros factores devengados.

4. Análisis normativo y jurisprudencial.

Como bien se puede analizar en el acto acusado a la accionante la cobija el régimen de transición establecido en el artículo 36¹ de la ley 100 de 1993, toda vez que al 1º de abril de 1994 fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, el demandante, tenía la edad de 44 años cumplidos, pues de acuerdo a lo establecido en la copia

¹ ARTICULO 36 Régimen de Transición. La edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en 2 años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos

PARAGRAFO Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio

auténtica del acto acusado (folio 7), y Registro Civil de Nacimiento (folio 15) este nació el 18 de abril de 1949.

Se tiene entonces que, estando el demandante dentro del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debían aplicársele las disposiciones pensionales anteriores especiales, y, por lo tanto, se considera que las normas aplicables al caso en materia pensional, lo era la ley 33 de 1985, como régimen de transición, pues en su caso si se cumplía lo previsto por el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Y la ley 33 de 1985, consagraba en el artículo primero, como requisitos para acceder a una pensión de jubilación y monto de la misma, lo siguiente:

“Artículo 1º. Ley 33 de 1985.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”
(Subrayas y negrillas fuera del texto)

De acuerdo a lo anterior, no hay duda en cuanto a que el señor ANGEL CUSTODIO PATERNINA MAZA, cumplió con el requisito o condición de la edad de 55 años señalada por el artículo 1º de la ley 33 de 1985, el día 18 de abril de 2004 y en cuanto al otro requisito del tiempo de servicios de 20 años continuos o discontinuos, tenemos que según certificación obrante a folio 78 del expediente, el actor presto sus servicios en el Colegio Rafael Uribe Uribe del Municipio de María la Baja (Bolívar), encontrándose vinculado como Docente desde el 24 de octubre de 1977 (Decreto No. 1047 del 09 de noviembre de 1977), para luego ser incorporado al Departamento de Bolívar a partir del 14 de junio de 1996 (Decreto No. 293 del 21 de febrero de 1997) hasta el 18 de abril de 2004, fecha en que el actor adquirió el status pensional (folio 54), de lo anterior se tiene que el actor presto sus servicios por más de 20 años.

El punto en discusión es respecto de los factores que se tuvieron en cuenta por el Fondo de prestaciones sociales del Magisterio en la Resolución No. 1149 del 22 de septiembre de 2004 para liquidar el monto de la pensión de jubilación del actor, pues se observa que en dicha resolución solamente se tuvo en cuenta el 75% de la asignación básica y el apoderado de la demandante asegura que su cliente en el último año de servicios devengó otros factores salariales que no le tuvieron en cuenta para liquidar el monto de su pensión, y que de haber sido tenidos en cuenta la cuantía de su pensión hubiese sido mayor, por lo que solicitó una revisión de la pensión de jubilación, y que posteriormente mediante Oficio FP-632 del 10 de agosto de 2010 originario del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio Regional Bolívar, por medio del cual se negó la solicitud de Revisión de Liquidación de la Pensión de Jubilación del actor.

Hasta aquí, hay que decir primeramente, que el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la ley 100 de 1993 a que hemos hecho alusión, lo que significaba es que al actor le cobijaba la legislación especial en materia pensional anterior, que ya dijimos lo era la ley 33 de 1985, pero no solo únicamente en lo atinente a los requisitos para acceder a la pensión sino también en lo atinente al monto de liquidación, que de acuerdo a lo previsto por la ley 33 de 1985, se calculaba con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Al respecto es necesario traer a colación, el siguiente aparte de una jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, que ratifica que en caso de que haya lugar a aplicar un régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993 ello implica no solo los requisitos de edad y de tiempo de servicios exigidos por el régimen especial de transición, sino además también el monto de liquidación de la misma. Veamos:

“En el supuesto de que la demandante estuviera en el régimen de transición (cuestión que no es el caso), la liquidación de su pensión no se regiría por el citado inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100, como lo ha

expresado esta Corporación en reiterada jurisprudencia, sentencias del 8 de junio y 21 de septiembre de 2000, expedientes No. 2729 y 470, Magistrados Ponentes: Drs: Alejandro Ordóñez Maldonado y Nicolás Pájaro, en las cuales se ha dicho que la aplicación del régimen anterior incluye el atinente a la edad, tiempo de servicio y monto de la pensión, pues es de la esencia del régimen de transición, la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión. Si se altera alguno de esos presupuestos se desconoce dicho beneficio, por lo que al establecer la cuantía de la pensión con base en lo devengado durante los últimos 10 años de servicios, se afecta el monto de la pensión y de paso se desnaturaliza el régimen”.²

Luego en el caso bajo examen vemos que el actor se le reconoció su pensión vitalicia de jubilación a partir del 19 de abril de 2004, por haber cumplido los requisitos de la ley 33 de 1985 en cuanto a edad y tiempo de servicios. Se observa además que en la Resolución No. 1149 del 22 de septiembre de 2004, por la cual se le reconoce la pensión, se reconoció al demandante la pensión de jubilación aplicando el 75% del promedio de los factores salariales devengados por el actor en el último año de servicios anterior al status de pensionado, teniendo en cuenta únicamente el factor de asignación básica.

Si nos adentramos a mirar cuales eran los factores salariales que se debían tener en cuenta para liquidar la pensión de jubilación de la actora bajo las mencionadas leyes 33 y 62 de 1985, en efecto, el artículo 1º de la ley 62 de 1985, consagra como factores salariales a tener en cuenta para la liquidación del monto de la pensión de jubilación los siguientes:

- ***Asignación básica,***
- ***Gastos de representación;***

² Sentencia de 25 de marzo de 2010, Exp. 66001-23-31-000-2006-00452-01 (1415-07), MP LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Acción de nulidad y restablecimiento.

- *Primas de antigüedad,*
- *Prima técnica,*
- *Prima ascensional,*
- *Prima 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*

Lo anterior en principio estaría indicando que factores salariales se deben tener en cuenta en la liquidación de su pensión de jubilación, según las leyes 33 y 62 de 1985, este criterio incluso venía siendo manejado por el precedente jurisprudencial trazado por la sección segunda del Consejo de Estado, que indicaba que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por las leyes 33 y 62 de 1985.

Esta posición es la que se planteaba por ejemplo en la sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado, subsección B, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, de agosto 6 de 2008, radicación 25000-23-25-000-2002-12846-01 (0640-08), actor Emilio Páez Crisanchó y donde se dijo lo siguiente:

"En relación con el argumento del actor, según el cual, los factores de las leyes 33 y 62 de 1985 no son taxativos y es posible aplicar los consagrados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, en razón de que dichas normas contemplaron que "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", la Sala desestima tal proposición, porque cuando las normas refieren que las pensiones deben liquidarse con base en los mismos factores sobre los que se aportó, dicha expresión debe leerse bajo el entendido que es obligación de las Cajas de

previsión hacer los descuentos por aportes pero sólo sobre los factores taxativamente señalados para construir la pensión del afiliado, sin que ello implique abrir un abanico de factores que eventualmente puedan constituirse como base para liquidar la pensión.

(...)

Admitir que todos los factores salariales pueden constituirse como base de liquidación pensional, es quitarle el efecto útil del listado que delicadamente estableció el legislador para la liquidación de pensiones de los empleados oficiales. Va contra el sentido común pensar que el Congreso de la República enfocó esfuerzos para seleccionar un listado e incluir ciertos factores de liquidación, para llegar a la conclusión de que todos pueden incluirse.

Ahora bien, si la entidad de previsión social realizó descuentos sobre factores que no se encuentran en la lista taxativa de las Leyes 33 y 62 de 1985, como ocurre en el presente asunto con los viáticos (folio 13), para la Sala es coherente que dichos valores sean reembolsados al pensionado, pues aceptar lo contrario sería consentir un enriquecimiento sin causa por parte de la administración; situación que contraría los principios de justicia y proporcionalidad que sostienen el sistema general de pensiones.”

Pues bien, lo cierto es que este criterio que de la sección segunda subsección B del Consejo de estado, ha sido objeto de modificación por parte de la sección segunda, es decir que se produjo recientemente una sentencia de unificación de las posiciones que sobre el punto se manejaban tanto en la subsección A como la Subsección B de la sección segunda del Consejo de Estado.

El nuevo pronunciamiento, que se expidió el 4 de agosto de 2010 por la sección segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, y en donde esa Corporación expresa ahora lo siguiente:

“De acuerdo con el anterior marco interpretativo y 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 surgidos 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.

Esta decisión encuentra consonancia con la sentencia de 9 de julio de 2009, proferida por la Sección segunda de esta Corporación, que al analizar la interpretación que debía otorgarse al artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, norma anterior que enuncia los factores salariales que deben tenerse en cuenta para efectos de liquidar las cesantías y las pensiones, - de quienes se les aplica la ley 6 de 1945, preciso:

“Las normas transcritas señalan unos factores que deben ser entendidos como principio general, pues no pueden tomarse como una relación taxativa de factores, que de hacerlo así, se correrá el riesgo de que quedaren por fuera otros que por su naturaleza se pueden tomar para poder establecer la base de liquidación.”³

³ La sección segunda del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sentencia del 21 de mayo de 2009, expediente 0525-2008, MP Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, en esa oportunidad sobre el particular concluyó:

() El Decreto Ley 603 de 1977, por medio del cual se establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Registraduría nacional del estado civil, en su artículo 17 estableció el régimen especial de pensiones para algunos funcionarios de la Registraduría nacional del estado civil ()

Quienes se encuentren dentro de la excepción que contempla la norma, tienen derecho al reconocimiento pensional con 16 años de servicios y 50 años de edad, ya que el inciso primero del artículo 1 de la ley 33 de 1985 expresamente excluyó de su aplicación a quienes gozan de un régimen especial de pensiones, ()

Como la demandante laboró para la registraduría nacional del estado civil del 30 de agosto de 1972 al 31 de diciembre de 2000 desempeñando el cargo de Dactiloscopista 4125-12, tenía derecho a que la pensión le fuera reconocida y liquidada conforme a lo dispuesto en el decreto 603 de 1977

Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios derechos y deberes consagrados por la Constitución política en materia laboral, es válido otorgar a ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso base de liquidación pensional.

Esta decisión encuentra fundamento en las siguientes consideraciones de orden constitucional y legal:

A. Naturaleza jurídica de la pensión de jubilación

El capital humano en toda sociedad constituye un factor fundamental para su desarrollo, es por tal razón que los derechos laborales deben gozar de especial protección en la medida en que las condiciones óptimas para su desempeño y la adecuada remuneración del mismo son presupuestos fundamentales para alcanzar la prosperidad general, fin estatal previsto por el artículo 2º de la Constitución política.

A su turno, la pensión de jubilación constituye una prestación social que, por regla general, se otorga al beneficiario como consecuencia lógica de haber proporcionado en forma personal, subordinada y remunerada un servicio determinado, producto de una relación laboral. Igualmente, en el transcurso de la vinculación al empleado efectúa aportes a la seguridad social con el fin de proveer por su salud, la de su familia y por supuesto precaver la ocurrencia de las circunstancias de invalidez, vejez o muerte que le permitan a futuro procurar su subsistencia y la de su núcleo familiar.

Entonces, en lo que atañe a la pensión de jubilación es válido afirmar que la misma no es una dádiva del Estado sino que constituye un salario diferido, un ahorro que hace

el trabajador durante su vida laboral para que al llegar a su etapa de vejez pueda ver amparada la disminución que ocasiona esta circunstancia en su capacidad de trabajo.

En lo concerniente a la esencia de la pensión de jubilación, la Corte Constitucional ha expresado⁴ :

“Un agravante adicional resulta también de manifiesto si se considera la naturaleza jurídica de la pensión. En efecto, esta constituye un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo – 20 años.

En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador”. (El resaltado es del texto)

(...)

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; aun 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.

Igualmente, la tesis expuesta en este proveído privilegia el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, cuya observancia es imperativa en tratándose de beneficios laborales, pues el catálogo axiológico de la Constitución política impide

⁴ Sentencia No. C-546 de 1992, magistrados ponentes: Drs. Ciro Angarita Barón y Alejandro Martínez Caballero

aplicar la normatividad vigente sin tener en cuenta las condiciones bajo las cuales fue desarrollada la actividad laboral, toda vez que ello conduciría a desconocer aspectos relevantes que determina la manera como deben reconocerse los derechos prestacionales.

De ahí que, interpretar la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los derechos sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

a. Del principio de favorabilidad en materia laboral

La ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de 1985, parte del supuesto que las pensiones de jubilación se liquidan con base en los factores que fueron objeto de aportes para la seguridad social y, a su turno, enlista los factores susceptibles de las deducciones legales. Esta premisa normativa puede ser interpretada en el sentido que solo los factores mencionados por la norma pueden tenerse en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación, concluyendo que cuando el trabajador efectúe aportes sobre factores no enlistados en dichas normas debe ordenarse su devolución. Sin embargo, también podrían entenderse válidamente que pueden incluirse todos los factores salariales devengados por el empleado deduciendo el pago que por aportes debía haberse efectuado al momento de reconocer el beneficio pensional.

Para desatar dicha ambigüedad interpretativa es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que

regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios.⁵

Es por ello que la interpretación que debe darse a la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

(...)

Ahora bien, en consonancia con la normatividad vigente y las directrices jurisprudenciales trazadas en torno a la cuantía de las pensiones de los servidores públicos, es válido tener en cuenta todos los factores que constituyen salario, es decir aquellas sumas que percibe el trabajador de manera habitual y periódica como contraprestación directa por sus servicios, independientemente de la denominación que se les dé, tales como asignación básica, gastos de representación, prima técnica, dominicales y festivos, horas extras, auxilios de transporte y alimentación, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, incrementos por antigüedad, quinquenios, entre otros, solo para señalar algunos factores de salario, a más de aquellos que reciba el empleado y cuya denominación difiera de los enunciados que solo se señalaron a título ilustrativo, pero que se cancelen de manera habitual como retribución directa del servicio. Se excluyen aquellas sumas que cubren los riesgos e infortunios a los que el trabajador se puede ver enfrentado.

Sobre el particular es pertinente aclarar, que existen algunas prestaciones sociales – a las cuales el mismo legislador les dio dicha connotación, - esto es, a las primas de navidad y de vacaciones, que a pesar de tener esa naturaleza, constituyen factor de

⁵ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

salario para efectos de liquidar pensiones y cesantías, como expresamente quedó establecido en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978.

No desconoce la Sala que el mencionado decreto no es aplicable al sub lite, tal y como ya se expuso en consideraciones precedentes, por cuanto el presente asunto se rige por la ley 33 de 1985, modificada por la ley 62 del mismo año; empero, constituye un referente normativo que demuestra el interés del legislador de tener dichas primas como factores de salario que se deben incluir al momento de efectuar el reconocimiento pensional.”(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Pues bien, esta sala acoge sin ambages ni miramientos la nueva posición unificada adoptada por nuestro máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, por estar absolutamente justificada desde el punto de vista constitucional y legal, por consiguiente no queda duda alguna, respecto de que el acto acusado si se encuentra viciado de nulidad, por cuanto definitivamente existe suficiente claridad en cuanto a que al actor ANGEL CUSTODIO PATERNINA MAZA si tenía derecho a que su pensión de jubilación, le fuese liquidada con el 75% del promedio de la totalidad de los factores salariales devengados en su último año de servicios.

Efectivamente se observa en el certificado expedido por la Secretaria de Educación y Cultura de la Gobernación de Bolívar , que obra folio 92 del expediente, que el demandante devengó, además de la asignación básica, también prima de navidad, prima de alimentación, prima de vacaciones, 16 Horas extras en febrero, 40 horas extras en marzo, 44 horas extras en abril y 22 horas extras en mayo, e inexplicablemente ninguno de estos otros factores salariales recibidos le fueron tenidos en cuenta para el cálculo de su pensión de jubilación reconocida mediante resolución No. 1149 del 22 de septiembre de 2004, pues únicamente se tuvo en cuenta su asignación básica.

Conforme a lo antes expuesto y al nuevo precedente jurisprudencial citado, se considera que deben prosperar las pretensiones de la demanda, por consiguiente la sentencia de primera instancia será confirmada, por considerar que el actor si tenía derecho a que se le incluyeran los nuevos factores salariales que acreditó en su momento.

A título de restablecimiento del derecho, y como consecuencia de la nulidad decretada; la Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como consecuencia de la declaración anterior, deberá reliquidar la pensión de jubilación del demandante sobre el 75% del promedio de los factores salariales legales devengados en el último año de servicio, computándosele además de la asignación básica, también lo devengado por concepto de prima de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras.

Por las razones que anteceden, se despacharán favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial de los actos administrativo acusados y ordenando la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, es por ello la sentencia de primera instancia será confirmada.

VI. DECISION

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

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha veintinueve (29) de Junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda

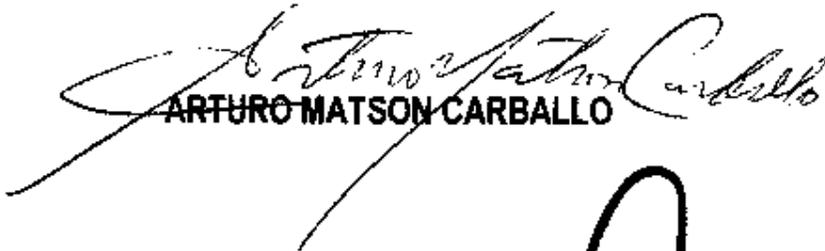
SEGUNDO: Sin condena en costas.

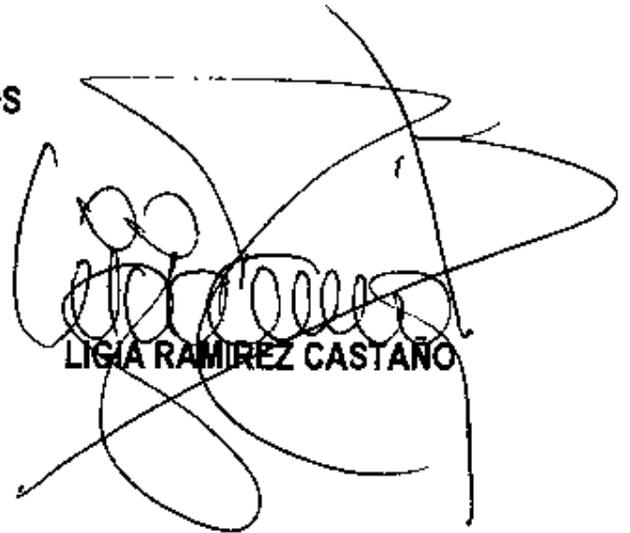
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

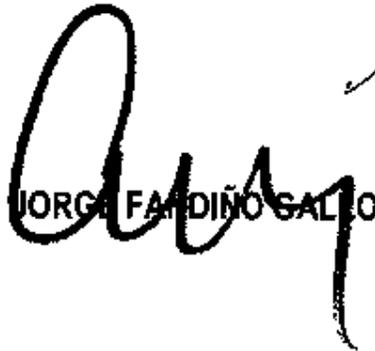
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

ABC



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1338
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: MARTIN ARCE GUTIERREZ
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2009-00338-01
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, VEINTISEIS (26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 297 / 2013

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

TEMA: Declaratoria de Insubsistencia cargo provisional –falta de motivación

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-002-2009-00338-01

II. PARTES

Demandante: MARTIN ARCE GUTIERREZ

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia del treinta (30) de Septiembre de 2011 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se conceden las pretensiones de la demanda del actor MARTIN ARCE GUTIERREZ en contra del DISTRITO DE CARTAGENA.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones

"1. Que se declare la nulidad del Decreto 0557 del 29 de abril de 2009, y de la comunicación de fecha 29 de abril, y como consecuencia de ello, se restablezca al señor MARTIN ALONSO ARCE GUTIERREZ, en el mismo cargo que venía desempeñando, esto es al cargo de Inspector de Policía rural código 406, grado 15 en Punta Canoa, el cual fue nombrado por el Decreto 0616 del 15 de junio de 2004, u otro de igual categoría.

2. Que el Distrito de Cartagena de Indias, pague todos los valores dejados de cancelar al señor MARTIN ALONSO ARCE GUTIERREZ, desde la fecha de la comunicación, esto es del 29 de abril de 2009, y de los daños morales causados. Por afectación de la honra, y el buen nombre.

3. Que se cancelen las costas y agencias en derecho, conforme a la ley que rigen la tarifa de los honorarios profesionales."

2. Hechos

1. Que el señor MARTIN ARCE, fue nombrado en propiedad, mediante Decreto 0626, del 18 de Junio del 2004, como Inspector de Policía rural, código 406, grado 15, habiendo tomado posesión del cargo.

2. Que el Distrito de Cartagena de Indias, a través de la doctora MARTA CARVAJAL HERRERA, declaró insubsistente al señor MARTIN ALONSO ARCE GUTIERREZ, lo que comunicó en la misma fecha.

3. Que el cargo de *Inspector de Policía Rural Código 406, grado 15 en Punta Canoa, es de carrera administrativa, atendiendo la naturaleza del cargo, y estar por fuera de las excepciones establecidas en el artículo 5 de la ley 909 de 2004.*

4. Que no obstante lo anterior, fue declarado insubsistente bajo el supuesto de ser *funcionario de libre nombramiento y remoción.*

5. Que el *Distrito de Cartagena, de manera unilateral, sin motivación, sin proceso, procedimiento alguno declaró dicha insubsistencia luego que en el Concejo de Cartagena el día 28 de abril se solicitara que se me destituyera, así lo solicitaron los concejales, JORGE CARCAMO y RAFAEL MEZA.*

6. Que los *medios de comunicación dieron notoriedad y connotación a unos hechos que los concejales presentaron como delictuosos, en unas grabaciones ilegales que llegaron a sus manos, y que fueron registradas en todos los medios de comunicación.*

7. Que las *razones por las cuales lo declararon insubsistente, fueron esas falsas denuncias, bajo la fachada de decisión discrecional en cargo libre nombramiento y remoción, lo que no es cierto, con lo cual afectaron mi honra, muy (sic) buen nombre, mi derecho al trabajo, pues en Cartagena y en Punta Canoa, mi mandante, MARTIN ARCE, es catalogado de delincuente, al pedir plata, para favorecer a querellantes.*

8. Que siendo *funcionario de carrera, por mandato legal el hecho de convocar a concurso no es de mi competencia.*

9. Que la *declaratoria de insubsistencia para los funcionarios insertos en la carrera administrativa, tiene un proceso reglado, el cual desconocido absolutamente, por el Distrito de Cartagena de Indias.*

10. Que aunque no fuera de carrera administrativa, la facultad de libre nombramiento y remoción no es absolutamente discrecional, sus límites los establece el artículo 36 del C.C.A. al establecer que el contenido de una decisión de carácter general o particular, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

11. Que en caso que se considere que el funcionario, no es de carrera, esta decisión no se hizo en procura de un buen servicio, por cuanto el señor MARTIN ARCE, es funcionario idóneo, eficaz, y eficiente, que venía cumpliendo cabalmente sus funciones.

12. Que la decisión tomada se debió a unas malintencionadas informaciones, las cuales están contenidas en la carta de fecha 13 de mayo del 2009, en donde pormenorizadamente mi mandante, da cuenta de los hechos que determinaron su destitución, llamada insubsistencia. Por economía procesal me abstengo de transcribir la carta de referencia, empero solicito se tenga como el hecho número 13.

13. Que la declaratoria de insubsistencia en todos los casos es violatoria de la constitución y vulnera las normas en que debería fundarse, violó la ley 909 de 2004, derechos fundamentales, y el código contencioso administrativo, artículo 36.

14. Que la declaratoria de insubsistencia, si bien tuvo esa forma ese nombre, en la práctica, fue una destitución sin fórmula de juicio, realizada a petición de los concejales RAFAEL MEZA PEREZ y JORGE CARCAMO ALVAREZ.

15. Que la Alcaldía, ha expresado que el cargo de mi mandante, es de libre nombramiento y remoción, de acuerdo al manual de funciones, Decreto 0346 del 4 de Junio de 2003 (sic), tal acto es manifiestamente inconstitucional e ilegal de ser cierto, por lo que contra él, se presentarían las demandas correspondientes, ya que vulnera la estabilidad laboral del derecho al trabajo, el derecho a la igualdad, ya que no es dable

tener inspectores de carrera (los urbanos), y de libre nombramiento y remoción (rurales).

16. Que la decisión inmotivada e ilegal, vulneradora del debido proceso, conforme a lo establecido en el artículo 29 C.N., proferida por el Distrito de Cartagena de Indias, lesiona el buen nombre de mi mandante, pues esta fue en respuesta a las denuncias del (sic) concejales antes referenciados y al escándalo montado, por los querellantes, a quienes por el contrario se les admitió con anterioridad la querrela.

17. Que las denuncias fueron falsas, (Que se recibió dinero para favorecer la querrela presentada por los querellantes), que esta fue inadmitida el 6 de abril del 2009. Se solicita oficiar a la Inspección rural de Policía de Punta Canoa.

18. Que el señor MARTIN ARCE, cumple con todos los requisitos para seguir en el cargo, solicitaré copia del manual de funciones, Decreto 0346 del 4 de junio de 2003, luego la presunción mejora del servicio no es cierta, no es válida, no soporta la pretendida discrecionalidad.

19. Que en el cargo fue nombrada, la señorita, JOHANA PAJARO, en remplazo del señor MARTIN ARCE.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

A continuación, se transcriben algunos apartes del concepto de violación:

"El derecho al trabajo, establecido en el artículo 25 de la Constitución Política, debe ser protegido en "todas sus formas y modalidades", sin ninguna excepción, esto significa que al señor MARTÍN ACRCE, le debe ser protegido el derecho al trabajo, además porque es el núcleo fundamental del Estado social de derecho, establecido en el) artículo primero de la carta, el cual está fundado en el) respeto a (a dignidad humana y el trabajo".

La dignidad humana, y e) buen nombre fueron afectados en virtud que, por las mismas denuncias del señor Rafael Meza Pérez, al punto que el concejal Jorge Carcamo, solicitó en la sesión del 28 de abril que se me destituyera y efectivamente, fue destituido al día siguiente. Es decir el debate fue el 28 de abril de 2009, y al día siguiente 29 del mismo mes fue destituido bajo la forma de la declaración de insubsistencia, en el entendido que se trata de un cargo de libre remoción.

El cargo de Inspector rural de Policía de Punta Canoa, es de carrera, no es de libre nombramiento y remoción, por la naturaleza del mismo, esto es su carácter ejecutivo, operativo, técnico, y además por estar por fuera de lo establecido del listado señalado en el artículo 5 de la ley 909 de 2004.

Es que la calificación de cargo de libre nombramiento y remoción, pende de la ley, naturaleza del cargo y la clasificación que la ley realice, de donde resulta, que las funciones realizadas por los inspectores de policía, y su naturaleza, determinan que son cargos de carrera, y además por expresa calificación y clasificación del artículo 5º de la Ley citada.

En tales circunstancias el acto del retiro del servicio, debió tener un procedimiento, el cual está previsto en la Ley 909 de 2004, razón por la cual, dicho decreto como la comunicación que lo contiene es nula.

En tales circunstancias el decreto demandado, vulneró lo establecido en los artículos, 5, 6, y 41 de la Ley 909 de 2004, que para el caso debió estar motivado, motivación que contiene el Decreto demandado. Dicho proceso es reglado con claras etapas procesales administrativas, para que se ejerza el derecho de defensa y contradicción es claro además que se vulneró el Art 29 de la C.P.

La declaratoria de insubsistencia especial tampoco fue motivada vulnerando la Ley 909 de 2004.

La destitución- declaratoria de insubsistencia, vulneró el buen nombre, la dignidad humana, pues es evidente que esta se debió por las falsas denuncias de los concejales y querellantes

El Distrito de Cartagena de Indias, ha considerado que el cargo era de libre nombramiento y remoción, pero resulta que dicha facultad debe darse dentro de los límites establecidos en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que el contenido de la decisión de carácter general, o particular, para ser discrecional", debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

El derecho al trabajo, soporte del Estado Social de Derecho, como la dignidad humana, son los límites al uso de facultades discrecionales, estas no son absolutas, de suerte que la declaratoria de insubsistencia, como lo demostraremos, fue producto de un debate en el Concejo de Cartagena, de las solicitudes de los Concejales, Jorge Cárcamo y Rafael Meza, hechos que adquirieron connotación y notoriedad pública, ya que fueron objeto de gran difusión de los medios de información masivo, al punto que un día después del debate, se produjo la declaratoria de insubsistencia (en mi criterio de destitución), lo que hizo para eludir los tramites de ley, con lo que se afectó el derecho al trabajo, (Que en todas sus modalidades deben ser protegido- artículo 25 C.P.) la dignidad humana, el buen nombre.

El principio de legalidad fue quebrantado, razón por la cual igualmente debe ser declarado nulo el Decreto demandado, y la comunicación que lo contiene.

En consecuencia las normas violadas son el artículo 1, 21, 25 de la C.P., como también el artículo 36 del C.C.A.

B. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada no presento escrito de contestación.

C. LA SENTENCIA APELADA

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

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

Señala el a-quo que la facultad discrecional de la que goza la administración para declarar la insubsistencia del nombramiento, opera respecto a los funcionarios que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción; es decir, que no se necesita motivación del acto; sin embargo, no ocurre lo mismo en el caso de los empleados que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad; después de entrada en vigencia de la ley 909 de 2004, ya que se tiene que dar aplicación a lo ordenado en la norma que establece que en caso de retiro del cargo se hará mediante acto administrativo motivado, requisito que no fue tenido en cuenta por la entidad demandada, razón por la cual el a quo concedió las pretensiones de la demanda.

D. EL RECURSO DE APELACION

La entidad demandada a través de su apoderado, interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, en su sustentación del recurso manifiesta que el cargo de Inspector rural de Policía, a partir de la expedición del Decreto 0346 de junio 4 de 2003, pasó a ser de carrera administrativa. Sin embargo, el demandante accedió a él a través de nombramiento como empleado de libre nombramiento y remoción, por cuanto al momento de la

designación, no se adelantaba proceso alguno para adjudicar el referido cargo, a un empleado con ingreso a la carrera administrativa.

La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el del actor, está ajustada a las leyes que regulan la materia, y es procedente de forma inmotivada y sin procedimiento o condiciones algunas.

Más aún, por ser un acto administrativo goza de presunción de legalidad, lo cual no fue desvirtuada por el querellante.

No obstante lo anterior, por ser presunción legal, es susceptible de ser desvirtuada presentando pruebas que tienda a informarla. Tal presunción surge de la aplicación del principio de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la ley y los reglamentos.

Conforme a los hechos de la demanda, y las pocas pruebas arimadas al proceso, se deduce sin lugar a equívocos:

1. Que el demandante fue nombrado el 29 de abril de 2009, para ejercer el cargo que se indica en el decreto de nombramiento distinguido con el número 557 de 2009, y cuya nulidad se pretende.
2. Que el querellante, no hace parte de la carrera administrativa.
3. Que si bien es cierto, que el cargo de Inspector de Policía, paso a ser de carrera administrativa, no lo es menos, que para acceder al mismo, como empleado de carrera administrativa, se debe cumplir un trámite y llenar unos requisitos, que el demandante, no demostró haber cumplido.

Los empleados que no hayan accedido a un nombramiento para ocupar un cargo de carrera administrativa, cuando ocupan uno de dichos cargos, sin el lleno de las formalidades de ley, no gozan de la estabilidad que concede la carrera administrativa, y sus nombramientos pueden declararse insubsistentes, sin trámite alguno en

cualquier momento, a pesar que en el ejercicio de sus funciones, hayan tenido un buen desempeño.

Señala la entidad demandada que el acto por medio del cual se dispuso el retiro del accionante, se presume motivado en el mejoramiento del servicio público, habida cuenta que la facultad discrecional está instituida con ese propósito, y no para favorecer intereses personales del nominador o de terceros, con fines partidistas, ajenos al interés público, presunción que debía ser desvirtuada por el actor sin que haya agotado esa carga procesal.

Manifiesta que se acusa que el acto demandado no estuvo inspirado en razones del servicio, sino que fue expedido con desviación de poder, atendiendo peticiones de concejales.

Los anteriores cargos, no están probados en el proceso y prueba de ello, es que el juez de la primera instancia, no los tuvo en cuenta.

Sin embargo, debemos afirmar que a la insubsistencia no constituye sanción y obedece siempre a algún motivo que la administración no está obligada a expresar en el acto que la declara.

Ahora bien la desviación de poder aquí planteada fue expuesta como soporte jurídico por parte del actor en procura de sus pretensiones, en consecuencia y en atención de lo preceptuado en el art. 177 del C.P.C., dicha figura debe tener un definido respaldo probatorio para llevar a su señoría a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado, no son aquellos que la ley señala para tal efecto.

Es por lo anterior que el recurrente solicita se revoque en todas su partes la sentencia impugnada y en su defecto nieguen las pretensiones de la demanda.

V. TRÁMITE PROCESAL

Segunda Instancia

- En auto de fecha 9 de Mayo de 2012, se admitió el recurso de apelación presentado.
- Por auto de fecha 28 de Septiembre de 2012, se corre traslado a las partes para que aleguen de conclusión, y al Señor Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto.
- Finalmente el proceso entra al despacho para su pronunciamiento.

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

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

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

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

2. Acto Administrativo acusado.

- Decreto 0557 del 29 de abril de 2009 por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento hecho al señor MARTIN ALONSO ARCE y de la comunicación de fecha 29 de abril de abril de 2009

3. Problema jurídico.

Se trata de establecer si el Decreto No. 0557 de fecha 29 de abril de 2009 y la comunicación, de fecha 29 de abril de 2009, expedida por la Directora Administrativa del Talento Humano de la Alcaldía Mayor de Cartagena, la cual declaró insubsistente el nombramiento del señor MARTIN ALONSO ARCE GUTIERREZ, en el cargo de INSPECTOR DE POLICIA RURAL, código 306, grado 15 en la Inspección de Policía de Punta Canoa, se encuentra viciada o no por falta de motivación.

4. Tesis De La Sala

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

5. Caso Concreto

El señor Martín Alonso Arce Gutiérrez, fue nombrado por la Alcaldía Mayor de Cartagena como Inspector de Policía Rural Código 406 grado 15 en el corregimiento de Punta Canoa, en esta ciudad mediante Decreto No. 0626 de fecha 18 de junio de 2004, tomando posesión desde el día 25 de junio de 2004, tal y como consta a folios 8 y 9 del expediente.

El Distrito de Cartagena a través de la doctora Marta Carvajal Herrera, Directora Administrativa del Talento Humano, a través de Decreto No. 0557 del 29 de abril de 2009, carente de motivación declaró insubsistente el nombramiento hecho a MARTIN ALONSO ARCE GUTIERREZ, del cargo de Inspector de Policía Rural Código 306, Grado 15 en la Inspección de Policía de Punta Canoa.

Lo probado en el proceso

Dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

1. Copia auténtica del Decreto No. 0626 de junio 18 de 2004, por medio de la cual se nombra al señor Martín Alonso Arce Gutiérrez en el cargo de Inspector de Policía Rural Código 406 grado 15 en Punta Canoa(fl. 8)
2. Copia auténtica del Acta de Posesión No. 0308 del 25 de junio de 2004 por medio del cual acepta el señor Martín Arce Gutiérrez en el cargo de Inspector de Policía Rural Código 406 grado 15 en punta canoa. (fl.9)
3. Copia auténtica del Decreto 0557 de 29 de abril de 2009 por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento del señor Martín Arce Gutiérrez. (fl. 10)
4. Comunicación del día 29 de abril de 2009 al señor Martín Alonso Arce Gutiérrez, por medio del cual se le informa la declaratoria de insubsistencia. (fl. 11)
5. Constancia de solicitud de Conciliación Extrajudicial No. 2009/00819 del 28 de octubre de 2009 de la Procuraduría 22 Judicial II para asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar. (fls. 12)
6. Acta de conciliación Prejudicial No. 0819-2009 de la Procuraduría 22 Judicial II para asuntos Administrativos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar. (fls. 13-14)
7. Acta de testimonio del señor Cesar Gaviria Gómez del día 17 de marzo de 2011. (fls. 113-114)
8. Acta de testimonio del señor Dagoberto Carmona Gómez del día 17 de marzo de 2011. (fls. 115-116)

9. Acta de testimonio del señor Luis Eduardo Liñán Puello del día 17 de marzo de 2011. (fls. 117-118)

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

- Que el señor MARTÍN ARCE, fue nombrado mediante Decreto 0626 de fecha 18 de junio de 2004, como Inspector de Policía Rural, Código 406, grado 15, habiendo tomado posesión del cargo el día 25 de junio de 2004. (fl. 8-9)
- Que el Distrito de Cartagena de Indias, a través de la Doctora Marta Carvajal Herrera, declaró insubsistente, al señor Martín Alonso Arce Gutiérrez, lo que comunicó en la misma fecha. (fls. 10-11).
- Que en el acto que aquí se impugna, la entidad demandada no explicó las razones por las cuales daba por terminada su vinculación laboral, es decir que se expidió sin la debida motivación.

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

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

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

Ahora bien, es pertinente señalar la naturaleza del cargo en que se encontraba el actor para poder estudiar la legalidad del acto acusado, es por eso que observa esta Sala que en el presente caso, el actor fue nombrado por la Alcaldía Mayor de Cartagena como Inspector de Policía Rural Código 406 Grado 15 en el corregimiento de Punta Canoa, en la ciudad de Cartagena, tomando posesión desde el día 25 de junio de 2004.

Igualmente observa esta Sala que en dicho nombramiento no se especifica la naturaleza del cargo, es decir si el mismo es de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, sin embargo en el acta de posesión No. 308 se establece que el nombramiento en el cargo de inspector de Policía Rural, es en propiedad.

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

Comparte por ello esta Sala el análisis jurídico que hizo el a-quo en sentencia de primera instancia, al determinar que el cargo que ocupaba el actor era de carrera administrativa, al constatar que en la normatividad que excepciona los cargos que son de carrera administrativa, no incluían el cargo de Inspector de Policía Rural, cargo que era el desempeñado por el señor Martín Arce.¹

¹ Folio 9-10

Por otra parte, si bien queda claro para esta Sala que el cargo que ocupaba el actor era de carrera administrativa, no pasa lo mismo con la modalidad o manera de vinculación de dicho cargo, es decir si era en provisionalidad o si era en propiedad, pues para esta Sala si bien en el acta de posesión se lee en propiedad, no obstante el actor no acredita en el expediente que cumplió el respectivo proceso para adquirir el derecho de carrera administrativa o lo que es lo mismo para quedar en propiedad, proceso que implica haber superado las diferentes etapas de un proceso de selección por concurso de méritos para ocupar el cargo de Inspector de Policía Rural, es decir se tiene que el actor no acreditó estar inscrito en carrera administrativa, razón por la cual la Sala deduce que el nombramiento del actor en el cargo de carrera que ocupaba, lo fue bajo la modalidad de nombramiento en provisionalidad.

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

Quedó claro que el cargo de Inspector de Policía rural es un cargo de carrera administrativa, en razón de que primero pertenece al nivel profesional y segundo que dicho empleo no se encuentra dentro de alguna de las excepciones a la clasificación genérica de empleos de carrera, consagradas en el artículo 5° de la ley 443 de 1998 vigente al momento del nombramiento del actor en dicho cargo.

Por ello, la Sala no está de acuerdo con el argumento del recurrente en el sentido de que el accedió al cargo de Inspector de Policía inicialmente como empleado de libre nombramiento y remoción dizque porque para ese momento no se adelantaba proceso alguno de carrera para ingresar.

No podría haber sido el actor de libre nombramiento y remoción, porque sencillamente el cargo de Inspector de Policía no se ajusta a ninguno de los criterios establecidos en el citado artículo 5° de la Ley 443 de 1998 para ser catalogado como empleado de libre nombramiento y remoción.

Por ello le queda claro a la Sala que el nombramiento del actor en el referido lo fue en provisionalidad, toda vez que el demandante no demostró en este proceso de nulidad y restablecimiento del derecho el estar inscrito en carrera administrativa, y que finalmente resulta aplicable la ley 909 del 2004, en razón de que para el momento de la declaratoria de insubsistencia del actor, el acto administrativo acusado fue expedido el día 25 de abril de 2009, siendo entonces necesaria la motivación del acto administrativo que ordena el retiro del servicio.

En efecto, con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004², es decir, cuando regía la Ley 443 de 1998, la desvinculación del funcionario que ocupaba un cargo en provisionalidad no requería de acto administrativo motivado, es decir, no era necesario expresar las causas del retiro, pues se presumía que se expedía por razones del servicio y así era reconocido por la jurisprudencia del Consejo de Estado³, criterio que aún se mantiene para las insubsistencias que se dan antes de la vigencia de la ley 909 de 2004.

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

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

"(...) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya

²Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

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

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

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

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos⁵ de carrera administrativa, y que de

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

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

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

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

“Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto

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

1227 del mismo año). Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual no ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.⁷

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

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

Conforme lo anteriormente expuesto, procederá la Sala de Decisión a confirmar la sentencia adiada 30 de Septiembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de descongestión que concedió las pretensiones de la demanda.

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

VIII. DECISION

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

FALLA

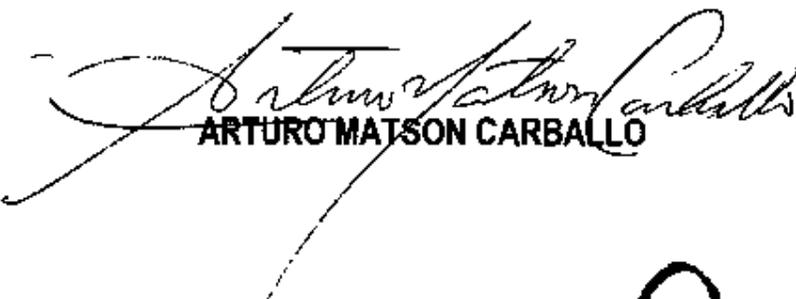
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de Septiembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



ARTURO MATSON CARBALLO



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



JORGE LANDINO GALLO



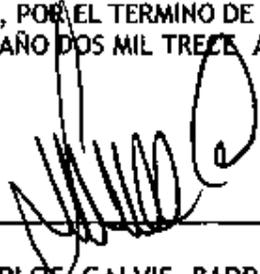
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1339
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPETICIÓN
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE NACIONAL	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
DEMANDADO	: JAVIER DE JESUS HOYOS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2003-01587-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TRECE (13) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

P. 176 a 196.
(2.º)



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: **Dr. Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 308 / 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., Trece (13) de Noviembre de dos mil trece (2013).

Tema: Carga de la prueba – requisitos para acción de repetición – pruebas aportadas en copias simples.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPETICION

Radicación: No. 13-001-23-31-004-2003-01587-00

II. PARTES

Demandante: NACION MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL

Demandado: JAVIER DE JESUS HOYOS

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de acción de repetición instaurado por la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL contra JAVIER DE JESUS HOYOS.

IV. ANTECEDENTES

A- LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

"PRIMERA: Que el señor ex -agente de la Policía Nacional Javier de Jesús Hoyos es responsable por culpa grave o dolo en su actuar el 29 de noviembre de 1.002, al causar la muerte de Leonith Antonio Gil García (q.e.p.d.), que dio lugar a que este Tribunal condenara a la entidad demandante al pago de los perjuicios causados a los familiares de dicho ciudadano, en las sentencias de fechas 160796 confirmada por el Consejo de Estado el 22-03-01 preferida dentro del proceso 9263 promovido por la señora Ceneida Paternina, y la providencia adiada el 01-06-99 dada dentro del proceso 9938 iniciado por el señor Disney Enrique Gil García.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene al señor Javier de Jesús Hoyos al pago total o parcial del capital y los respectivos intereses que la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional fue condenada por los perjuicios causados a los familiares del señor LEONITH ANTONIO GIL GARCÍA, pago que deberá realizar a favor de la entidad demandada ante la Tesorería de la misma.

TERCERO: Que la sentencia que ponga fin al presente proceso sea de aquellas que reúnan los requisitos exigidos por los artículos 58 del C.C.A. y 468 del C.P.C.; es decir, que tenga una obligación clara, expresa y exigible que preste mérito ejecutivo.

CUARTO: Que el monto de la condena que se profiera contra el señor ex -Agente JAVIER DE JESÚS HOYOS identificado con la C.C. No. (sic) sea actualizado hasta que se produzca el pago efectivo de la misma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A.

QUINTO. Que se condene en costas al demandado.

2. LOS HECHOS

Los hechos que cita la parte actora como fundamento de sus pretensiones son los siguientes:

"1. Los hechos que dieron lugar a la presente demanda de reparación directa, ocurrieron el día 29 de noviembre de 1.992 en las horas de la noche en la población San Martín de Loba - Bolívar, cuando por la imprudencia del demandante se produjo la muerte del señor LEONITH ANTONIO GIL (q.e.p.d.), como consecuencia y a raíz de una discusión originada entre los agentes de la Policía Nacional MANUEL GILBERTO YEPES VERGARA y JAVIER DE JESÚS HOYOS, lo que produjo que el primero agrediera al segundo con la culata del fusil, lo que ocasionó que el agente Hoyos hiciera disparos al vacío dando muerte al señor LEONITH ANTONIO GIL a consecuencia del impacto del proyectil del arma de fuego que portaba el mencionado agente de Policía.

2. Según la denuncia presentada por el señor JAIDE ARTURO GIL BALLESTAS, los testimonios rendidos entre otros por los señores JORGE IVAN UCHIMA (Cabo de Policía), MANUEL GILBERTO YEPES, RODOLFO CIACHICO ESCOBAR, JAIRO ORTIZ MUÑOZ, MIGUEL AMAYA y a la indagatoria del proceso, recepcionados por el Juzgado Promiscuo Municipal de San Martín de Loba - Bolívar, son demostrativos en señalar que el autor del hecho punible de homicidio culposo en el particular LEONITH ANTONIO GIL GARCÍA es el agente de la Policía JAVIER DE JESÚS HOYOS, ya que el insuceso acaeció por la imprudente forma de disparar el arma de fuego fusil No.8-1922358 de dotación oficial que portaba como lo expresaron todos los testigos señalados en el proceso.

3. Por los hechos antes citados, se presentaron dos (02) demandas de reparación directa en contra de la Policía Nacional, a saber Proceso No.9938, actor DISNEY

ENRIQUE GIL GARCÍA, ALBETO JOSÉ POLO y EDILBERTO GIL CENTENO, medios hermanos del señor LEONITH ANTONIO GIL GARCÍA, y el proceso No. 9263 actor CENEIDA PATERNINA, cónyuge supérstite de la víctima y en representación de sus hijos menores DIEGO ALEJANDRO y NÉSTOR ANDRÉS GIL PATERNINA.

4. Dentro del expediente No.9263 iniciado por la señora CENEIDA PATERNINA, obran los siguientes elementos probatorios que llevaron al Juez a declarar la responsabilidad patrimonial de la administración en el caso de autos:

❖ A folios 127 a 140 del cuaderno principal obra la anotación hecha en el libro de minuta de guardia de la estación de San Martín de Loba del Departamento de Bolívar del día 29 de noviembre de 1.992, donde se consignó la siguiente novedad:

"(...) A la hora se presentó el AG. Hoyos Javier de Jesús y sacó el fusil y su munición para dirigirse al vehículo del señor Leonith Antonio Gil, quien lo esperaba en la garita número uno, el mencionado después de que se informara el AG. Anilla Flores, al Comandante de Guardia de que se encontraba con el fusil de civil quien se dirigió a donde el AG. Hoyos quien se encontraba en la garita No.1. El Ag. Yepes Vergara quien se encontraba de Comandante de guardia le manifestó que país donde se dirigía con el fusil y el AG. Hoyos lo agredió con una trompada, quien se defendió y después de esto el Ag. Hoyos Javier de Jesús haciendo varios disparos hacia el Comandante de Guardia Ag. Yepes Vergara, quien se ocultó en la parte de atrás del vehículo y cuando salió al lado izquierdo del vehículo, vio que el señor Leonith estaba tirado en el piso (...)"

❖ Ese mismo día 29 de noviembre de 1.992, horas más tarde, se practicó diligencia de levantamiento de cadáver a Leonith Antonio Gil García; el acta expresa, que:

"(...) en la calle 3ª con carrera y, se halló en el suelo el cadáver de un hombre de unos treinta a unos treinta y dos años de edad aproximadamente, de color trigueño, contextura gruesa, vestido con suéter color blanco y pantalón de color beig, zapatos apaches, color marrón sin medias. El cuerpo se halló en posición lumbar, con la cabeza al sur, los pies al norte, registrado los bolsillos del pantalón y de la camisa no se le encontró ningún objeto (...)"

En el lugar de los hechos se encontró 3 vainilla calibres 8S, 35, el cuerpo se encontró al lado del carro de su propiedad a unos 10 cmtrs de la compuerta, dicho carro apareció con tres impactos así: en el capo, 2 en el parabrisas" (Acta de levantamiento de un cadáver, documento público copia auténtica fol., 31 a 33, 102c.ppal).

❖ El día 30 de noviembre de 1.992, el SS. Jorge Iván Uchima Uchima, reemplazante Estación San Martín de Loba, y el AG. Manuel Gilberto Yepes Vergara, quien se encontraba de Comandante de Guardia, informaron al señor Teniente Comandante de la Estación del municipio referido la novedad de la muerte del señor Gil García, quien fue alcanzado en forma accidental por las balas disparadas por el Agente Javier de Jesús Hoyos, quien se encontraba de civil y portaba su arma de dotación oficial (Documento público, Informe de novedad, copia auténtica fol., 37y38c.ppal).

❖ El día 01 de diciembre de 1992 rindió indagatoria, ante el Juez Único Penal del Circuito de Mompos, Javier de Jesús Hoyos, el cual manifestó:

"(...) nos encontrábamos al frente del establecimiento dialogando cuando llegó hasta nosotros el agente YEPES VERGARA MAMUEL, diciéndome que dejara el fusil en la guardia lo cual manifesté que tenía plenos conocimientos de las órdenes del señor Comandante de la estación en portar el en todo momento

entramos en acalorada discusión fue cuando el Agente YEPES, me dio con la culatin del fusil en el pecho y de la cara de las cuales tengo las cicatrices de los golpes y quiero que quede constancia (...).

Al ver los ánimos acalorados de mi compañero tomé la decisión de hacer dos disparos al aire y fue cuando llegó el Cabo Uchima a preguntar por lo sucedido y al darse cuenta de que mi amigo LEO G/L, se encontraba tirado en el piso fue cuando la sorpresa y procedí a llamarlo después hizo presencia el señor Comandante de Estación, fue cuando el mismo se percató que al parecer el señor Leo Gil, al parecer había sido alcanzado por unos disparos, procedí decirle a LEO párate, pensando en ningún momento haber intentado contra la humanidad de él pues era un amigo personal (...)" (fols.83 a 86 c.ppal).

❖ El día 9 de diciembre de 1.992, la oficina de Inspección y Disciplina de la Policía Nacional (departamento de Bolívar) declaró abierta la investigación de carácter disciplinario (prueba documental, copia autentica, folios 16c.2)

❖ El día 10 de diciembre de 1.992, la Fiscalía 25 de Mompos resolvió la situación jurídica del Ag, Javier de Jesús Hoyos, le dictó auto de detención por el punible de homicidio culposo, y le concedió el beneficio de la libertad provisional (copia autentica fol.91 a 94).

❖ El día 5 de febrero de 1.995, la oficina de Inspección y disciplina de la Policía Nacional (Departamento de Bolívar) profirió fallo, por medio del cual se solicitó a Dirección General de la Policía la separación en forma absoluta y con nota de mala conducta del agente Javier de Jesús Hoyos, por haber infringido el R.D.D. vigente para los miembros de la Policía Nacional en su artículo 121 numerales 16- 24 y 38, consistente en ser el causante directo de la muerte del señor Leonith Gil García.

- ❖ El día 21 de febrero de 1993 el jefe de almacén de armamento informó que el fusil de No.8-1922358 es de dotación oficial de la Policía Nacional y que fue asignado al agente Javier de Jesús Hoyos.

- ❖ El día 5 de agosto de 1993 la Fiscalía 25 de Mompos dictó resolución de acusación contra el Ag. Javier de Jesús Hoyos por el punible de homicidio culposo.

- ❖ El día 8 de marzo de 1994, el Subintendente José Jorge Juvinao Comandante de la estación San Martín de Loba, mediante oficio, explicó que el día 29 de noviembre de 1992 se encontraban de servicio los Agentes Manuel Yepes Vergara, como Comandante de Guardia, Erasmo Leyton Benachi, Jairo Ortiz Muñoz, Juan Rodríguez Moneada, Enrique Martínez Santana y Aristides Ramos Fuelle, desde las 20:00 horas hasta las 2:00 horas del día 30 de noviembre de 1992; que todos estaban dotados con los fusiles asignados a cada uno y con su respectiva munición, que el agente Javier de Jesús Hoyos había prestado servicio de manera amanecida el día 29 de noviembre de 1992 desde las 2:00 de la madrugada hasta las 8:00 horas de la mañana, por ello se encontraba de descanso

- ❖ El día 29 de abril y el día 2 de mayo de 1994 ante el Juez promiscuo Municipal de San Martín de Loba rindieron testimonio los señores Alvis Padilla y Alfredo Castañeda Ángulo, manifestaron que el día de la muerte de Leonith Antonio Gil García, ellos estuvieron con éste, ingiriendo licor, que al enterarse de su muerte escucharon que el victimario fue el agente de policía Javier de Jesús Hoyos, al haber disparado con el arma de dotación oficial.

- ❖ El día 04 de mayo de 1994 el Juez Civil del Circuito de Mompos realizó diligencia de inspección judicial al Juzgado Penal del Circuito, examinó el proceso penal seguido contra el señor Javier de Jesús Hoyos por homicidio el cual aparece como víctima Leonith Antonio Gil García y que es oficial el arma, de largo alcance, con la cual se

cometió el punible; constató que el día 05 de agosto de 1993 la Fiscalía 25 de Mompos dictó resolución de acusación contra el agente Javier de Jesús Hoyos por el delito de homicidio culposo y que el 04 de abril de 1994 este Juzgado penal profirió sentencia en la cual se fijó como pena principal la de 3 años de prisión y como accesorias, de parte, el pago de multa de \$10'000.000 y o la suspensión en el ejercicio de su profesión como agente de la Policía Nacional por un lapso de un año.

5. El Tribunal Administrativo de Bolívar en la sentencia de fecha 16 de julio de 1996 confirmada en segunda instancia por el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 22-03-01 condenó a la Institución a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de la señora Ceneida Paternina y sus hijos la cantidad equivalente a 1.000 gramos oro así como también la suma de \$ 39.700.131.23 para cada uno de los actores, por concepto de perjuicios materiales.

6. Igualmente dentro del proceso adelantado por el señor Disney Gil García se produjo la sentencia de fecha 01-06-99, por medio cual este Tribunal declaró patrimonialmente responsable a la Institución por la muerte violenta del señor Leonith Antonio Gil García, y en consecuencia se condenó a pagar a favor de los medios hermanos del causante, la suma equivalente a 250 gramos oro para cada uno de ellos.

7. Mediante la Resolución No.000655 del 141201 la Dirección Administrativa y Financiera de la Policía Nacional se dispuso de los recursos necesarios para atender el pago de sentencias y conciliaciones a cargo de la misma, dentro de los cuales se encuentra especificada la suma de DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO CUATRO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO CON CINCUENTA Y SIETE PESOS Mcte, a favor de CENEIDA PATERNINA (\$219.104.388,57).

8. Por medio de la Resolución No.03853 del 08 de noviembre del 2000, la Dirección General de la Policía Nacional, dispuso el pago de sentencias y conciliaciones

adecuadas por la misma, dentro de las cuales se encuentra pormenorizada la suma de \$14'372.845,53 CATORCE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS a favor de Disney Enrique García, dicha Resolución fue modificada por la No. 00458 del 15 de febrero del 2001 al hacer una revisión de los respectivos expedientes y constatar algunas inconsistencias sin que se cambiara la suma atribuida al señor Disney Enrique García a través de la Resolución No.000194 del 28 de marzo del 2001, la Dirección Administrativa y Financiera de la Institución ordena la cancelación de la reliquidación de los intereses sobre los \$14'372.845,53 CATORCE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS que fueron reconocidos, en la Resolución No.03853 del 08 de noviembre del 2000, la cual equivale a la suma de \$859.744,14 OCHOCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON CATORCE CENTAVOS.

9. Mediante el comprobante de egreso de fecha 261201, la Dirección Administrativa y Financiera de la Entidad demandante, canceló los perjuicios causados a Ceneida Paternina Paternina, equivalentes a la suma de DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO CUATRO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS, ordenados en la resolución No.0655 del 141201.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se señalan como fundamentos de derecho las siguientes disposiciones:

El inciso 2° del artículo 90 de la actual Constitución Política, establece "En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daño (antijurídico), que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste".

Dicho precepto constitucional consagra la filosofía jurídica de ampliar la responsabilidad estatal hacia su agente, con el fin de recuperar para aquel, el monto proporcional de los perjuicios imputables al autor del hecho en cuestión.

El mismo Código Administrativo en el título VII, sobre la responsabilidad de los funcionarios y en especial en el artículo 77, de los actos y hechos que da lugar a la responsabilidad y 78, jurisdicción competente para reconocer de la responsabilidad conexas, establece la falta personal del empleado público y la posibilidad de repetir contra el patrimonio de este, por parte de la entidad pública que resulte condenada.

Con esta acción reversiva se busca básicamente, la necesidad de asegurar el principio moral de la función pública (Art.209 de la Constitución Política), y un fin fiscal, tendiente a la recuperación de lo pagado por el Estado por la falla de su agente.

Lo anterior se encuentra en concordancia con lo establecido en los artículos 1, 2, y 3 de la Ley 678 de 2001, "por medio de la cual se reglamentó la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición".

Como quiera que el demandante el señor JAVIER DE JESÚS HOYOS, no fue vinculado a ninguno de los dos procesos contenciosos administrativos iniciados en este Tribunal por los familiares del señor LEONITH ANTONIO GIL GARCÍA (q.e.p.d.), es necesario aplicar la garantía consagrada en el artículo 29 de la carta política, lo que impide la realización de un proceso de ejecución en su control y obliga a el presente juicio a conocimiento de esta honorable Corporación, a fin de obtener la sentencia condenatoria a favor de la Nación, declarando la responsabilidad de su agente.

En el caso bajo estudio, se evidencia de forma clara la culpa grave del demandado, pues como se pronunció esta misma Corporación en la sentencia de primera instancia

de fecha 16-07-96 proferida dentro del proceso promovido por CENEIDA PATERNINA PATERNINA, sobre la responsabilidad del mismos en el caso bajo estudio: " (...) De acuerdo a lo anterior, está demostrado que la muerte del señor Leonith Antonio Gil García, se produjo en forma violenta por la conducta culposa del agente de la Policía Javier de Jesús Hoyos, quien en forma imprudente y sin medir las consecuencias de sus actos, disparó su amia de dotación oficial. Lo anterior constituye una falla en el servicio, figura reconocida por la Jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado en innumerables providencias. La misión de las Fuerzas de Policía es la de proteger la vida, la honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia; por lo tanto a ese cuerpo armado se le ha dotado de ciertos medios capaces de hacer respetar el orden. Tal como dice el Honorable Consejo de Estado en la sentencia mencionada por el apoderado del actor, "el uso de las armas de dotación oficial, por ejemplo, no puede ser ni un alegre juego de niños, ni un pretexto para afirmar la autoridad; el empleo de las armas debe ser reflexivo y maduro.

De lo anterior se desprende que la muerte de Leonith Antonio Gil García fue consecuencia de la extralimitación del demandado en el uso del arma de dotación oficial, al omitir las normas e instrucciones sobre el cuidado debido con las armas de fuego, que solo pueden ser utilizadas como último recurso en aras de cualquier perturbación del orden público y para restablecerlo, previendo hacer el menor daño posible a las personas (...)".

En el decálogo de las armas, que es enseñado en la escuela de formación tanto de Oficiales como de Suboficiales de la Policía Nacional, y del cual se da instrucción permanente a los policías, se establece que antes de oprimir el disparador se debe pensar cual será la dirección que seguirá el proyectil, además se debe inspeccionar cuidadosamente los aparatos de puntería. Igualmente se recuerda el desconocimiento u olvido de las medidas de seguridad de las armas de fuego, es la causa del mayor número de bajas en el desarrollo de las diferentes operaciones.

En el Código de Vigilancia Rural y Urbana, específicamente en el artículo 131 se establece un reglamento del uso de las armas para el de la Policía Nacional, es así como en el numeral 3º se determina que el uso de las mismas se deberá tener en cuenta su naturaleza de contingencia y peligro que exige un manejo prudente, su requiere equilibrio emocional, medida, serenidad, firmeza y control evitando siempre cualquier exceso como último recurso debe emplearse para proteger la integridad personal de otras personas. Del mismo modo en el numeral 5to se determina taxativamente que el de la Policía Nacional se abstendrá de usar y emplear armas de dotación oficial en actividades particulares; igualmente en el siguiente numeral del artículo citado, establece que se debe emplear el arma solo cuando las circunstancias lo exijan y de acuerdo con lo previsto en las normas legales sobre la justificación del hecho. Estas causales se encuentran determinadas en el artículo 29 del Código Nacional de Policía, que determina que solo cuando sea estrictamente necesario, la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

La jurisprudencia nacional, ha establecido que a las autoridades policiales solo les es admisible la utilización de armas de fuego como última opción para detener a delincuentes que huyen y no obedecen la orden de detenerse; es así como en la sentencia de fecha 9 de diciembre de 1996, expediente No.11.175 M.P. Dr. DANIEL SUAREZ HERHANDEZ (Sic) se establece lo siguiente: "Recuerda la Sala que las normas de policía son claras al establecer limitaciones en el uso de las armas por de las autoridades, como lo señala el Art.30 del Código Nacional de Policía modificado por el Decreto 522 de 1971 Art. 109 que indica: "Para preservar el orden público la Policía empleará solo medios autorizados por la Ley o reglamento y escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes..." Por ello en la interpretación de esta norma, doctrinariamente se ha sostenido que en tratándose de delincuentes que huyen y no obedecen a las intimidaciones de detenerse, deben agotarse todos los

medios para capturar al que huye y en último extremo siempre que la peligrosidad del sujeto lo justifique, se emplearán las armas de fuego con el propósito de impedir la huida, haciendo primero disparos al aire y después al sujeto procurando causarle el daño más leve. En ningún caso la intervención del agente se orienta a ultimar a quien pretende burlar la acción de la autoridad.

Si esto último estuviese permitido, estaríamos aceptando que cada quien hiciera justicia por su propia mano, en un claro desconocimiento del estado de derecho y del sistema democrático que rige en nuestro país; sería la negación al derecho a la vida siendo que este constituye el derecho fundamental, inalienable y absoluto del ser humano."

Sobre la culpa grave que exige la Constitución y la ley, dice el Consejo de Estado en providencia de julio 25 de 1.994, Exp.8483. M.P. CARLOS BETANCUR JARAMILLO lo siguiente: " El cumplimiento negligente e irresponsable de las obligaciones que le correspondan al funcionario llamado en garantía, configura su culpa grave como causa del perjuicio recibido por el demandante. Esta culpa, definida asimila al dolo, es aquella que consiste " en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. "

"Respecto de este tipo de culpa señalan los hermanos Mazeaud, que si bien es cierto no es intencional, es particularmente grosera". Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender el quod omnes intelligunt para obrar como él lo ha hecho, sin querer el daño. "

"De acuerdo con jurisprudencia citada por estos autores incurre en culpa grave aquel que ha "obrado con negligencia, despreocupación o temeridad especialmente graves..."(Derecho Civil, Parte II Pág.110).

"Claro Solar, acerca de ella señala que "esta culpa se opone a la buena fe y en materias civiles equivale al dolo, es decir contiene en si una presunción de fraude porque aquel no hace lo que sabe se debe hacer se reputa que obra con intención dolosa, magna culpa dolus est" (lecciones de Derecho Civil Chileno T.Y. Pág. 150).

B. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En el presente proceso, la parte demandada contestó la demanda a través de CURADOR AD LITEM, de la siguiente manera:

"Solicito al señor magistrado que valore conforme a las reglas de la sana crítica las pruebas aportadas por la parte demandante y decrete las que considere pertinentes, de aparecer probadas todas y cada una de ellas, no tengo objeción a las peticiones de la parte demandante."

V. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia, fue presentada en la oficina Judicial de esta ciudad el día 8 de agosto de 2003 y fue admitida mediante auto de fecha ocho (8) de Octubre de 2003 (folio 116), en el que se ordenó notificar personalmente al señor JAVIER DE JESUS HOYOS.

Una vez cumplidas todas las notificaciones se continuó con la etapa de fijación en lista, término dentro del cual la parte accionada dio contestación a la demanda, a través de CURADOR AD LITEM, mediante escrito visible a folios 140-141 del expediente, señalando *"Solicito al señor Magistrado que valore conforme a las reglas de la sana crítica las pruebas aportadas por la parte demandante y decrete las que considere pertinentes, de aparecer probadas todas y cada una de ellas, no tengo objeción a las peticiones de la parte demandante."*

Vencido el término de fijación en lista, mediante auto del 30 de septiembre de 2010 se abrió el proceso a pruebas, de conformidad con lo establecido por el art. 209 del C.C.A., ordenando tener como tales las documentales aportadas con la demanda y su contestación.

Más adelante, mediante auto de fecha dos (2) de mayo de 2013, se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar en un término común de diez días, y vencido este término se le diera traslado del expediente al señor Agente del Ministerio Público, para que emita concepto si eventualmente lo solicitara.

Finalmente ingresa el expediente al despacho para su pronunciamiento de fondo

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público, emitió concepto en este proceso, solicitando conceder las pretensiones de la demanda, habiéndose demostrado que el proceder de JAVIER DE JESUS HOYOS, dio lugar al detrimento del erario de la Nación- Policía Nacional y que tal conducta fue realizada a título de culpa grave, y que los demás requisitos para la procedencia de la acción de repetición se encuentran probados, deberá ahora proferirse una decisión que le ordene rembolsar a la entidad estatal la suma de dinero que esta debió pagar a los familiares del ciudadano obitado, esto es, que acoja las pretensiones de la demanda.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el numeral 10° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores

públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia

Estudiada la demanda, se tiene que la parte demandante establece su pretensión en una suma de DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO CON DOS PESOS. (\$234.336.948.02). Así las cosas, observa esta Sala de decisión que la cuantía establecida por la parte demandante al momento de la presentación de la demanda, superaba el monto legalmente establecido en el artículo 132, numeral 10° del C.C.A, en consecuencia, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por razón del territorio y de la cuantía.

2. Caducidad

La caducidad es el fenómeno procesal que se presenta como consecuencia del vencimiento del término fijado en la ley para entablar la demanda en ejercicio de una determinada acción. Se trata, por tanto, de una figura eminentemente objetiva que determina la oportunidad para intentar la acción, pues, sin consideración a circunstancia subjetiva alguna y aún en contra de la voluntad del titular del derecho de acción, el mero paso del tiempo condiciona el ejercicio de ese derecho.

La caducidad de las acciones en materia contencioso-administrativa se justifica por la necesidad de *"poner un límite al derecho de los administrados de discutir la legalidad de las actuaciones de la administración o de reclamar su responsabilidad patrimonial, brindando de esta manera la certeza necesaria a sus decisiones y a su situación ante determinado evento litigioso"*.¹

¹ Auto del 17 de febrero de 2005, expediente 26905, de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Es importante anotar que si bien, la caducidad de la acción es materia que corresponde definir al juzgador al momento de admitir la demanda correspondiente y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos contencioso administrativos no hay lugar a proponer y tramitar excepciones previas, esto no es óbice para que las irregularidades procesales que tienen ese carácter puedan analizarse como impedimentos procesales, bien por petición de parte o de manera oficiosa, incluso, al momento de dictar sentencia.

En otras palabras, como en el proceso contencioso administrativo las circunstancias que constituyen excepciones previas no pueden ser resueltas a través de trámite incidental, tales hechos deben examinarse como irregularidades procesales, pues, independientemente de que sean planteados por el demandado o declarados de manera oficiosa por el juzgador, corresponden, en muchos casos, a presupuestos procesales que determinan que pueda haber un pronunciamiento de fondo.

El numeral noveno del artículo 136 C.C.A. señala:

"9. La de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha del pago total efectuado por la entidad."

La presente acción de repetición fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que la fecha del pago total efectuado por la entidad, plasmado en el comprobante de egreso No. 26305 por medio del cual le cancelan unos perjuicios a la señora CENEIDA PATERNINA PATERNINA, es del día 24 de diciembre del año 2001, tal y como consta a folio 113 del expediente, y la presente demanda fue presentada el ocho (8) de agosto de 2003, es decir, dentro del término de caducidad de 2 años que prevé el artículo 136 numeral 9 del C.C.A, para dicha acción.

3. Problema jurídico a resolver

Vistos los argumentos expuestos por la demandante, así como los expuestos por la parte demandada, la Sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la acción de repetición objeto de estudio, cumple con los presupuestos exigidos para su prosperidad y si en consecuencia el señor ex -agente de la Policía Nacional, Javier de Jesús Hoyos debe responder por culpa grave o dolo en su actuar el 29 de noviembre de 1.002, al causarle la muerte de Leonith Antonio Gil García (q.e.p.d.), que dio lugar a que la entidad demandante fuese condenada por la jurisdicción contenciosa administrativa, al pago de los perjuicios causados a los familiares de dicho ciudadano?

4. Tesis de la Sala

Esta Sala concederá las pretensiones de la demanda, por cuanto esta Sala encuentra que si están probados los requisitos para la procedibilidad de la acción de repetición, es decir la Sala considera que la parte demandante logró demostrar los supuestos de hecho, y probar todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos previstos y necesarios para la prosperidad de la acción de repetición, es por ello, que estima esta Sala que en la presente demanda las pretensiones serán despachadas favorablemente al demandante, razón por la cual se concederán las pretensiones de la demanda.

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

↳ Evolución de la acción de repetición

Desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales de forma solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, ello fue parcial puesto que se circunscribió a la actividad contractual.

Posteriormente, el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena.

Contrario a la legislación anterior, no se constituyó una responsabilidad solidaria, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste.

La importancia de la responsabilidad de los servidores públicos se hizo tan relevante que trascendió del campo legal al Constitucional y dio lugar a su consagración en el inciso 2º del artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Su tenor literal es el siguiente:

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste".

El mandato del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001 que estableció tanto los aspectos sustanciales, tales como el objeto (artículo 1º), definición (artículo 2º), finalidades (artículo 3º), obligatoriedad (artículo 4º), presunciones de dolo y culpa grave (artículos 5º y 6º), como aspectos procesales (capítulo II) de la acción de repetición.

➤ Naturaleza de la acción de repetición

La acción de repetición es una acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización, que ha debido reconocer a un particular en virtud de una condena judicial. Al respecto se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C- 778 de 2003:

“... la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado²”.

Es una acción con pretensión eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, cuya finalidad es la protección del patrimonio público.

▾ Normatividad aplicable, Elementos y requisitos de procedibilidad

La Sala advierte que los hechos que dieron lugar a la presente demanda sucedieron en el año 2001, fecha en la cual quedó en ejecutoriada la Sentencia de fecha 22 de marzo de 2001, proferida por el Honorable Consejo de Estado, mediante el cual se declaró patrimonialmente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional, por los perjuicios causados a Ceneida, Diego y Néstor por la muerte del señor Leonith Antonio García Gil, y a su vez se condenó a dicha entidad a indemnizar los perjuicios morales y materiales a Ceneida Patemina Patemina, Diego Alejandro y Néstor Andrés Gil Patemina. Así como el comprobante de egreso No. 26305, por medio del cual la entidad pago la condena impuesta dentro de la sentencia de fecha 22 de marzo de 2001, reconocida posteriormente mediante resolución No. 000655 del 14 de diciembre de 2001, el cual se encuentra en copia simple, esto es, en vigencia de la Constitución Política de 1991 y antes de la Ley 678 de 2001, motivo por el cual este asunto se estudiará al amparo de aquella y de los artículos 77 y 78 del Decreto – Ley 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, de igual manera se hará el análisis normativo para determinar la normatividad aplicable al caso concreto. Preceptúa la norma superior:

² Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Radicado: D-4477. Actor: William León M. M P Jaime Araujo Rentería.

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

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

Por su parte los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo (Decreto – ley 01 de 1984) consagraron la posibilidad de que la entidad pública condenada en un proceso de responsabilidad tanto contractual como extracontractual (actos, hechos o contratos), pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado su condena y además señalaron que en el evento de la declaratoria de responsabilidad del Estado, la sentencia siempre dispondría que los perjuicios fueren pagados por la entidad, rompiendo con el concepto de la responsabilidad solidaria a que se refería la normativa anterior.³

El artículo 77 del Código Contencioso Administrativo, señaló que:

"Artículo 77. De los actos y hechos que dan lugar a la responsabilidad. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan

³ Es de anotar que, antes de la consagración a nivel constitucional de esta institución (art. 90 C.P.), el ordenamiento jurídico en el nivel legal había regulado la responsabilidad patrimonial del servidor público en relación con los perjudicados y las entidades por los daños causados a éstas. En efecto, el Decreto – ley 150 de 1976, da cuenta de la acción de responsabilidad patrimonial contra los agentes públicos, bajo el título de "responsabilidad civil", en los artículos 194 y ss., pero circunscrita únicamente al desarrollo de la actividad contractual de la administración, esto es, por los perjuicios que se causaran a los contratistas o terceros por acciones u omisiones de los empleados públicos y trabajadores oficiales a título de culpa grave o dolo a propósito de la celebración, ejecución o inexecución indebidas de los contratos. En ese entonces, el artículo 197 *ibidem* facultó al contratista o al tercero lesionado, para demandar, a su elección, a la entidad contratante, al funcionario o al exfuncionario responsable o a los dos en forma solidaria, en cuyo caso la sentencia determinaría de manera precisa la responsabilidad de cada uno de los demandados. Cuando el perjuicio se acusaba a la entidad contratante se contaba con igual acción, que podía ser ejercida por su representante legal o el Ministerio Público (artículo 196 *idem*). Luego, se expidió el Decreto – ley 222 de 1983, estatuto de contratación de la administración, en cuyos artículos 290 y ss., subrogó la anterior normativa, aunque reguló esta acción de responsabilidad patrimonial con similares alcances y también sólo en materia de actividad contractual del Estado. Posteriormente, con la expedición de los Códigos de Régimen Departamental y Municipal (Decreto 1222 art. 235 y 1333 de 1986 art. 102, se estableció que los Departamentos y Municipios "...repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieren pagado por esta causa. Las violaciones de la ley, para estos efectos deben haber sido manifiestas y ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad judicial..."

funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones." -Subraya la Sala-⁴

En consonancia con la norma anterior, el artículo 78 *ibídem*, estableció que:

*"Artículo 78.- Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere."*⁵

De acuerdo con la norma transcrita, entre otros eventos, el perjudicado podrá demandar el resarcimiento de perjuicios a la entidad, o a ambos, sólo que el agente público incurrirá en responsabilidad en el evento de que prospere la demanda contra la entidad. En estos últimos casos, cuando se demanda a la entidad y al funcionario o se llama a éste en garantía, la sentencia declarará tanto la responsabilidad de la entidad pública por el daño antijurídico irrogado a la víctima, como la responsabilidad del funcionario por su conducta dolosa o gravemente culposa que ocasionó el daño, pero dispondrá que los perjuicios sean pagados por aquélla y no por éste, contra quien la entidad deberá repetir lo pagado. Y en el evento de que en el juicio de responsabilidad administrativa no se demande también al funcionario o no se le llame en garantía, podrá la entidad pública repetir el valor de la condena contra el mismo, si

⁴ Declaradas exequibles mediante Sentencias C-100 de 2001.

⁵ La expresión subrayada fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-430 de 2000, en la cual se señaló, entre otros aspectos que: "Ello es así, porque la responsabilidad por el daño antijurídico es del Estado y no propiamente de su agente; lo que sucede es que la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, determinante del daño, tiene como consecuencia el que la entidad pueda repetir lo pagado..."

de la sentencia se colige o infiere que la misma se produjo por dolo o culpa grave predicable de la actuación del agente público.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en concordancia con los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los siguientes requisitos: a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas.

De otra parte, es menester advertir que la Ley 678 de 2001, en desarrollo del inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política, reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y el llamamiento en garantía. Empero, los hechos y actos ocurridos bajo el imperio y vigencia del régimen jurídico precedente a la expedición de la Ley 678 de 2001 y del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política, potencialmente constitutivos de la acción de repetición contra funcionarios o exfuncionarios o particulares en ejercicio de función pública, tenían un régimen integrado, como se dijo, por varias disposiciones tanto sustanciales como procesales, que aunque dispersas, permitían exigir la responsabilidad del agente del Estado.⁶

Estas situaciones pretéritas que son sometidas y susceptibles de conocimiento de la jurisdicción, tal y como ocurre en el presente evento, cuyos hechos, según la demanda, datan del 22 de marzo de 2001, son las que plantean un conflicto de leyes en el tiempo, derivadas del tránsito normativo, tema que resulta de trascendental

⁶ A manera de ejemplo los artículos 63 y 2341 del Código Civil; artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo; artículos 6, 90, 95, 121, 122, 124 de la Constitución Política; artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de Administración de Justicia"; artículo 54 de la Ley 80 de 1993, derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 678 de 2001; artículos 31, 40, 42 y 44 numeral 9, de la Ley 446 de 1996.

importancia jurídica dilucidar en el caso concreto para conocer el régimen jurídico aplicable.

Así, de acuerdo con el postulado según el cual la ley rige hacia el futuro y no puede ser retroactiva, los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por su conducta calificada a título de dolo o culpa grave, de manera que en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se impone lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política⁷, lo que ha permitido a la Sección efectuar en esta materia las siguientes precisiones⁸:

- a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter "civil" que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrina y jurisprudencia han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).

⁷ Art. 29 C.P.: "... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio". "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará con preferencia a la restrictiva o desfavorable". (Subrayado de la Sala)

⁸ En relación con lo anteriormente expuesto por la Sala ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias de 31 de agosto de 2006, Expediente Rad No 17.482 Actor Nación – Ministerio De Defensa Nacional - Ejército Nacional, Demandado: Manuel Jesús Guerrero Pasichana; y Expediente No. 28.448, Actor: Lotería La Nueve Millonaria de La Nueva Colombia Ltda. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

- b) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado.
- c) Por consiguiente, si los hechos o actuaciones que dieron origen a la demanda y su posterior condena, son anteriores a la Carta Política de 1991, la normatividad aplicable será la vigente al momento de la conducta del agente público, que correspondía a los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, y las normas sustanciales que con posterioridad se hayan expedido y resulten más favorables al tiempo de determinar la responsabilidad subjetiva del agente público con fines de repetición.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, las nuevas disposiciones instrumentales de la Ley 678 de 2001 se aplican a los procesos iniciados con posterioridad a su vigencia y a los procesos en trámite tan pronto cobraron vigencia, sin perjuicio de que los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias iniciadas con antelación a la expedición de la nueva norma procesal culminen de conformidad con la ley procesal antigua (art. 40 de la Ley 153 de 1887)⁹.

En síntesis, la Ley 678 de 2001 se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001¹⁰, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, la responsabilidad del agente público se debe analizar conforme a la normativa anterior, excepto las normas sustanciales posteriores favorables; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos

⁹ Conforme al cual "[l]as leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

¹⁰ Según Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001

procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998.

En este contexto, tal y como arriba se manifestó, como quiera que los hechos que suscitan este proceso son anteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, aunque en vigencia de la Constitución Política de 1991 (18 de marzo de 1993), la normativa que resulta aplicable, es la vigente a la fecha en que ellos ocurrieron y no aquella que fue expedida con posterioridad a los mismos.

5. Síntesis del Caso

La entidad demandante considera que el ex agente de la Policía Nacional Javier de Jesús Hoyos es responsable por culpa grave o dolo en su actuar el 29 de noviembre de 1992, al causarle la muerte de Leonith Antonio Gil García (q.e.p.d.), que dio lugar a que este Tribunal concederá a la entidad demandante al pago de los perjuicios causados a los familiares de dicho ciudadano, en las sentencias de fechas 16 de julio de 1996 confirmada por el Honorable Consejo de Estado el día 22 de marzo de 2001 proferida dentro del proceso 9263 promovido por la señora Ceneida Paternina, y la providencia adiada el 01 de junio de 1999 dentro del proceso 9938 iniciado por el señor Disney Enrique Gil García.

Para acreditar el pago de la condena impuesta, la entidad demandante en este proceso, aporta copia de la sentencia de fecha 10 de julio de 1996 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, así como la sentencia de segunda instancia de fecha 22 de marzo de 2001, proferida por el Honorable Consejo de Estado, que desata el recurso de apelación interpuesto contra la anterior providencia confirmándola, copia del comprobante de egreso No. 26305 de fecha 24 de diciembre de 2001 por valor de \$219.104.338.57 a favor de Ceneida Paternina.

Por su parte el accionado contestó la demanda a través de Curador ad litem, solicitando al señor magistrado que valore conforme a las reglas de la sana crítica las pruebas aportadas por la parte demandante y decrete las que considere pertinentes, de aparecer probadas todas y cada una de ellas, no tendría objeción a las peticiones de la parte demandante.

Por otra parte manifiesta la entidad demandante que como quiera que el demandante el señor JAVIER DE JESÚS HOYOS, no fue vinculado a ninguno de los dos procesos contenciosos administrativos iniciados en este Tribunal por los familiares del señor LEONITH ANTONIO GIL GARCÍA (q.e.p.d.), es necesario aplicar la garantía consagrada en el artículo 29 de la carta política, lo que impide la realización de un proceso de ejecución en su control y obliga a el presente juicio a conocimiento de esta honorable Corporación, a fin de obtener la sentencia condenatoria a favor de la Nación, declarando la responsabilidad de su agente.

En el caso bajo estudio, se evidencia de forma clara la culpa grave del demandado, pues como se pronunció esta misma Corporación en la sentencia de primera instancia de fecha 16 de julio de 1996 proferida dentro del proceso promovido por CENEIDA PATERNINA PATERNINA, sobre la responsabilidad del mismo en el caso bajo estudio: " (...) De acuerdo a lo anterior, está demostrado que la muerte del señor Leonith Antonio Gil García, se produjo en forma violenta por la conducta culposa del agente de la Policía Javier de Jesús Hoyos, quien en forma imprudente y sin medir las consecuencias de sus actos, disparó su arma de dotación oficial. Lo anterior constituye una falla en el servicio, figura reconocida por la Jurisprudencia de nuestro Consejo de Estado en innumerables providencias. La misión de las Fuerzas de Policía es la de proteger la vida, la honra y bienes de todas las personas residentes en Colombia; por lo tanto a ese cuerpo armado se le ha dotado de ciertos medios capaces de hacer respetar el orden. Tal como dice el Honorable Consejo de Estado en la sentencia mencionada por el apoderado del actor, "el uso de las armas de dotación oficial, por ejemplo, no puede ser ni un alegre juego de niños, ni un

pretexto para afirmarse autoridad; el empleo de las armas debe ser reflexivo y maduro.

De lo anterior se desprende que la muerte de Leonith Antonio Gil García fue consecuencia de la extralimitación del demandado en el uso del arma de dotación oficial, al omitir las normas e instrucciones sobre el cuidado debido con las armas de fuego, que solo pueden ser utilizadas como último recurso en aras de cualquier perturbación del orden público y para restablecerlo, previendo hacer el menor daño posible a las personas (...)".

En el decálogo de las armas, que es enseñado en la escuela de formación tanto de Oficiales como de Suboficiales de la Policía Nacional, y del cual se da instrucción permanente a los policías, se establece que antes de oprimir el disparador se debe pensar cual será la dirección que seguirá el proyectil, además se debe inspeccionar cuidadosamente los aparatos de puntería. Igualmente se recuerda el desconocimiento u olvido de las medidas de seguridad de las armas de fuego, es la causa del mayor número de bajas en el desarrollo de las diferentes operaciones.

En el Código de Vigilancia Rural y Urbana, específicamente en el artículo 131 se establece un reglamento del uso de las armas para el de la Policía Nacional, es así como en el numeral 3° se determina que el uso de las mismas se deberá tener en cuenta su naturaleza de contingencia y peligro que exige un manejo prudente, su requiere equilibrio emocional, mesura, serenidad, firmeza y control evitando siempre cualquier exceso como último recurso debe emplearse para proteger la integridad personal de otras personas. Del mismo modo en el numeral 5° se determina taxativamente que el miembro de la Policía Nacional se abstendrá de usar y emplear armas de dotación oficial en actividades particulares; igualmente en el siguiente numeral del artículo citado, establece que se debe emplear el arma solo cuando las circunstancias lo exijan y de acuerdo con lo previsto en las normas legales sobre la justificación del hecho.

Estas causales se encuentran determinadas en el artículo 29 del Código Nacional de Policía, que determina que solo cuando sea estrictamente necesario, la Policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

Ahora bien, teniendo en cuenta los elementos de la acción de repetición establecidos con anterioridad, a continuación se hará una relación de los medios probatorios allegados para demostrar los mismos.

- Copia de la sentencia de fecha 16 de julio de 1996 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso No. 9263, promovido por la señora Ceneida Paternina Paternina, en la cual se declaró patrimonialmente responsable a la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional por la muerte de Leonith Gil García, en hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1992, en el municipio de San Martín de Loba Bolívar. (fl. 25- 42)
- Copia de la sentencia de segunda instancia de fecha 22 de marzo de 2001 proferida por el Honorable Consejo de Estado, que desata el recurso de apelación interpuesto contra la anterior providencia confirmándola, y se condena a la entidad demandante.(fl. 44-71)
- Copia de la sentencia de fecha 1° de junio de 1999, proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso No. 9938 promovido por Disney Gil García.(fl. 75-87)
- Copia de la resolución No. 00655 del 141201, mediante la cual se ordenó el pago de \$219.104.338.57 a favor de CENEIDA PATERNINA. (fl. 91-93)
- Copia de la resolución No. 03853, mediante el cual se ordenó el pago de \$14.372.845, a favor de Disney Enrique Gil García, modificada por la No. 00458 del 15 de febrero de 2001, sin alterar el anterior valor. (fl. 94-100)

- Copia de la resolución No. 000194 del 28 de marzo del 2001, a través de la cual se re liquidó los intereses sobre la suma de dinero reconocida en la citada resolución No. 03853 del 8 de noviembre de 2000 modificado por la 00458 del 15 de febrero de 2001, equivalente a \$859.714.14. (fl. 110-111)
- Copia del comprobante de egreso No. 23305 de fecha 24 de diciembre de 2001, por valor de \$219.104.338.57 a favor de Ceneida Paternina Paternina.

6. Caso Concreto

Estima la Sala, que la parte demandante cumplió con los requisitos de procedibilidad exigidos para incoar la acción de repetición, es por ello que se concederán las pretensiones de la demanda.

El artículo 168 del C.C.A., refiriéndose a las pruebas admisibles en los procesos contenciosos administrativos hace una expresa remisión a la normatividad del Código de Procedimiento Civil, así en su artículo 253 establece que estos podrán allegarse en original o en copia, la cual puede consistir en una transcripción o en una reproducción mecánica del documento y, si se trata de copias, según el artículo 254 *Ibidem*, éstas tendrán el mismo valor probatorio que los originales sólo en los siguientes casos:

1. *Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez en cuyo despacho se encuentre el original o la copia autenticada,*
2. *Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente y,*
3. *Cuando sean compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de una inspección judicial.*

En sentencia C-023 del 11 de febrero de 1998, al declarar exequibles los numerales 2° del artículo 254 y 3° del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Constitucional aclaró que:

"Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad.

Un principio elemental que siempre ha regido en los ordenamientos procesales es el de que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas. Ese es el principio consagrado en las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan lo relativo a la aportación de copias de documentos.

De otra parte, la certeza de los hechos que se trata de demostrar con prueba documental, y en particular, con copias de documentos, está en relación directa con la autenticidad de tales copias. Tal certeza es el fundamento de la eficacia de la administración de justicia, y en últimas, constituye una garantía de la realización de los derechos reconocidos en la ley sustancial". (Resaltado no original).

De manera que los documentos públicos o privados allegados a un proceso deben serlo en original o en copia auténtica para que puedan ser considerados como elementos de prueba válidos y, en consecuencia, susceptibles de valoración¹¹.

Ahora bien, la entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena judicial impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto¹².

¹¹ Ver: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de febrero 25 de 2009, Exp. 33736.

¹² Al respecto puede consultarse la sentencia del 8 de noviembre de 2007. Expediente. 30.327. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra

En el escrito de demanda se aportó en copia simple la sentencia de fecha 16 de julio de 1996 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, promovido por la señora Ceneida Paternina Paternina, en el cual se declaró patrimonialmente responsable a la Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional por la muerte de Leonith Gil García, en hechos ocurridos el día 29 de noviembre de 1992, en el Municipio de San Martín de Loba Bolívar, así como la sentencia de segunda instancia de fecha 22 de marzo de 2001, proferida por el Honorable Consejo de Estado, donde confirman, modifican y condenan a la entidad aquí demandante al pago de unos perjuicios materiales y morales causados a los familiares de Leonith Gil García; comprobante de egreso No. 26305 de fecha 24 de diciembre de 2001, por el valor de \$ 219.104.338.57, a favor de Ceneida Paternina Paternina, por parte de la entidad condenada.

Estas y otras pruebas más, aportadas a este expediente, se encuentran en copia simple, lo que en principio incumple lo dispuesto por el artículo 254 *ibidem*, por lo tanto carecerían de valor probatorio alguno.

Sin embargo, acogiendo el criterio unificado de la jurisprudencia reciente del honorable Consejo de Estado, a los documentos aportados se les dará valor probatorio toda vez que la permanencia del documento en el proceso y el silencio de la contraparte frente al mismo, es suficiente para demostrar el reconocimiento efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta al demandante por medio de las resoluciones Nos. 00655 del 14 de diciembre de 2001, y No. 03853 del 8 de noviembre de 2000 mediante las cuales se les ordenó el pago a favor de CENEIDA PATERNINA y DISNEY ENRIQUE GIL GARCIA respectivamente, ya que es la misma Administración la que aporta sus propios documentos en copia simple, y al hacer entrega de ellos los reviste con su propia presunción de legalidad.

Ahora bien, procede esta Sala analizar cada uno de los presupuestos de procedibilidad de la acción de repetición, teniendo en cuenta el material probatorio allegado al expediente. En este orden de ideas, de acuerdo con lo establecido en el

inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en concordancia con los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición, deben concurrir y reunirse los siguientes requisitos:

a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular.

Tenemos que en la sentencia de fecha 16 de julio de 1996, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, promovida por la Señora Ceneida Paternina, en la que se declaró administrativamente y patrimonialmente responsable a la Nación Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional por la muerte de Leonith Gil García, en hechos ocurridos el día 29 de noviembre de 1992, en el municipio de San Martín de Loba Bolívar, así como la Sentencia de Segunda instancia de fecha 22 de marzo de 2001, proferida por el Honorable Consejo de Estado, que desata el recurso de apelación interpuesto contra la anterior providencia, en donde de igual forma se condena a la entidad aquí demandante al pago de unos perjuicios materiales y morales, por unos hechos ocurridos el día 29 de noviembre de 1992 en el Municipio de San Martín de Loba Bolívar, de lo anterior considera esta Sala que es prueba suficiente para acreditar la obligación o condena impuesta a la Nación- Policía Nacional.

b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria.

Para acreditar este requisito esencial de la acción de repetición, tenemos entonces el comprobante de egresos No. 26305 de fecha 24 de diciembre de 2001, visible a folio 113 del expediente, donde consta el pago que la entidad condenada realizó por conceptos de perjuicios materiales y morales causados a Ceneida Paternina Paternina y su familia, así como el recibido a satisfacción por parte del beneficiario, en la que

aparece la suma señalada en la resolución No. 00655 del 14 de diciembre de 2001, mediante el cual se ordenó el pago de \$219.104.338.57, a favor de Ceneida Paternina.

El comprobante de egresos señalado anteriormente, y demás documentos aportados en este expediente, nos permite inferir que en efecto, los beneficiarios del pago recibieron a satisfacción la suma allí señalada, es decir la suma de \$219.104.338.57, pues la valoración eficaz de su contenido, atendiendo pautas elementales de ineludible acatamiento en el análisis de las realidades procesales, bajo el enfoque racional y objetivo de la regla de oro de la hermenéutica conocida como la sana crítica, categóricamente, conduce a la certera y absoluta conclusión de que el pago señalado anteriormente si se materializó en las circunstancias que refieren tales elementos de convicción.

Por otra parte, el H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2007, manifestó que no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación, al respecto dijo:

“La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario. El pago, en los términos del artículo 1.626 del Código Civil, es la prestación de lo que se debe y

debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.757 ibídem. Conforme a lo anterior, no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación. En efecto, en los juicios ejecutivos, según la ley procesal civil, las obligaciones de pago requieren de demostración documental que provengan del acreedor, circunstancia que en esos casos, permite la terminación del proceso por pago. Tal exigencia resulta procedente en los juicios de repetición, en consideración a que al ser su fundamento el reembolso de la suma de dinero pagada a un tercero, se parte de la base de la existencia previa de una deuda cierta ya satisfecha¹³. (Negritas fuera de texto).

Es por lo anterior, que esta Sala considera pertinente aclarar que de la condena impuesta a la Nación- Policía Nacional a favor de Disney Gil Garcia, mediante sentencia de fecha 1° de junio de 1999, proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso 9938, así como se encuentra ordenada en la resolución No. 03853 del 8 de noviembre de 2000, no se tendrá en cuenta en esta sentencia como condena y pago que tuvo que hacer la entidad, toda vez que frente a este pago, la entidad aquí demandante no acreditó que hubiese pagado, o que el beneficiario hubiese recibido a satisfacción la suma ordenada en dicha resolución, por lo que esta condena impuesta a favor de Disney Gil García, no se encuentra acreditada dentro del plenario, por lo que para éste, no quedó demostrado este requisito legal para esta acción, a contrario sensu solo quedó demostrado que la entidad aquí demandante realizó un pago a favor de Ceneida Paternina Paternina.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera; Sentencia del 26 de noviembre de 2006; Exp: 25.749; M.P. Ramiro Saavedra Becerra
Demandante: NACIÓN, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Demandado: DAVID TURBAY TURBAY.

c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas.

Finalmente analizaremos este último requisito de la acción de repetición, es por esto que debemos tener en cuenta que en la sentencia de fecha 16 de julio de 1996, quedó demostrado la forma como ocurrieron los hechos, se observa que ellos surgieron por la conducta gravemente culposa del agente, relatada en el auto de resolución de acusación dictado por la Unidad de Fiscalía 25 de mompos, cuando señala *"... se ha comprobado plenamente la ocurrencia del hecho y del cual señalan al referido agente del orden, el cual se encontraba en franquicia y con un fusil galil de dotación oficial, el cual imprudentemente disparó en varias ocasiones, así lo señalan los testimonios que obran dentro del proceso, que evidencian tal comportamiento, hechos sucedidos en las horas de la noche del domingo 29 de noviembre del próximo-pasado (sic) año 1992, en la garita que está frente a la iglesia, en la población de San Martín de Loba, lo cual fue a consecuencia de una discusión entre los agentes del orden MANUEL GILBERTO YEPES VERGARA y el acriminado JAVIER DE JESUS HOYOS, se fueron a las manos, pegándole el último al primero, dándole entonces el agente YEPES VERGARA a HOYOS culatasos con el fusil que portaba, haciendo este último varios disparos al vacío, desafortunadamente dándole uno de ellos al cuerpo de LEONITH ANTONIO GIL GARCIA, más exactamente en la noca a nivel de vértebras cervicales C3-C4, que produjo trauma raquimedular, que ocasionó su deceso..."*

De acuerdo con lo anterior, está demostrado que la muerte del señor Leonith Antonio Gil García, se produjo en forma violenta por la conducta gravemente culposa del agente de Policía Javier de Jesús Hoyos, quien de forma imprudente y sin medir las consecuencias de sus actos, disparó su arma de dotación oficial.

Así mismo, en sentencia de segunda instancia proferida por el Honorable Consejo de Estado de fecha 22 de marzo de 2001, quedó como hecho probado que el día 10 de diciembre de 1992, la Fiscalía 25 de Mompos resolvió la situación jurídica del AG. Javier de Jesús Hoyos, le dictó auto de detención por el punible de Homicidio culposo.

Teniendo en cuenta lo anterior, en uno de sus recientes pronunciamientos el Honorable Consejo de Estado ha señalado la calificación de la antijurídica de la conducta de dolo o culpa grave, así:

“DOLO O CULPA GRAVE - Calificación de la antijuridicidad de la conducta

Para que se pueda imputar la responsabilidad al agente público mediante la acción de repetición se requiere demostrar que la actuación que originó la condena contra el Estado lo fue con culpa grave o dolo, y que dicha actuación la realizó en calidad de servidor público o de particular investido de funciones públicas con ocasión del ejercicio de éstas o a propósito de la prestación del servicio. Es decir, como arriba se explicó, se trata de una responsabilidad subjetiva del agente público y, por ende, se encontrará obligado a reparar al Estado si el daño o perjuicio le es imputable por haberlo causado con dolo o culpa grave. Cabe precisar brevemente los dos conceptos, dolo y culpa grave, que integran el requisito subjetivo de la acción de repetición, al amparo como se dijo de la legislación anterior a la Ley 678 de 2001. La conducta es culposa cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado que el agente debió haber previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente, o que de manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible; y por su gravedad o intensidad, se ha distinguido entre la culpa grave o lata, la culpa leve y la culpa levísima, clasificación

tripartita con consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, conforme a lo que expresamente a este respecto señale el ordenamiento jurídico. De la norma que antecede [artículo 63 del Código Civil] se entiende que la culpa leve consiste en la omisión de la diligencia del hombre normal (diligens pater familias) o sea la omisión de la diligencia ordinaria en los asuntos propios; la levisima u omisión de diligencia que el hombre juicioso, experto y previsivo emplea en sus asuntos relevantes y de importancia; y la culpa lata u omisión de la diligencia mínima exigible aún al hombre descuidado y que consiste en no poner el cuidado en los negocios ajenos que este tipo de personas ponen en los suyos, y que en el régimen civil se asimila al dolo.”¹⁴

Así mismo en otro pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, ha señalado las características de dolo o culpa grave en los casos de repetición así:

“LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Dolo. Culpa grave/ACCION DE REPETICION - Dolo. Culpa grave / DOLO Y CULPA GRAVE - Características de cada caso. Incumplimiento grave de las funciones. Reglamentos. Buena fe

Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política y en la ley, a propósito de algunas

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente. RUTH STELLA CORREA PALACIO, Bogotá, D.C. veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010), Radicación número 25000-23-26-000-2001-02841-01(30226), Actor. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA, Demandado: FRANCISCO JAVIER OCHOA OCAMPO, Referencia: ACCION DE REPETICION

instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia. En consideración a lo anterior, la Sala ha explicado que para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aun así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa–. Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta.”¹⁵

De lo anterior, podemos concluir que, con anterioridad a la ley 678 de 2001, el concepto de culpa grave, que integra uno de los requisitos subjetivos de la acción de repetición, es cuando el resultado dañino es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado que el agente debió haber previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. También por culpa se ha entendido el error de conducta en que no habría incurrido una persona en las mismas circunstancias en que obró aquella cuyo comportamiento es analizado y en consideración al deber de diligencia y cuidado que le era exigible. Tradicionalmente se ha calificado como culpa la actuación no intencional de un sujeto en forma negligente, imprudente, o que de

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá, D.C., abril veintisiete (27) de dos mil once (2011), RADICACIÓN: 52001-23-31-000-1998-00157-01(19192), DEMANDANTE: MONICA VARONA DE OSEJO Y OTROS, DEMANDADO: INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES

manera descuidada y sin la cautela requerida deja de cumplir u omite el deber funcional o conducta que le es exigible.

Así mismo, es considerado culpa gravísima cuando al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aun así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo, esta actuación es gravemente culposa, es por ello que esta Sala considera que la conducta desplegada del ex agente Javier de Jesús Hoyos, es considerada un conducta con culpa grave, toda vez de que el mismo era consciente y conocía los resultados que su imprudencia podía causar, y aun así lo hizo, ocasionando de esta manera la muerte de una persona inocente, que no tenía la obligación de soportarlo, por lo que concluye esta Sala que este último requisito para la prosperidad de la acción de repetición, si se cumple, toda vez que quedó demostrado que la conducta desplegada por el ex agente Javier de Jesús Hoyos que ocasionó la muerte del señor Leonith Gil García (q.e.p.d.) fue una conducta gravemente culposa.

Finalmente, teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala concluye que la parte demandante logró demostrar los requisitos para la prosperidad de la acción de repetición, cumpliendo de esta manera con la carga procesal de acreditar los supuestos de hecho, estima la Sala que en la presente demanda las pretensiones serán despachadas favorablemente al demandante, razón por la cual se concederán las pretensiones de la demanda.

7. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no habrá condena en costas.

VIII. DECISION

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

FALLA

PRIMERO: Declarase patrimonialmente responsable al ex agente Javier de Jesús Hoyos, por las condenas a las que fue impuesta la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, mediante Sentencia de fecha 22 de marzo de 2001, proferida por el Honorable Consejo de Estado, y que tuvo lugar a un pago por valor de DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO CUATRO MIL TRECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS (\$219.104.388.57), favor de Ceneida Patemina.

SEGUNDO: Condénase al ex agente Javier de Jesús Hoyos, al pago por las condenas a las que fue impuesta la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, mediante Sentencia de fecha 22 de marzo de 2001, proferida por el Honorable Consejo de Estado, y que tuvo lugar a un pago por valor de DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO CUATRO MIL TRECIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS (\$219.104.388.57), favor de Ceneida Patemina.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: Sin costas por no haber constancia de actuaciones temerarias o con mala fe.

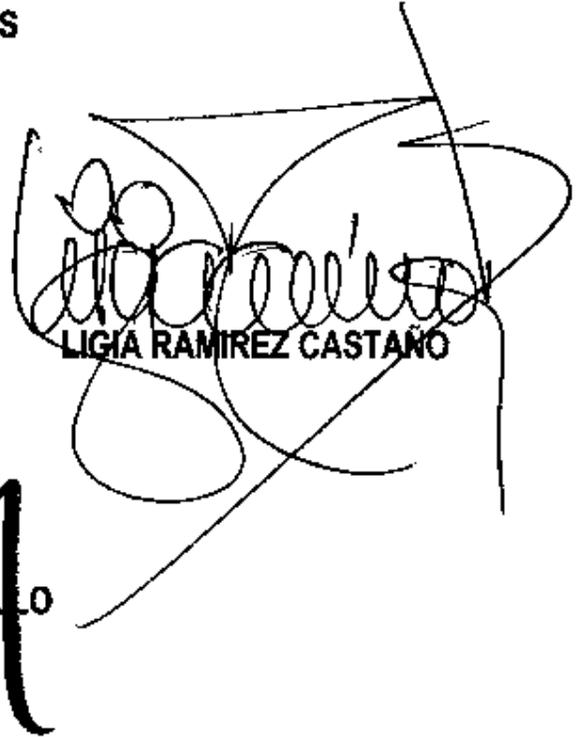
SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JOSE FANDINO GALLO



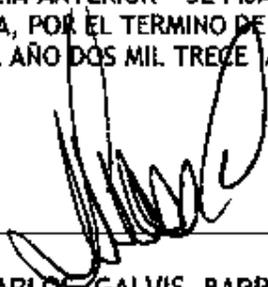
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1340
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SEGUROS BOLIVAR S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2007-00137-01
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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHÓ (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 295 : 2013

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

TEMA: Sanción por violación a exención arancelaria.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13-001-33-31-003-2007-00137-01

II. PARTES

Demandante: SEGUROS BOLIVAR S.A.

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintiséis (26) de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

PRIMERO. Que es nula la resolución número 000690 del 16 de marzo del 2006, expedida por la División de Liquidación de La Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se declaró el incumplimiento de la obligación adquirida por el importador Empresa de Compostaje del Quindío en liquidación, (en adelante el importador) con Nit. 801.002.756-4; en la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$253'109.987.00), por concepto de gravamen arancelario exento al momento de la importación temporal de la maquinaria relacionada en el numeral 1º de los hechos de esta demanda y exigible legalmente con posterioridad, con fundamento en el régimen especial de aduanas de que trata el D. 350 de 1999, D. 1397 de 1999, L. 608 de 2000, D. 1113 de 2001; ordenando hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 1001-1050958-01, expedida por mi poderdante, con vigencia 13/03/2002 hasta 13/06/2005, por el valor asegurado consignado en la misma; esto es, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$75'932,974.00).

SEGUNDO. Que es nula la resolución número 001723 de julio 14 del 2006, expedida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resolvió confirmar el recurso de reposición interpuesto por mi poderdante contra la resolución 000690 del 16 de marzo del 2006.

TERCERO. Que es nula la resolución número 002460 del 24 de octubre del 2006, expedida por El Despacho del Administrador de La Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución 000690 de marzo 16 del 2006, declarándose agotada la vía gubernativa.

CUARTO. Que con base en lo anterior y con fundamento en los hechos que más adelante se detallan, se decrete la suspensión provisional de la Resolución 000690 del 16 de marzo del 2006 y sus confirmatorias, teniendo en cuenta lo dispuesto en el

numeral 2 del artículo 152 del C.C.A., ordenándose se inhiba o levante, según sea el caso, cualquier medida cautelar que se llegare a decretar en virtud de los anteriores actos administrativos.

QUINTO. Que con fundamento en las declaratorias de nulidad, se ordene el restablecimiento del derecho de y se declare que SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A. no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de la póliza de cumplimiento No. 1001-1050958-01, ordenando se disponga lo necesario para el reintegro de los valores que con ocasión de la pretensión de afectación de esta póliza se llegaren a efectuar, incluyendo el monto de los intereses legales correspondientes al tiempo transcurrido entre la fecha del pago y la orden de reintegro correspondiente.

SEXTO. Que con base en lo declarado en el punto anterior y teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto 1397 de 1999, se declare la acción legal que le asiste a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de proceder al COBRO DE LA SUMA TOTAL declarada como obligación aduanera en la referida resolución 00690 de marzo 16 de 2006, por concepto de gravamen arancelario a cargo del Importador (\$253'109.987.00), mediante acción de cobro directa y exclusivamente iniciada frente a este último.

HECHOS

PRIMERO. El día 26 de febrero de 2002, la empresa COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A. sometió al régimen de importación temporal a largo plazo mercancía en arrendamiento financiero, consistente en planta de aprovechamiento de residuos sólidos, acompañada con su respectiva planta eléctrica y topadora, mediante la presentación de las declaraciones de importación No. 02231010728982, 02231010728991 y 02231010728975, la cual estaba destinada a la producción de rentas en el área de influencia de la Ley Quimbaya (ley 608 de 2000).

SEGUNDO. El contexto de la precitada Ley 608 del 2000, como bien lo conocemos y resulta esencial para la definición de responsabilidades aduaneras en cabeza del

Importador y del Estado a través de su gestión de Fiscalización y Control, lo constituye la catástrofe ocurrida el 25 de enero de 1999 en la zona del eje cafetero, la cual generó la destrucción de gran extensión del territorio correspondiente a dicha zona, adoptándose por el Gobierno Nacional medidas de emergencia económica con el fin de hacer frente a la situación, en aras de lograr la reconstrucción de la región. Como resultado, se creó el esquema legal consignado en la Ley 608 del 2000 para todos aquellos inversionistas que, identificando un claro beneficio fiscal en la instalación y montaje de determinados proyectos que deberían desarrollarse en esta región, se acogieran los mencionados beneficios.

TERCERO. Para estos efectos, la ley 608 del 2000 en su artículo 13 dispuso que: "...Previo el cumplimiento de lo señalado en los tratados internacionales, se aplicará una franquicia arancelaria a los bienes de capital no producidos en Colombia, importados por las personas ubicadas en los municipios señalados en los Decretos 195 y 223 de 1999 en los doce (12) meses siguientes contados a partir de la fecha de su instalación, siempre y cuando los bienes importados se destinen exclusivamente a ser utilizados en su actividad productora de renta dentro de la jurisdicción territorial de dichos municipios, durante el período de depreciación del bien, en la forma que señale el reglamento. Esta franquicia solo aplicará respecto de importaciones que se realicen hasta el 31 de diciembre del año 2005...".

CUARTO. Si no se cumple con esta obligación deberán pagarse las obligaciones tributarias que dejaron de cancelarse por la utilización de los incentivos, en los términos ordinarios del Estatuto Tributario, al perderse automáticamente los beneficios arancelarios otorgados inicialmente, tal como se establece en la parte final del párrafo del artículo 2 del D. 1113 de 2001 cuando señala que: "Los bienes de capital importados al amparo de la exención contemplada en el artículo 6 del Decreto 350 de 1999, no podrán ser objeto de enajenación antes de transcurrir el término de depreciación del bien, de conformidad con las normas tributarias, ni podrán ser trasladados fuera de la zona afectada por el terremoto dentro del mismo término, so pena de perder el beneficio correspondiente".

QUINTO. Para garantizar lo anterior, el importador otorgó póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 1001-1050958-01, expedida por Seguros Comerciales Bolivar S.A., con una vigencia desde 13/03/2002 hasta 13/06/2005 y un valor asegurado de \$75'932.974.00 (30% del gravamen arancelario exonerado) en caso de que se incumplieran alguna(s) de las condiciones con ocasión de las cuales se otorgó la referida exención arancelaria, realizándose por tanto el levante de la mercancía sin el pago de aranceles. Esta garantía se expidió entonces por el término de tres años y tres meses más, contados a partir de la fecha de presentación de la declaración de importación, como lo dispone la norma (Art. 5 D. 1397 de 1999).

SEXTO. Procederá la cancelación de la referida garantía una vez transcurrido el término previsto en el punto anterior... sin perjuicio del control que debe ejercer la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales con anterioridad o posterioridad a la cancelación de la garantía para verificar que el bien se está destinando a los fines previstos por la norma y de la imposición y cobro de los gravámenes y sanciones pertinentes en caso que se demuestre incumplimiento (Art. 6 D. 1113 del 2001).

SEPTIMO. Como mecanismo de CONTROL posterior al levante de la maquinaria, la ley dispuso, a través del artículo 7 del decreto 1113 del 2001 que "La dirección de impuestos y Aduanas Nacionales, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y control, verificará periódicamente que los bienes de capital importados al amparo del artículo 13 de la ley 608/2000. efectivamente se utilizan por el importador, en el lugar de la ubicación donde previamente se hubiere informado a la Administración de impuestos y Aduanas Nacionales o Administración de Aduanas nacionales competente (...). El importador anualmente deberá remitir una certificación suscrita por el revisor fiscal o contador público cuando sea el caso, en la que conste que el bien de capital está siendo utilizado en la actividad productora de renta del importador, en la jurisdicción territorial de la zona afectada por el terremoto, conforme lo prevé el artículo 13 de la ley 608 de 2000".

OCTAVO. Lo anterior en concordancia con lo previsto en el artículo 502, numeral 1.7 del Decreto 2685/99 que establece como causal de aprehensión y decomiso el mismo

evento que determine la efectividad de la garantía por incumplimiento de las obligaciones inherentes a la modalidad de importación temporal para perfeccionamiento activo de bienes de capital.

NOVENO. La importación en cuestión requirió del importador, en adición a la garantía de que trata el punto 5º de este acápite, el otorgamiento de póliza que garantizara el pago de los tributos aduaneros pactados por instalamentos y la finalización del régimen de importación temporal, en virtud de lo cual se expidió por parte de Seguros Comerciales Bolívar S.A. la póliza 1001-1050959-01, con un valor asegurado de \$709'583.131 referido exclusivamente al IVA, conforme a solicitud oficial del importador en este sentido y aprobación de las autoridades aduaneras respectivas.

DECIMO. Con posterioridad a la importación mencionada y con ocasión de una situación de absoluta iliquidez de la Empresa de Compostaje del Quindío ante la ausencia de inyección de recursos financieros con los que se contaba para el comienzo del proyecto de compostaje, situación que no le permitió iniciar operaciones en la zona, el 17 de junio de 2003, mediante auto No. 670-000347 proferido por la Superintendencia de Sociedades -Intendencia Regional de Manizales, se decretó la apertura de la liquidación obligatoria de los bienes y haberes que conformaban el patrimonio del Importador, en los términos del numeral 2 del artículo 89 de la ley 222 de 1995 y artículos 150 y siguientes, en concordancia con las resoluciones 586 y 1397 de 1998, habiendo sido esto de inmediato conocimiento de la DIAN, a través de la oficina de Administración de Impuestos y Aduanas de Armenia.

ONCE. Dentro de este proceso de liquidación obligatoria existieron diversos pronunciamientos por parte de la Superintendencia de Sociedades, de los cuales se resaltan los siguientes: A- Nombramiento de Junta Asesora del Liquidador, designándose como uno de sus miembros a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (numeral 1. Art. 173 L.222/95) B- Fijación de edicto emplazatorio dirigido a los acreedores de La Empresa de Compostaje del Quindío, estableciendo un término para que dichos acreedores se presentaran al trámite en cuestión aportando prueba siquiera sumaria de la existencia, clase y cuantía de sus créditos (Art. 158 L.222/95)(se subraya) C- Graduación y calificación de créditos presentados (Art. 133

L.222/95) D- Aprobación del avalúo de bienes que conformaban la masa de la empresa en liquidación (Art. 182 L.222/95), previa disposición en tal sentido por parte de la Junta Asesora (numeral 1. Art. 178 L. 222/95), dentro de los cuales y dadas las condiciones de mercancía en arrendamiento financiero inherente a la maquinaria de compostaje importada por Empresa de Compostaje del Quindío, ésta debió de excluirse de la aludida masa (numeral 8. Art. 192 L.222/95), disponiéndose en sesión de la Junta Asesora y el Liquidador designado, la entrega de la misma a su propietario, Leasing Sudameris, en las condiciones y estado en que se encontraba en ese momento, es decir, en la zona de la Ley Quimbaya y sin haberse utilizado.

DOCE. En cumplimiento de los términos señalados en el edicto a que nos referimos en el punto B- del numeral anterior, la OÍAN se presentó al proceso de liquidación obligatoria, a través de las Direcciones de Armenia y Cartagena, como se detalla a continuación:

DIAN ARMENIA

Mediante oficio 8401065-172 de julio 22 de 2003, la DIAN de Armenia solicitó a la Superintendencia de Sociedades se reconozca a su favor un crédito cierto por los siguientes conceptos y valores:

Renta 2001	\$	2.788.000
Intereses	\$	817.000
Retefuente 2002	\$	10'650.000
Sanción	\$	2'130.000
Intereses	\$	1'448.000
Seguridad democrática	\$	8'552.000
Intereses	\$	1'194.000
Importación temporal		\$709.583.131
Régimen Especial		\$75.932.974

(Dto. 1397/95)

Total \$813.095.105

DIAN CARTAGENA

Mediante oficio 0006A0671570 de julio 15 de 2003, la DIAN de Cartagena solicitó a la Superintendencia de Sociedades se reconozca a su favor un crédito cierto por los siguientes conceptos y valores:

Importación temporal póliza: \$709.583.131

No. 1001-105-0959-01

Régimen Especial

(Dto. 1397/95)

Póliza No. 1001-1050958-01: \$ 75.932.974

Total \$785'516.105

TRECE-Vencido el término anterior, la Superintendencia de Sociedades profirió el 15 de octubre de 2003, Auto 2003-05-005457, rechazando las dos (2) solicitudes anteriores, EN LO QUE HACE REFERENCIA EXCLUSIVA A LOS VALORES ASEGURADOS EN LAS DOS PÓLIZAS EXPEDIDAS POR SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A., por las siguientes razones: "A- DIAN ARMENIA: NO SE ACREDITA PRUEBA SUMARIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA. B- DIAN CARTAGENA: NO DEMUESTRA OBLIGACIÓN ALGUNA A CARGO DE LA CONCURSADA, TAN SOLO APORTA PÓLIZAS DE CUMPLIMIENTO EXPEDIDAS POR SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR SA, PARA GARANTIZAR EL PAGO DE UN GRAVAMEN Y LA LIQUIDACIÓN TEMPORAL DE UNA IMPORTACIÓN".

CATORCE- La situación de iliquidez del importador a que nos hemos referido incidió no solo en la no utilización de la maquinaria para el objeto por el cual se importó sino y obviamente, en el pago de las cuotas de tributos aduaneros que se habían pactado (IVA), generándose un incumplimiento de esta obligación de pago, por lo que, simultáneo al anterior proceso concursal y como mecanismo de exigibilidad de la obligación referida, tal como lo argumentó la Administración Especial de Aduanas de Cartagena en el trámite de vía gubernativa agotado con la expedición de la resolución 2623 del 23 de diciembre de 2003, la DIAN declaró el incumplimiento del régimen

aduanero de importación temporal a largo plazo "leasing", relacionado con maquinaria que aquí nos ocupa, ordenando hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento No. 1001-1050959-01 expedida por mi poderdante y liquidando un crédito a favor de la DIAN en cuantía de \$1.070.530.205 (IVA + Aranceles), asignándole de dicho importe a Seguros Comerciales Bolívar S.A. el valor equivalente a la suma asegurada en la precitada póliza por concepto de IVA, en cuantía de \$709'583.131 y como obligación a cargo del importador por concepto de Aranceles exentos inicialmente y exigibles conforme a las normas aduaneras sobre la materia, la cifra de \$292'233.290.

QUINCE. En firme el trámite administrativo señalado en el punto anterior, fueron revocadas unilateralmente por el Despacho del Administrador de La Administración Especial de Aduanas de Cartagena las resoluciones expedidas dentro del mismo, mediante resolución 002652 de septiembre 21 de 2005, al darse una de las formas expresamente establecidas por el artículo 156 del D. 2685 de 1999 para la terminación del régimen de importación temporal a largo plazo como es la "legalización de la mercancía", demostrada con las copias de las declaraciones de importación por legalización con levante debidamente certificadas por la Administración Especial de Aduanas de Pereira, con la correspondiente cancelación de los tributos aduaneros procedentes en ese momento (excluido arancel), cesando los procedimientos que se seguían en ese momento en contra de la Empresa de Compostaje del Quindío y se Seguros Comerciales Bolívar S.A.

DIECISÉIS. Con posterioridad a la actuación administrativa que aquí se describe por parte de la DIAN, tanto en vía gubernativa como en el proceso de liquidación obligatoria de la empresa importadora, el 16 de marzo de 2006 la División de liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante resolución 000690 resuelve declarar el incumplimiento de "la obligación adquirida por el afianzado EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A.- EN LIQUIDACIÓN, con Nit 801.002.756-4, en la suma de \$253'109.987 pesos, por concepto de gravamen arancelario exento al momento de la importación temporal de la maquinaria relacionada en el numeral 1. de los hechos de esta demanda y exigible legalmente con posterioridad, con fundamento en el régimen especial de aduanas de

que trata el D. 350 de 1999, D. 1397 de 1999, L. 608 de 2000, D. 1113 de 2001, sobre la base de que, tal como siempre fue del conocimiento de la DIAN y así le fuera confirmado directamente por el importador en septiembre 5 de 2003. La Empresa de Compostaje del Quindío se encontraba en liquidación obligatoria, habiendo permanecido la maquina importada guardada dentro de la zona de Ley Quimbaya SIN HABER SIDO UTILIZADA. Esto último, aunado al incumplimiento sistemático en que incurrió el importador antes de tal misiva (septiembre 5 de 2003) en materia de la información anual de qué trata el precitado art. 7 del D. 1113 de 2001.

DIECISIETE. Declara igualmente la DIAN en el artículo segundo de la resolución 000690 de marzo 16 del 2006 la efectividad de la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 1001-1050958-01 expedida por mi poderdante, con vigencia 13/03/2002 hasta 13/06/2005, por el valor asegurado consignado en la misma; esto es, la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$75'932,974.00), incluyendo en la motivación de dicho acto administrativo, aunque así no lo consignó en su parte declarativa como texto constitutivo de los títulos ejecutivos que del mismo pudieran derivar, que "...el saldo pendiente del gravamen y equivalente a \$177'177.012.77 deberá ser cancelado por el importador".

DIECIOCHO. A través del trámite de vía gubernativa originado en la resolución de incumplimiento 690 del 16 de marzo del 2006, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena tomó decisiones contrarias a Derecho, sobre la base de que NO OBSTANTE HABER CONOCIDO SIEMPRE DEL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY POR PARTE DEL IMPORTADOR, CONSIDERÓ QUÉ ESTE CONTABA CON LOS TRES AÑOS QUE SEÑALA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO REFERENTE A LA LEY QUIMBAYA PARA LA VIGENCIA DE LA GARANTÍA, COMO TERMINO DENTRO DEL CUAL DICHO IMPORTADOR PODÍA SUBSANAR LAS SITUACIONES CONSTITUTIVAS DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS ADUANERAS, CORRESPONDIÉNDOLE A LA DIAN, SÓLO A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE SE VENCIERA EL PLAZO DE LA GARANTÍA, PROCEDER SEGÚN EL CASO A DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DE LA LEY Y, POR ENDE, HACER EFECTIVA

LA RESPECTIVA PÓLIZA DE SEGUROS, ABSTENIÉNDOSE EN EL ENTRETANTO DE CUMPLIR CON LO ORDENADO POR EL ARTICULO 502 NUMERAL 1.7 DEL DECRETO 2685/99 EN MATERIA DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE MERCANCÍAS Y, EN LO QUE AL CONTRATO DE SEGURO SE REFIERE, TRANSGREDIENDO LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 1081 DEL C.CIO.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con la expedición de los actos administrativos objeto de impugnación, la Administración de Aduanas ha violado las siguientes normas:

1- Artículos 1054, 1072 y 1081 del Código de Comercio y artículo 502, numeral 1.7 del Decreto 2685/99

2- Artículo 29 Constitución política de Colombia y Artículos 3 y 34 del C.C.A.

3- Artículo 84 del C.C.A.

El marco contractual incorporado "una póliza de seguros se sujeta en un todo, tanto al momento de su suscripción como durante el desarrollo del mismo, incluyendo en esto último la exigibilidad de las obligaciones que derivan de sus suscripción, a las normas propias que para tal efecto incorpora el código de comercio y a aquellas que con carácter de supervisión legal profieren las Entidades de Control respectivas, existiendo para su adecuada interpretación, amplios pronunciamientos jurisprudenciales que facilitan la labor Jurisdiccional en esta materia.

Es así como para el presente caso transcribimos las siguientes normas, las cuales han debido respetarse por parte de la DIAN al momento de pretender hacer exigible la obligación suspensiva incorporada en la póliza de seguro No. 1001-1050958-01, pero que sin embargo fueron objeto de desconocimiento total por parte de esa Entidad, tal como procedemos a sustentar más adelante:

Artículo 1054 C.Cio; "Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador...".

Artículo 1072 C.Cio: "Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado".

Este siniestro deberá ocurrir dentro de la vigencia de la póliza, independientemente de que el mismo continúe presentándose después de vencido el término del seguro, a fin de que surja obligación contractual en cabeza del asegurador, procediendo en consecuencia las correspondientes acciones legales frente a este último por parte del beneficiario del seguro (Art. 1073 C.Cio).

En lo que a esto último se refiere, tal como lo establece el artículo 1081 del código de comercio "La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base esa acción...".

Este marco legal demanda de la Entidad Estatal que pretenda hacer exigible la obligación de indemnizar incorporada en un contrato de seguro, en lo que se refiere a pólizas de cumplimiento como la que aquí nos ocupa, que se declare el incumplimiento del afianzado con ocasión de haberse realizado el riesgo asegurado durante la vigencia de la respectiva póliza; lo cual deberá ocurrir mediante la expedición de un acto administrativo en este sentido que deberá proferirse y quedar en firme dentro de los dos actos siguientes al momento en que la Entidad en cuestión haya conocido o debido tener conocimiento del hecho que da base a dicha acción, que no es otro que el correspondiente incumplimiento - siniestro.

Esta oportunidad para la declaratoria de incumplimiento es requisito indispensable para que el acto administrativo en cuestión constituya, en adición a la respectiva

póliza de seguros, el título ejecutivo que la Administración hará efectivo dentro del tiempo de caducidad que para tal efecto señala la ley (5 años).

Sí expedido el acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía, dentro de los cinco (5) años siguientes a su firmeza no se han realizado los actos que corresponden para ejecutarlos no puede la administración exigir su cobro.

Cosa distinta, la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5° del Código Contencioso Administrativo.

Término que contrariamente a lo expresado por el a quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza.

Resulta improcedente la pretensión de la actora en el sentido de que en materia de seguros para que pueda nacer la obligación de la aseguradora, sea menester que el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro, el riesgo amparado o el incumplimiento de la obligación afianzado, deba quedar ejecutoriado dentro del término de vigencia de la póliza, pues tal interpretación haría nugatorio el derecho a la indemnización en favor del asegurado, en virtud de que el acto administrativo dada su discusión en sede gubernativa puede requerir más tiempo que el de vigencia de la póliza, sin desconocer el plazo que se necesita para su discusión en la vía contenciosa.

Tampoco puede pretenderse, como lo insinúa la apoderada de la demandada, que la administración no tiene término para proferir el acto administrativo pues ello equivale al imperio de la inseguridad jurídica en las relaciones contractuales.

El término dentro del cual la administración debe proferir el acto administrativo, a efectos de constituir el título ejecutivo, fue analizado y precisado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 7 de marzo de 1991, expediente R-087, actor la Nación, que por su importancia se transcribe en la parte pertinente:

"El artículo 1081 del Código de Comercio establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para el derecho y obligación correlativos y para las acciones que se deriven del contrato de seguro.

Dentro de tales términos quedan comprendidas tanto la acción ejecutiva como la ordinaria. Dicha norma consagra una excepción a la regla general sentada por el artículo 2536 del Código Civil, según el cual el término de prescripción de la acción ejecutiva, que no del derecho y obligación mismos, es de diez (10) años.

En los eventos en que la administración pretendía exigir derivada (sic) de un contrato de seguro por acaecimiento del siniestro o riesgo asegurado y éste hubiera sido otorgado para amparar obligaciones del contratista frente a la administración contratante, la regulación de la prescripción se sujetaba en su integridad a la norma antes citada. Es decir, la acción que la administración podía intentar contra el asegurador prescribía en los términos señalados en el artículo 1081 del Código de Comercio. Del hecho de que al crédito a favor del Estado se le diera el calificativo de obligación fiscal, no se derivaba consecuencia diferente a la antes señalada, ya que tal calificativo no tenía, ni tiene hoy en día la virtualidad de transmutar la naturaleza jurídica y el origen mismo de la obligación. Tampoco conducía a una conclusión distinta el argumento atinente a la conformación del título ejecutivo que permite a la administración el cobro de la obligación por la vía de la jurisdicción coactiva. Concretamente en el evento que nos ocupa, la circunstancia de que tal título se estructurara, a más del contrato en que es parte contratante la administración y de la póliza, con uno o varios actos administrativos, para nada incidía en la determinación del término de prescripción de la acción, pues únicamente concernía a la posibilidad o viabilidad de incoar la acción ejecutiva por la vía de la jurisdicción coactiva.

De otra parte, el artículo 1081, en forma por demás expresa y precisa, determina que la prescripción en él señalada corre en contra del interesado y es claro que siendo la administración contratante asegurada y beneficiaria, es parte interesada. Anota la Sala, que la misma sentencia objeto del recurso expresó que "cabe anotar que el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguro, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado..." de donde hay que concluir que en la misma sentencia se reconoce la aplicabilidad del artículo 1081 del Código de Comercio, a eventos como el que ahora ocupa la atención de la Sala.

De lo anterior se concluye que desde el momento en que ocurría el siniestro o riesgo asegurado empezaba a correr el término de la prescripción extraordinaria de cinco años y desde la fecha en que la administración contratante había tenido y debido tener conocimiento de tal ocurrencia empezaba a correr el término de la prescripción ordinaria de dos años, lo anterior tanto para el derecho y obligación correlativos, como para la acción, a diferencia de lo que ocurre a partir de la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo, en que cabe diferenciar el término de prescripción de la obligación y del derecho que emana del contrato de seguro, aspecto éste regido por el artículo 1081 del Código de Comercio y, el término de prescripción de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva regulado por el artículo 66, numeral 3°, del Código Contencioso Administrativo. De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los dos años señalados por la primeramente citada, no será viable el cobro ejecutivo con jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que el derecho y la obligación ya se encuentran prescritos, asunto este materia de cuestionamiento o controversia dentro del control de legalidad del acto administrativo así expedido, mas no de la excepción de prescripción de la acción en el proceso ejecutivo.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Folio 136 a 146)

- **Sobre la violación de los artículos 1054,1072 y 1081 del Código de**

Comercio, y artículo 502, numeral 1.7 del Decreto 2685/99.

En resumen plantea el demandante que la DIAN violó las normas contenidas en los artículos 1054, 1072 y 1081 del Código de Comercio referidas a la declaratoria del riesgo asegurado y la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros, aclarando que el incumplimiento debe ser declarado durante la vigencia de la póliza y dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia del mismo. Esto sin hacer mención a la forma como se vulneró el artículo 502 numeral 1.7 del Decreto 2685/99.

Ahora bien plantea el demandante dos teorías sobre la violación mencionada:

Primero que la administración conoció el incumplimiento durante el término de vigencia de la póliza y por negligencia no lo declaró, solo esperó hasta el final del vencimiento del plazo (3 años) del beneficio para declarar el incumplimiento.

La prescripción de la acción no puede contarse, como lo propone el accionante, a partir de las certificaciones periódicas que debió enviar o envió COMPOSTAJE DEL QIMNDIO a la DIAN, pues si la empresa no destino ni ubicó los bienes de capital importados en los municipios se mencionan en la norma, bien podía hacerlo en otro periodo de los (3) años o incluso después de vencido el plazo. Imaginemos, por poner un ejemplo, que en la primera certificación COMPOSTAJE certificara que no había realizado las actividades que se enumeraron con antelación, dicha situación no obsta para que en el segundo periodo si lo hiciera.

Es decir que aun cuando consideráramos (contrariando la norma que exige una certificación del contador y revisor fiscal de la empresa que destinó y utilizó la mercancía) que la obligación de COMPOSTAJE se agotaba con las certificaciones que le enviaba a la DIAN, el término prescriptivo no puede contarse a partir de 'las certificaciones, pues la obligación de certificar se cumple en el tiempo de forma periódica, en un lapso de tiempo determinado. Siendo así, se entiende entonces que su naturaleza es de las denominadas de tracto o ejecución sucesiva, definida por los doctrinantes como aquellas que suponen una serie escalonada de obligaciones y que no se agota de una sola vez, sino que se diferencian en el tiempo.

Las pólizas de cumplimiento se constituyen por el término en que debe cumplirse con las obligaciones garantizadas y así poder finalizar el régimen de importación con franquicia bajo el amparo de la Ley Quimbaya, indicado en tres (3) años, así que, si el objeto de la garantía era cumplir con la obligación de cumplir con las condiciones requeridas para gozar del beneficio arancelario obtenido con las declaraciones de importación No 022310110728975, 8991 y 8982 de 26/02/2002, no se cumplió, toda vez que no acreditó las certificaciones solicitadas por la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

- **No se presentó Prescripción en la actuación de la DIAN**

Para la DIAN está claro que el incumplimiento declarado en contra de la empresa COMPOSTAJE DEL QUINDIO no está prescrito y se realizó dentro del término legal para ello.

En primer lugar la norma es clara al establecer el término por el cual debe constituirse la garantía por el gravamen arancelario suspendido en las importaciones de estas características, que es de tres (3) años.

En segundo lugar es forzoso concluir que éstas normas no señalan la pérdida del beneficio otorgado por la Ley, si el importador incumple el régimen, antes del término establecido para ello, o sea antes de los tres (3) años.

Ahora bien, de acuerdo con las normas transcritas la DIAN no puede declarar el incumplimiento antes del vencimiento del término de la garantía, de aquí la pregunta que surge es: ¿Cómo debe contabilizarse el término de prescripción mencionado por el demandante?

1. Tenemos que las Declaraciones de Importación iniciales Nos .02231010728975, 02231010728991 y 02231010728982 obtuvieron levante el 26 de febrero de 2002, es decir que el término de la póliza constituida iba hasta el 26 de febrero de 2005.

2. El término de los dos (2) años de la Administración para declarar el incumplimiento y ordenar hacer efectiva la garantía, según el precepto legal referido, vencerían entonces, el 26 de febrero de 2007, es decir que solo debe contabilizarse a partir del 26 de febrero de 2005.

3. La Resolución de Incumplimiento de la obligación aduanera y orden de hacer efectiva la garantía se expidió el 16 de marzo de 2006, esto es, dentro del término legalmente otorgado para ello.

Hasta aquí queda sustentado que la actuación no está incurso en causal de PRESCRIPCIÓN alguna, tal como lo declara el demandante. A manera de conclusión dice la demandada que aun cuando la Administración, pudo haber conocido circunstancias que denotaban el incumplimiento referido, "en diferentes oportunidades", como lo afirma el memorialista, no lo es menos que de conformidad con las normas aludidas había que esperar la culminación del término de otorgamiento del beneficio, los tres años, que comenzaban a contarse a partir de la fecha de presentación de las declaraciones en bancos, o sea, 26 de febrero de 2002 y hasta el 26 de febrero de 2005, para declarar el incumplimiento de las obligaciones inherentes al beneficio de la Ley Quimbaya y ordenar hacer efectiva la garantía otorgada para su amparo.

- **Violación del Artículo 29 de la Constitución Política y de los artículos 3, 34 y 53 del C.C.A.**

Considera vulnerado el debido proceso por cuanto la DIAN desestimó la prueba presentada por el demandante para demostrar que esta entidad había conocido desde junio de 2003 sobre la no utilización de la maquinaria de Compostaje, esta prueba era el Auto Comisorio No 16000169 de Junio 19 del 2003.

El simple auto comisorio no es prueba que dicha verificación se haya realizado, pues no puede confundirse la orden o delegación para practicar la diligencia con la práctica en sí de la misma, en este caso se está probando la existencia de dicha delegación pero no el resultado de la misma que debe darse a través de un acta de visita o

cualquier otro documento donde se plasme los resultados de la verificación realizada.

Ahora bien nos es que la valoración de dicha prueba haya estado ausente, lo que pasa es que dicha valoración es adversa a los intereses de la demandante, esto solamente implica simplemente una diferencia de criterios entre las partes, hecho que fue ratificado por el superior que conoció de la apelación al abstenerse de realizar pronunciamiento alguno sobre dicho documento.

Igualmente señala el demandante otros documentos que presentó y no fueron objeto de análisis por el superior, tales como: el auto 670-000711 de 15/10/03 de la superintendencia de sociedades Manizales, así como las Actas 001 y 002 de la liquidación.

La DIAN consideró que dichas pruebas no eran procedentes por cuanto no se anexaron con la sustentación de la apelación, pues como lo dice el mismo demandante el artículo 56 del C.C.A establece la potestad para el funcionario fallador de practicar pruebas solicitadas con el escrito del recurso o las que de oficio considere en este caso se dieron estas dos últimas circunstancias: ni el apelante las solicitó, ni el funcionario consideró necesario decretarlas de oficio.

Es como corolario de lo anterior es necesario aclarar que el artículo 56 citado establece como regla general que la resolución de dichos recursos debe hacerse de plano y solo si es necesario se practicarán pruebas, en este caso es claro no era necesario practicar más pruebas que las obrantes en el respectivo expediente administrativo para tomar una decisión de fondo.

- **Violación del artículo 84 del C.C.A. Falsa Motivación**

Considera la demandada que este es un cargo que no está establecido, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional, el concepto de la violación de es: La exposición clara, cierta, específica, pertinente y suficiente de las razones por la cuales el actor considera el actor se da dicha violación de la constitución.

Lo anterior por cuanto el demandante no precisa con las características mencionadas las causal o causales por las cuales presume las Resoluciones demandadas conculcan derechos constitucionales o cualquiera de las causales establecidas en el artículo 84 del C.C.A.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 272-273)

En la sentencia de primera instancia el A quo negó las pretensiones de la demanda, concretamente consideró que contrario a lo afirmado por el recurrente, sí procedía por parte de la DIAN, hacer efectiva la póliza que aseguraba el pago del gravamen en el evento en que existiese incumplimiento, de que se trata, pues el importador tenía la obligación de ubicar e instalar las mercancías en el lugar de destino y además, cumplir con las obligaciones pactadas, de manera que el desconocimiento de las normas, artículo 7° ultimo inciso del Decreto 1113 de 2001 en concordancia con el inciso final del artículo 8° del Decreto 1397 de 1999, se da el incumplimiento de la obligación aduanera adquirida, configurándose de esta manera el siniestro amparado por la póliza de seguro.

En ese sentido indicó el a quo que; si la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO, debía, ubicar y destinar los bienes Importados dentro de la jurisdicción territorial de los municipios como se estableció en las declaraciones de importación (Fls 33-35 cuaderno de pruebas] y asimismo, remitir anualmente a la administración de aduanas de ingreso dónde constituyó la Garantía certificación suscrita por el revisor fiscal o contador público cuando a ello hubiere lugar, en la que conste que el bien de capital está siendo utilizado en la actividad productora de renta del importador, en la jurisdicción territorial de la zona afectada por el terremoto; no lo hizo así, se entiende que no cumplió con una de las obligaciones propias adquiridas en el caso en concreto, por lo que era procedente la declaración de incumplimiento por parte de la DIAN.

Estimó el juez de instancia que no hay falsa motivación al corresponder los fundamentos de los actos acusados a la realidad de los hechos, pues contrario a lo aducido en la demanda, la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A., si incumplió con sus obligaciones. De igual forma al hacer el estudio de la prescripción de la acción sancionadora, encontró el juez de instancia que la sanción fue impuesta dentro del término legal establecido para ello.

En conclusión, la juez de primera instancia no encontró desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados dentro del presente proceso.

D. LA APELACION (Folio 296 a 316)

Para el demandante la sentencia apelada constituye una vía de hecho, en la medida en que la misma se profiere sin consideración alguna a lo probado en el proceso a través de las pruebas anexas a la demanda, y de aquellas que se practicaron en la etapa probatoria, todas estas sustentatorias de las pretensiones de la demanda; fallando así mismo sin el correspondiente desarrollo jurídico respecto de lo que el Ad quo denominó en el numeral 9.2. de la sentencia las "Tesis de las partes y el Problema Jurídico" objeto de la liti, para llegar de una manera simple y sin fundamento procesal alguno a la decisión que se tomó.

Se probaron en el proceso los diferentes momentos (año 2003) en que la DIAN tuvo conocimiento y aquellos en que la misma entidad ha debido tener conocimiento de la no utilización de la maquinaria importada por EMPRESA DE COMPOSTAJE S.A.-EN LIQUIDACIÓN dentro de la jurisdicción que para los efectos del presente proceso señala ley, omitiéndose en la sentencia apelada pronunciamiento alguno respecto de este hecho y, en su lugar, acogiendo de manera simple y sin fundamento legal alguno que excluya lo probado por el demandante,-una fecha señalada por la DIAN en la contestación de la demanda (año 2005), posterior en dos (2) años a lo probado en el proceso, como momento en que supuestamente esa entidad ha debido conocer de un supuesto incumplimiento del afianzado por ubicación de la maquinaria, distante en todo caso del argumento esencial de la defensa respecto del cual nada se dijo.

Esto último, al margen de que en el acervo probatorio igualmente se demuestra que fue en el año 2003 que la DIAN profirió acto administrativo, anexo a la demanda sin haber sido tachado de falso por el demandado, a través del cual esa entidad declara que la maquinaria importada no estaba ubicada en la jurisdicción correspondiente, por lo que se evidenciaba un incumplimiento del régimen aduanero por parte de EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A.-EN LIQUIDACIÓN. Prueba que igualmente fue omitida al momento de fallar.

Para demostrar esto último, desarrollaremos en este escrito de apelación un orden de argumentos que permitirán a su Despacho evidenciar el yerro jurídico en que por omisión incurre el fallo recurrido; partiendo para ello del régimen legal que originó la expedición de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 1001-1050958-01; demostrando ante su Despacho que este marco normativo determina el momento en que a la luz del mismo se entiende ocurrido el siniestro y, por ende, el punto de partida para el computo del tiempo en el que transcurre la prescripción en los términos del artículo 1081 del C.Cio. que hace improcedente en el presente caso un fallo como el apelado.

Prescripción

Para garantizar el cumplimiento de este régimen legal, en lo relacionado con la importación que realizó la empresa COMPOSTAJE DEL QUINDIO, esta última otorgó póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 1001-1050958-01, expedida por Seguros Comerciales Bolívar S.A., con una vigencia desde 13/03/2002 hasta 13/06/2005 y un valor asegurado de \$75'932.974.00 (30% del gravamen arancelario exonerado), a fin de resarcir al Estado en caso de que se incumplieran algunas de las condiciones con ocasión de las cuales se otorgó la referida exención arancelaria. Esta garantía se expidió entonces por el término de tres años y tres meses más, contados a partir de la fecha de presentación de la declaración de importación, como lo dispone la norma (Art. 5 D. 1397 de 1999).

Referido a esta póliza y con fundamento en el marco legal aquí transcrito, SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A. no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 1001-1050958-01, al haber operado la prescripción establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio, a cuyo tenor se establece que:

"La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria,..La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción..."

Nunca ha pretendido el demandante, como lo recoge la sentencia apelada por manifestaciones erróneas de la DIAN, que el incumplimiento supuestamente debe ser declarado durante la vigencia de la póliza y dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia del mismo, ya que legal mente ello no es procedente.

El incumplimiento si debe haberse presentado dentro de la vigencia de la póliza, como en efecto ocurrió, y la declaratoria de dicho incumplimiento ha debido realizarla la DIAN dentro de los dos (2) años siguientes al momento en que esa entidad haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

En el marco legal referido en este escrito se exige a la Entidad Estatal que pretenda hacer exigible la obligación de indemnizar derivada de un contrato de seguro, en lo que se refiere a pólizas de cumplimiento como la que aquí nos ocupa, que se declare el incumplimiento del afianzado con ocasión de haberse realizado el riesgo asegurado durante la vigencia de la respectiva póliza; lo cual deberá ocurrir mediante la expedición de un acto administrativo en este sentido que deberá proferirse, notificarse y quedar en firme dentro de los dos años siguientes al momento en que la Entidad en cuestión haya conocido o debido tener conocimiento del hecho que da base a dicha acción, que no es otro que el correspondiente incumplimiento de la obligación garantizada (No utilización y/o ubicación de la maquinaria importada por fuera de la jurisdicción que señala la ley).

Esta oportunidad para la declaratoria de incumplimiento es requisito indispensable para que el acto administrativo en cuestión constituya, en adición a la respectiva póliza de seguros, el título ejecutivo que la Administración hará efectivo dentro del tiempo de caducidad que para tal efecto señala la ley (5 años).

Este argumento jurídico, "base de nuestra solicitud de declaratoria de nulidad de las resoluciones demandadas al haberse expedido éstas en violación directa del 1081 antes citado, es sistemáticamente reconocido por Jueces y Magistrados que, concedores del alcance de la sanción de la prescripción que consigna dicha norma, se han pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el particular construyendo la Jurisprudencia que hoy rige los procesos administrativos que definen este tema, tal como se documentó en la demanda.

Honorable Magistrado, en el caso sub lite ha operado la prescripción que se argumenta en la demanda, en tanto y en cuanto, la DIAN ha debido conocer y en efecto conoció sobre la ocurrencia del siniestro, esto es, LA NO UTILIZACIÓN DE LA MAQUINARIA OBJETO DE IMPORTACIÓN MEDIANTE EXCENCIÓN ARANCELARIA, desde el primer semestre de 2003, como se evidencia de los hechos y del acápite de normas violadas de la demanda.

La DIAN ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro, esto es, la no utilización de la maquinaria importada, desde marzo de 2003.

El importador ha debido, desde el mismo año 2002 en el que se importó la maquinaria y se obtuvo la exención arancelaria, certificar a la DIAN sobre la no utilización de la maquinaria para el objeto que se importó y por el cual se obtuvo el beneficio fiscal, explicando la razón para ello que no fue otra que el no inicio de operaciones por parte de la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A., dada su situación de insolvencia financiera.

En ausencia de lo anterior la DIAN, dentro de una eficiente gestión de control fiscal como la que establecen las normas transcritas en los hechos de la demanda y el concepto 031 de julio 14 de 2005 transcrito en la misma, ha debido conocer de dicha circunstancia desde el primer trimestre del 2003. fecha en que se cumplió la primera anualidad desde el momento de la importación y obtención del beneficio fiscal y tiempo en el cual se realizan informes de la administración y órganos internos de revisión como lo es el revisor fiscal de la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A., debiendo proceder entonces de oficio a verificar la ubicación y destinación que se le estaba dando a los equipos en cuestión, partiendo del hecho de que a ese momento no se había recibido información alguna de parte del importador sobre el particular.

Aunque el ordenamiento Aduanero así lo establece (Fiscalización y Control PERIÓDICO), la DIAN no lo hizo en esa oportunidad, limitándose después a endilgar responsabilidad exclusiva al importador que no informó "anualmente" como lo dice en la resolución 1723 de julio 14 del 2006, situación que como se comprueba a través de la demanda, tampoco es totalmente cierto, pues en septiembre de 2003 esa entidad fue oficialmente notificada por parte del Liquidador de Empresa de Compostaje del Quindío - En Liquidación, sobre la no utilización de la maquinaria importada, nunca desde su importación; lo cual no habría de cambiar dada la situación de liquidación que obligaba a la entrega de la maquinaria a Leasing Sudameris S.A., como en efecto se entregó.

Se reitera que el importador, a través del liquidador oficial (representante legal de la sociedad), informó oficialmente a la DIAN, en septiembre de 2003, sobre la no utilización de la maquinaria, transcurrido un poco más de un año desde la importación, y así reposa en el cuaderno de pruebas de este proceso. Luego es contrario a derecho admitir la aseveración genérica de la DIAN acerca de que el importador no cumplió con su obligación y que por tanto, era admisible para esa entidad expedir una resolución de incumplimiento por ese motivo hasta marzo de 2006.

La DIAN conoció de la ocurrencia del siniestro, esto es, la no utilización de la maquinaria importada, desde junio de 2003; conocimiento refrendado en septiembre de 2003.

Los siguientes argumentos, omitidos de manera ilegal en la sentencia y debidamente probados en la etapa de pruebas del proceso, constituyen plena prueba de la operancia de la prescripción de la acción derivada de la póliza cumplimiento de disposiciones legales No. 1001-1050958-01 expedida por mi poderdante.

Procedemos por tanto a relacionarlos y sustentarlos ante su Honorable Despacho, solicitándole respetuosamente sean estos tenidos en cuenta al momento de fallar, contrario a lo actuado por el ad quo.

LA LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA DE LA EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO - EN LIQUIDACIÓN - Como se afirma y prueba en la demanda, la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A., fue admitida dentro de un proceso concursal de liquidación obligatoria a través del auto número 670-000347 del 17 de junio del 2003, proferido por la Superintendencia de Sociedades - Intendencia regional de Manizales, habiendo sido esto de inmediato conocimiento de la Administración de impuestos y Aduanas de Armenia, en los términos del numeral 2 del artículo 89 de la ley 222 de 1995 y artículos 150 y siguientes, en concordancia con las resoluciones 586 y 1397 de 1998.

Esta decisión se inscribió en el registro mercantil correspondiente, tal como lo ordena el numeral 3 del artículo 157 de la ley 222/95.

La providencia de la Superintendencia de Sociedades, en su artículo 11 designó a una Junta asesora del liquidador (órgano asesor y fiscalizador) integrada por algunos de quienes ostentaban la calidad de acreedores de la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A., dentro de los cuales y con carácter de miembro principal se encontraba la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales (DIAN), notificándole " telegráficamente dicho nombramiento, momento a partir del cual esa entidad aceptó y

participó activamente de todas y cada una de las reuniones que celebró la Junta asesora de la liquidación, a través del Doctor Jaime Calderón Jaramillo.

Desde ese momento, es decir junio del 2003, la DIAN conoció de la no utilización de los equipos importados en razón a que el proyecto no inició operaciones jamás, dada la insolvencia financiera de la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A., que de hecho motivó su liquidación obligatoria. Conoció de ello a través de todas y cada una de las reuniones en que el liquidador informó sobre la no utilización de los equipos manifestando a la junta asesora sobre el sitio en donde se encontraban protegidos, que no era otro que el área registrada y permitida en los términos de la ley 608 del 2000.

EL INFORME OFICIAL A LA DIAN SOBRE LA NO UTILIZACIÓN DE LA MAQUINARIA DE MANERA DEFINITIVA - Reiteramos así mismo que la DIAN recibió confirmación oficial sobre la no utilización de la maquinaria, para los efectos que fue importada con exención, el 5 de septiembre de 2003, a través de comunicación que en ese sentido le dirigió el liquidador de la empresa de Compostaje del Quindío, en su calidad de representante legal de la misma en esos momentos, como consta en el expediente de esta demanda. Una fecha más, debidamente probada en el proceso, para sustentar el conocimiento que en el año 2003 tuvo la DIAN sobre la ocurrencia del siniestro.

Sobre esta realidad jurídica igualmente se abstuvo de pronunciarse el ad quo, descartando de manera ilegal una prueba esencial para el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

La DIAN reconoció en Acto administrativo de 2003 el incumplimiento del régimen aduanero de Franquicia por parte del afianzado

Finalmente, en adición a la no utilización de la Maquinaria en el objeto para el cual se importó, no puede la DIAN desconocer que reconoció oficialmente en el año 2003 el incumplimiento del régimen aduanero especial por parte de la Empresa de

Compostaje del Quindío por supuesta ubicación de la Maquina en otro sitio al señalado en la Ley para el otorgamiento de la exención, tras haber señalado el 24 de septiembre de 2003 a través de la Resolución No. 1928, proferida dentro del mismo caso para hacer efectiva otra póliza de cumplimiento y que se anexó a la demanda sin que esta se hubiese tachado en su originalidad y veracidad por parte del demandado.

La Resolución. N° 1928 de septiembre 24 de 2003, dispuso que:

"En este sentido debemos aclarar que al presentarse el incumplimiento del pago de una de las cuotas correspondiente a los tributos aduaneros suspendidos en la oportunidad establecida en la legislación aduanera, automáticamente se hace obligatorio por parte del importador del pago tanto de las cuotas insolutas como de la parte de los tributos cobijados con ciertos beneficios, que en nuestro caso se encontraban suspendidos bajo ciertas condiciones las cuales incumplieron desde el inicio mismo del régimen al mantener la maquinaria importada en un sitio diferente al que la ley le obligaba para gozar de estos, cuestión que fácilmente se puede establecer al observar el informe que en tal sentido envía la subdirectora de comercio exterior (A) al director de aduanas (A) informándole sobre el particular (folio 29 a 30)".

Respecto de esta plena prueba igualmente se abstuvo de pronunciarse el ad quo, desestimando de esta forma la totalidad de pruebas que permiten evidenciar los diferentes momentos en que la DIAN conoció o debió tener conocimiento del incumplimiento por parte de EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO - EN LIQUIDACIÓN, todos en el año 2003.

LA FALSA MOTIVACIÓN EN LOS ACTOS DEMANDADOS.

La Falsedad en que incurrió la DIAN en la parte motiva de las resoluciones que se demandan, es puntualmente identificada en el libelo de la demanda a través de la transcripción de falsas afirmaciones de esa Entidad frente a los hechos que realmente ocurrieron y que pudieron demostrarse mediante las pruebas suministradas en la demanda y practicadas en la etapa probatoria de este proceso.

Así se reconoció en la sentencia cuando se afirma que "Para el despacho el cargo de falsa motivación se encuentra debidamente sustentado, cuando en la demanda indica en el acápite de violación del artículo 84 del c.c.a. que se ha incurrido en falsa motivación, toda vez que las afirmaciones que formuló la DIAN Cartagena como motivadoras de las resoluciones 690, 1723 y 2460 de 2006, las cuales resaltó a lo largo del concepto de la violación, son ajenas en su totalidad a las realidades fácticas de la importación referida en esta demanda y a las normas legales a las cuales ha debido sujetarse dicha entidad, siendo evidente la falsa motivación de estos actos administrativos, entre otros argumentos".

Sin embargo de lo anterior, omite el ad quo el debate jurídico necesario para llegar a un fallo en el cual se hubiere pronunciado sobre la real configuración de la Falsa motivación de los actos demandados frente a lo demostrado en la demanda y con ello la declaratoria de nulidad correspondiente. De manera simple y contrario a derecho, a folio 18 de la demanda, el juzgado concluye que:

"Por consiguiente, el Despacho encuentra que no hay falsa motivación al corresponder los fundamentos de los actos acusados a la realidad de los hechos, pues contrario a lo aducido en la demanda, la EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO S.A. si incumplió sus obligaciones".

El cargo de falsa motivación no se relaciona con el hecho de que el afianzado haya o no incumplido sus obligaciones, ya que de hecho, en la demanda y en todo el proceso, mi representada no ha demostrado otra cosa que el incumplimiento de dicho afianzado Y EL MOMENTO DESDE EL CUAL LA DIAN CONOCIÓ Y DEBIÓ HABER CONOCIDO DE TAL INCUMPLIMIENTO.

El cargo de falsa motivación se sustentó, como el ad quo lo reconoció, en aquellas afirmaciones que formuló la DIAN Cartagena como motivadoras de las resoluciones 690, 1723 y 2460 de 2006, las cuales se relacionaron a través del concepto de la violación, ajenas en su totalidad a las realidades fácticas de la importación referida en la demanda, como la reiterada en este escrito en materia de la supuesta causa del

rechazo de los créditos por parte de la Superintendencia de Sociedades, respecto de las cuales omitió el ad quo pronunciamiento alguno.

LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO, SEGÚN LA SENTENCIA

No se tuvo en cuenta, las pruebas que determinan la fecha en que la DIAN reconoció oficialmente sobre la no ubicación de la maquinaria en la jurisdicción que señala la ley (Resolución 1928 de septiembre 24 de 2003) y la información que con carácter definitivo radicó el liquidador el 5 de septiembre de 2003, sobre no utilización de dicha maquinaria; ambas situaciones constitutivas de siniestro desde el año 2003.

Sí Honorables Magistrados. Se omite en la sentencia el hecho del incumplimiento del régimen aduanero por parte del afianzado, con ocasión de la no utilización de la maquinaria importada para los efectos por los cuales fue otorgada la exención arancelaria, argumento central de nuestra tesis de incumplimiento de obligación aduanera por parte de EMPRESA DE COMPOSTAJE DEL QUINDIO - EN LIQUIDACIÓN., y con ello la determinación del momento desde el cual la DIAN conoció y debió haber conocido de dicho incumplimiento.

Queda en todo caso demostrado en el proceso y refrendado a través de este escrito de apelación en el acápite denominado PRESCRIPCIÓN, que el incumplimiento por no ubicación de la maquinaria en el lugar de destino de la importación temporal así como por la no utilización de la misma en aquello por lo cual fue otorgada la exención arancelaria, fueron de total conocimiento de la DIAN desde ese mismo año 2003, REALIDAD JURÍDICA RESPECTO DE LA CUAL QUE EN LA SENTENCIA SE OMITE PRONUNCIAMIENTO ALGUNO.

TESIS DE LAS PARTES Y PROBLEMA JURÍDICO

A pesar de haberse incorporado en la sentencia el acápite del problema jurídico y de las tesis fundamentales de las partes de este proceso, base fundamental para la declaración de la prescripción que operó en el caso objeto de la litis, el ad quo omitió

una vez más, de manera contraria a derecho, pronunciarse sobre la esencia de la demanda y de la defensa.

Al momento de fallar, se abstuvo de analizar los argumentos esenciales que prueban los argumentos de la demanda, ya reiterados en este escrito, y el argumento básico de la defensa, ultimo según el cual la PRESCRIPCIÓN no puede contarse como lo propone el accionante, a partir de las certificaciones periódicas que debió enviar o envió COMPOSTAJE DEL QUINDIO a la DIAN, pues si la empresa no destinó ni ubicó los bienes de capital importador en los municipios que se mencionan en la norma, bien podía hacerlo en otro periodo de los tres años o incluso después de vencido el plazo.

Omitió el ad quo referencia alguna sobre el eje fundamental de defensa de la DIAN (el plazo de tres años y más que supuestamente tenía la DIAN para declarar el incumplimiento, dada la vigencia que por este tiempo tenía la póliza de seguro que aquí nos ocupa), Vs. La inminente declaratoria de incumplimiento que se derivaba desde el momento en que la DIAN tuvo conocimiento o ha debido tener conocimiento de la no utilización y/o ubicación de la maquinaria importada, desde el año 2003, a fin de no ver prescrita su acción.

Simplifica la decisión el ad quo a través de una sentencia en la que se refiere a uno de tantos momentos mencionados en la demanda para demostrar el conocimiento que ha debido tener la DIAN sobre la no utilización y ubicación de la maquinaria, en este caso, a través de un auto comisorio de la DIAN Cartagena que solicitaba dicha verificación a la DIAN Armenia, omitiendo sin embargo pronunciarse respecto del resto de argumentos que, debidamente probados en el proceso, sustentan los momentos y fechas en que la DIAN conoció y .debió tener conocimiento de la no utilización de la maquinaria.

Todo funcionario aduanero tiene la obligación legal de aplicar los efectos normativos en el momento en que conoce de un incumplimiento de las normas de aduanas.

No son de recibo argumentos justificativos de la OMISIÓN DE LA DIAN como el de "esperar para ver si el importador se recuperaba dentro de los tres años de vigencia de la póliza?" (Situación que no ocurriría jamás en el caso de la empresa de compostaje del Quindío que estaba ya en liquidación obligatoria y que con ocasión de la misma entregó la Maquina importada a Leasing Sudameris S.A. en su calidad de propietario de la misma); ni aquel que sustenta su OMISIÓN en el supuesto de que la DIAN tiene más del tiempo que señala el artículo 1081 del C.Cio para hacer efectiva una póliza de cumplimiento como la que aquí nos ocupa, en razón de que tenía que esperar esos tres años para ver si finalmente el importador había podido recuperarse económicamente. Un supuesto inaceptable dentro del marco legal de toda liquidación obligatoria.

Es sobre este argumento base de la defensa que, frente al argumento de la demanda según el cual es el año 2003 aquel en el que la DIAN CONOCIÓ Y DEBIÓ HABER CONOCIDO SOBRE LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO Y POR TANTO EL MOMENTO A PARTIR DEL CUAL SE CUENTAN LOS DOS AÑOS QUE TENIA ESA ENTIDAD PARA LA DECLARATORIA DEL INCUMPLIMIENTO, respecto del cual ha debido pronunciarse el Ad quo en la sentencia, fundamentando su decisión en el resultado de dicho análisis jurídico, pero no lo hizo.

Solo señala, sin análisis de lo integralmente probado en el proceso, que "Por lo anterior se permite concluir que la DIAN, tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la ocurrencia del siniestro, a partir del oficio de fecha 28 de julio de 2005 (en el cual el jefe de la División de servicio al Comercio Exterior de la DIAN le informa al jefe de la División de Liquidación Aduanera que no hay pruebas del incumplimiento), por lo que, desde el día siguiente debe comenzar a contarse el término de prescripción de dos años".

Todo lo ocurrido en el año 2003, debidamente sustentado y probado en el proceso, careció de importancia para el Ad quo, por lo que solicito respetuosamente al Honorable Tribunal declare contraria a derecho la sentencia apelada, reconociendo la operancia de la prescripción en los términos argumentados y sustentados en el

proceso por parte del demandante, con respaldo en las normas, jurisprudencia y conceptos que transcriben en la demanda y que el mismo demandado cita aunque buscando erróneamente a través de las mismas un respaldo a su omisión que no aplica.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto 7 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 23 de julio de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia a lo cual se procede previas las siguientes.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso.

La empresa Compostajes del Quindío procedió a la importación temporal a largo plazo de una mercancía, consistente en planta de aprovechamiento de residuos sólidos con su respectiva planta eléctrica y topadora, mercancía que iba con destino a la zona cobijada con la LEY 608 DE 2000, norma que beneficia a la zona afectada por el

fenómeno natural del sismo de enero 25 de 1999, ocurrido en el eje cafetero, y cuyos beneficios radicaban en exonerar la mercancía importada del pago de tributos, siempre y cuando la misma fuera para el aprovechamiento y utilización de la zona objeto del desastre natural.

La importadora tenía como obligación destinar el uso de la maquinaria importada para la zona afectada por el desastre, además debía el importador rendir un informe anual a la DIAN del uso de la misma, sin embargo la empresa importadora entró en proceso de liquidación y debido a ello se vio afectada su actividad empresarial y no pudo poner en funcionamiento la maquinaria importada, situación por la cual la DIAN procedió a declarar de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera.

La parte demandante solicita la nulidad de los actos administrativos que decretaron el incumplimiento, pues considera que en el caso bajo estudio se generó la prescripción de la acción sancionadora dirigida en contra de la póliza de seguro, pues a su juicio el acto administrativo que declare este tipo de incumplimientos debe ser expedido dentro de los dos años siguientes al momento en que la entidad haya conocido o debido tener conocimiento del hecho que da base a dicha acción, momento que no es otro que el correspondiente incumplimiento – siniestro, y el acto de incumplimiento fue expedido por fuera del término legal.

Argumenta el demandante que la DIAN conoció de la no utilización de la mercancía importada desde junio del año 2003, pues se le informó del proceso de liquidación obligatoria de la empresa importadora, y que la maquinaria nunca inició operaciones dada la situación de insolvencia financiera del importador, y que fue por la iliquidez económica del importador que no se utilizó la maquinaria.

La parte demandante alega también violación al debido proceso, al principio de economía, y a su oportunidad para pedir pruebas, pues no fue tomada en cuenta la liquidación obligatoria en la que se encontraba la sancionada, ni se tuvo en cuenta las comunicaciones que se le dieron a la DIAN de las razones por las cuales la

maquinaria nunca se puso en funcionamiento, no realizando la administración de aduanas, una correcta valoración de la prueba.

Por su parte la entidad demandada defiende la legalidad de los actos acusados, argumentando como primera medida que la acción sancionadora no se encontraba prescrita, pues a su juicio los dos años para su operancia no pueden contarse desde el momento que el importador dio aviso del no uso de la mercancía, pues la misma en algún momento dentro de los 3 años de la importación a largo plazo, pudo haber puesto en funcionamiento la maquinaria, por consiguiente los 2 años que tiene que correr para la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros, se debe contar desde el vencimiento de los 3 años de la importación a largo plazo.

Indica de igual forma la demandada que los actos acusados fueron expedidos con ajuste a la ley, y que los mismos no han vulnerado ningún derecho legal o constitucional a la sancionada.

La Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues indicó que la empresa Compostajes de Quindío, sí violó el régimen aduanero, en el sentido que las mercancías no fueron utilizadas en el lugar de destino, y no se cumplió con los requisitos legales correspondientes para librarse del pago de los gravámenes arancelarios correspondientes, por la importación temporal de una mercancía, que si bien fue importada en un territorio en el cual no debía pagar arancel de importación, dicha exoneración estaba supeditada a que la mercancía fuese utilizada dentro del territorio determinado, y el importador no la utilizó configurándose un presupuesto para declarar el incumplimiento.

Con relación a la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros alegada por la demandante como causal de nulidad, la juez de instancia no acoge este argumento de nulidad, pues sustenta que si bien el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro es de dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro, ello no limita a la administración a colocar sanciones administrativas con posterioridad a ese término, pues la administración cuenta con 2

años para declarar el siniestro desde el momento en que se tenga conocimiento del incumplimiento, y la póliza deberá responder si el siniestro se presenta dentro del término de su vigencia, por ello en el presente asunto a juicio del a quo no opera la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

La parte demandante insiste en su recurso de apelación en la ilegalidad de los actos acusados, haciendo énfasis en la operancia de la prescripción de la acción sancionadora sobre la póliza de seguros, puesto que si bien el incumplimiento si debe presentarse dentro de la vigencia de la póliza, como en efecto ocurrió, la declaratoria del mismo debió ser declarada por la DIAN dentro de los (2) años siguientes al momento en que esa entidad había tenido conocimiento del hecho que da base a la acción, y la DIAN declaró el incumplimiento pasados más de dos años de haber tenido conocimiento del incumplimiento.

De igual forma insiste el apelante en que la DIAN desconoció las razones por las cuales no se utilizó la mercancía importada, como lo fue el proceso de liquidación obligatoria de la empresa, proceso que fue debidamente informado a la DIAN, pero que esta no tuvo en cuenta al momento de declarar el incumplimiento.

3. Problemas jurídicos a resolver.

El problema jurídico principal se concreta en determinar si los actos administrativos por los cuales se declaró un incumplimiento a una obligación aduanera, y se ordena hacer efectiva una póliza de cumplimiento por la DIAN, se encuentran o no ajustados a derecho, estableciendo concretamente como primera medida si se encontraba configurada la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, por ser la empresa aseguradora la demandante dentro del presente proceso contencioso administrativo, y como segunda medida determinar si el hecho de haber incurrido la sociedad importadora en proceso de liquidación obligatoria, la exonera de la cancelación del pago de arancel, y por ende no hay lugar a declarar el incumplimiento de la obligación aduanera. En todo momento en la resolución del problema jurídico, la

Sala hará control de legalidad de los actos acusados, estableciendo de igual forma si existió violación a la ley o a la constitución.

4. Normatividad aplicable al caso.

En el presente asunto la mercancía importada ingresó al país con la modalidad de importación temporal a largo plazo (por tres años), teniendo como beneficio el no pago de arancel durante su permanencia en el territorio nacional, siempre y cuando se cumplieran unas condiciones legales, que supeditaban el beneficio arancelario del no pago de impuestos de importación, por el hecho de haber ingresado la mercancía a un territorio en el cual se había presentado una catástrofe natural (terremoto) y se crearon unos incentivos tributarios para el desarrollo de la industria, por consiguiente se traerá a colación la normatividad en la que se desarrolló el proceso de importación, y en la cual se fundamentó la declaración del incumplimiento.

El congreso de la República mediante LEY 608 DE 2000; por la cual se modifican y adicionan los Decretos 258 y 350 de 1999, proferidos en desarrollo de la emergencia económica declarada mediante el Decreto número 195 de 1999, y se dictan otras disposiciones, es la norma que regula la exención arancelaria indicando lo siguiente:

**ARTICULO 1o. Zona afectada. Determinase como zona afectada por el fenómeno natural del sismo de enero 25 de 1999, la jurisdicción territorial de los siguientes municipios:*

Departamento del Quindío: Armenia, Buenavista, Calarcá, Circasia, Córdoba, Filandia, La Tebaida, Montenegro, Pijao, Génova, Salento y Quimbaya.

Departamento de Caldas: Chinchiná.

Departamento de Risaralda: Pereira, Dosquebradas, Santa Rosa de Cabal y Marsella.

Departamento de Tolima: Cajamarca y Roncesvalles.

Departamento del Valle del Cauca: Alcalá, Caicedonia, Obando, Ulloa, Sevilla, La Victoria, Argelia, Bolívar y Barragán, corregimiento de Tuluá, dentro de los límites que ese corregimiento tenía el 25 de enero de 1999.

(...)

ARTICULO 13. FRANQUICIA ARANCELARIA. *Previo el cumplimiento de lo señalado en los tratados internacionales, se aplicará una franquicia arancelaria a los bienes de capital no producidos en Colombia, importados por las personas ubicadas en los municipios señalados en los Decretos 195 y 223 de 1999 en los doce (12) meses siguientes contados a partir de la fecha de su instalación, siempre y cuando los bienes importados se destinen exclusivamente a ser utilizados en su actividad productora de renta dentro de la jurisdicción territorial de dichos municipios, durante el periodo de depreciación del bien, en la forma que señale el reglamento.*

Esta franquicia sólo aplicará respecto de importaciones que se realicen hasta el 31 de diciembre del año 2005.

PARAGRAFO. *El Ministerio de Comercio Exterior elaborará un listado de bienes de capital no producidos en Colombia, en la forma que señale el reglamento.*

(...)

ARTICULO 15. CONTROL A LA UTILIZACION DE LOS INCENTIVOS TRIBUTARIOS. *Las empresas de que trata el artículo 2o y 4o de la presente ley, que utilicen los incentivos tributarios a que ésta se refiere, deberán continuar ejerciendo sus actividades económicas en la zona por lo menos durante un tiempo igual al que disfrutaron de los incentivos invocados y utilizados."*

Por su parte el Gobierno Nacional mediante DECRETO 1113 DE 2001, reglamentó los artículos, 12, 13 y 14 de la Ley 608 de 2000, relativos a la devolución del impuesto sobre las ventas pagado por la adquisición e importación de los bienes de capital destinados a la zona afectada por el terremoto en el Eje Cafetero, la franquicia arancelaria otorgada por la importación de tales bienes y los requisitos exigidos para acceder a los beneficios, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

"ARTÍCULO 1o. Modalidad de la importación de los bienes de capital. Los bienes de capital que se importen hasta el 31 de diciembre del año 2005 con la exención de gravamen arancelario y dentro del término consagrado en el artículo 13 de la Ley 608 de 2000, deberán declararse por la modalidad de importación con franquicia, prevista por el artículo 135 del Decreto 2685 de 1999 o mediante las modalidades de importación temporal a largo plazo o importación temporal de mercancías en arrendamiento, previstas en el literal b) del artículo 143 y artículo 153 respectivamente, del mismo decreto y demás normas que las regulan.

En todo caso, el importador será el responsable directo del gravamen arancelario exonerado, por el incumplimiento de las obligaciones aduaneras y las sanciones a que hubiere lugar.

PARÁGRAFO. Cuando medie un contrato de Leasing, el beneficio previsto en el presente decreto sólo procederá cuando se trate de contrato de Leasing internacional.

ARTÍCULO 2o. DESTINACIÓN Y UBICACIÓN DE LOS BIENES DE CAPITAL. Los bienes de capital importados al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 608 de 2000 deben ubicarse y destinarse exclusivamente como activo fijo de la actividad productora de renta de la persona natural o jurídica importadora, dentro de la jurisdicción territorial de los municipios señalados en el artículo 1o. de la citada ley y durante el

término de depreciación, el cual no podrá ser inferior al establecido en los artículos 2o. y 6o. del Decreto 3019 de 1989.

PARÁGRAFO 1o. Los bienes de capital importados al amparo de la exención contemplada en el artículo 13 de la Ley 608 de 2000, no podrán ser objeto de enajenación antes de transcurrir el término de depreciación del bien, ni podrán ser trasladados fuera de la zona afectada por el terremoto dentro de mismo término, so pena de perder el beneficio correspondiente, salvo en los casos previstos en el artículo 149 del Decreto 2685 de 1999.

Lo dispuesto en el artículo 141 del Decreto 2685 de 1999 será aplicable, salvo en lo relacionado a la libre disposición, a las importaciones de bienes de capital bajo la modalidad de franquicia, de que trata este decreto.

PARÁGRAFO 2o. El impuesto sobre las ventas pagado en la adquisición o importación de bienes de capital no hará parte del costo para efectos de la depreciación de los bienes adquiridos o importados.

ARTÍCULO 3o. INSTALACIÓN DE LAS PERSONAS CON BENEFICIO DEL GRAVAMEN ARANCELARIO. Para efectos de la exención del gravamen arancelario prevista en el artículo 13 de la Ley 608 de 2000 y, conforme con lo previsto en el artículo 6o. de la misma ley, **se entienden instaladas las personas ubicadas en los municipios señalados en los Decretos 195 y 223 de 1999, a partir del momento en que se inscriban en la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales o en la Administración de Aduanas Nacionales, con jurisdicción en el lugar donde se utilizarán los bienes, previa presentación de un memorial en el que se manifieste la intención de acogerse al beneficio.**

Los requisitos de la inscripción de los sujetos de que trata el inciso anterior son los previstos en el artículo 6o. de la Ley 608 de 2000 y el contenido e

información que se requerirá en el memorial, serán determinados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante resolución de carácter general.

(...)

ARTÍCULO 7o. CONTROL POSTERIOR. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y control, verificará periódicamente que los bienes de capital importados al amparo del artículo 13 de la Ley 608 de 2000, efectivamente se utilizan por el importador, en el lugar de ubicación donde previamente se hubiere informado a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales o Administración de Aduanas Nacionales competente.

Igualmente, la DIAN verificará que el seguro contra terremoto o su renovación, exigido para acceder a los beneficios contemplados en los artículos 12 y 13 de la Ley 608 de 2000, se encuentre vigente.

El importador quedará obligado a informar a la Administración de Impuestos y Aduanas o Administración de Aduanas Nacionales correspondiente, cualquier cambio de ubicación del bien dentro o fuera de los municipios señalados en el artículo 1o. de la Ley 608 de 2000.

Así mismo, anualmente deberá remitir una certificación suscrita por el revisor fiscal o contador público cuando sea del caso, en la que conste que el bien de capital está siendo utilizado en la actividad productora de renta del importador, en la jurisdicción territorial de la zona afectada por el terremoto, conforme lo prevé el artículo 13 de la Ley 608 de 2000.

PARÁGRAFO. Las personas naturales o jurídicas que hayan importado bienes de capital al amparo del Decreto 350 de 1999 podrán remitir anualmente la

certificación de que trata el inciso final del artículo 8o. del Decreto 1397 de 1999.”

Por su parte el estatuto tributario contenido en el Decreto 2685 de 1999, definió el término de importación de mercancías a largo plazo

“ARTICULO 142. IMPORTACIÓN TEMPORAL PARA REEXPORTACIÓN EN EL MISMO ESTADO.

Es la importación al territorio aduanero nacional, con suspensión de tributos aduaneros, de determinadas mercancías destinadas a la reexportación en un plazo señalado, sin haber experimentado modificación alguna, con excepción de la depreciación normal originada en el uso que de ellas se haga, y con base en la cual su disposición quedará restringida.

No podrán importarse bajo esta modalidad mercancías fungibles, ni aquellas que no puedan ser plenamente identificadas.

<Inciso adicionado por el artículo 18 del Decreto 2557 de 2007. El nuevo texto es el siguiente.> Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior, los equipos, aparatos y materiales, necesarios para la producción y realización cinematográfica, así como los accesorios fungibles de que trata el artículo 51 del Decreto 358 de 2000 o de las normas que lo modifiquen o adicionen, cuando cuenten con la autorización del Ministerio de Cultura.

ARTICULO 143. CLASES DE IMPORTACIÓN TEMPORAL PARA REEXPORTACIÓN EN EL MISMO ESTADO. *Las importaciones temporales para reexportación en el mismo estado podrán ser:*

a) De corto plazo, cuando la mercancía se importa para atender una finalidad específica que determine su corta permanencia en el país. El plazo máximo de la importación será de seis (6) meses contados a partir del levante de la mercancía, prorrogables por la autoridad aduanera por tres (3) meses más o,

b) De largo plazo, cuando se trate de bienes de capital, sus piezas y accesorios necesarios para su normal funcionamiento, que vengan en el mismo embarque. El plazo máximo de esta importación será de cinco (5) años contados a partir del levante de la mercancía.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinará, conforme a los parámetros señalados en este artículo, las mercancías que podrán ser objeto de importación temporal de corto o de largo plazo.

PARAGRAFO. En casos especiales, la autoridad aduanera podrá conceder un plazo mayor a los máximos señalados en este artículo, cuando el fin al cual se destine la mercancía importada así lo requiera; de igual manera, podrá permitir la importación temporal a largo plazo de accesorios, partes y repuestos que no vengan en el mismo embarque, para bienes de capital importados temporalmente, siempre y cuando se importen dentro del plazo de importación del bien de capital.

En estos eventos, con anterioridad a la presentación de la Declaración de Importación, deberá obtenerse la autorización correspondiente.

(...)

ARTICULO 145. DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN TEMPORAL DE LARGO PLAZO.

En la Declaración de Importación temporal de largo plazo se liquidarán los tributos aduaneros en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica a las tarifas vigentes en la fecha de su presentación y aceptación y se señalará el término de permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional.

Los tributos aduaneros así liquidados se distribuirán en cuotas semestrales iguales por el término de permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional. Las cuotas se pagarán por semestres vencidos, para lo cual se convertirán a pesos colombianos a la tasa de cambio vigente, para efectos aduaneros en el momento de su pago.

ARTICULO 146. PAGO DE LAS CUOTAS CORRESPONDIENTES A LOS TRIBUTOS ADUANEROS. <Artículo modificado por el artículo 5 del Decreto 4136 de 2004. El nuevo texto es el siguiente:> El pago de las cuotas correspondientes a los tributos aduaneros deberá efectuarse en los términos señalados en este decreto, en los bancos o demás entidades financieras autorizadas para recaudar por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Si el pago no se realiza oportunamente, el interesado deberá cancelar la cuota atrasada liquidándose los intereses moratorios de que trata el artículo 543 de este decreto.

Los bienes deberán ser utilizados o destinados al fin para el cual fueron importados.”

5. Conclusiones del caso.

5.1 De la prescripción alegada.

Es preciso dejar claro que la parte demandante dentro del presente asunto es la empresa aseguradora Seguros Bolívar S.A., sociedad que si bien no fue la importadora de la mercancía por la cual se declaró el incumplimiento, fue la que entró a responder dentro del caso tratado por el valor asegurado.

La demandante dentro de sus argumentos de nulidad alegó la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, y por consiguiente a su juicio no había lugar a declarar el siniestro y hacer efectiva la póliza de seguro, pues se evidencia que la DIAN tuvo conocimiento del incumplimiento en junio del año 2003, y el acto administrativo que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la garantía, es de marzo de 2006, cuando a juicio del demandante ya se había configurado el término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro a la luz del artículo 1081 del Código de Comercio, el cual establece concretamente lo siguiente:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

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

Al analizar la Sala la norma arriba transcrita, se encuentra que efectivamente para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, el interesado cuenta con un término de (2) años los cuales se empiezan a contar desde el momento en que se hubiese presentado el siniestro, o desde el momento que el interesado hubiese tenido conocimiento del siniestro.

En el caso bajo estudio, el siniestro consistió en el incumplimiento del importador de poner en funcionamiento la maquinaria importada en el territorio con beneficio arancelario, siniestro que a juicio de esta Sala no se puede presentar en un solo momento, en razón a que la maquinaria ingresó al país con una importación temporal a largo plazo por el término de (3) años, periodo durante el cual el importador no hizo uso de la misma, por consiguiente se puede concluir que el siniestro tuvo ocurrencia durante los tres (3) años, no siendo adecuado encasillar el incumplimiento desde el momento en que el importador debió rendir su primer informe de cumplimiento, o desde el momento que la DIAN tuvo el primer conocimiento del no uso de la maquinaria por parte del importador, pues este es un siniestro con características especiales, ya que el mismo se presentó durante los tres años de la importación a largo plazo, dado que en ningún momento el importador dio el uso correspondiente a la maquinaria, no pudiendo limitarse el incumplimiento al primer momento en que el importador no puso en funcionamiento la maquinaria, por cuanto ha podido suceder que en algún momento no haya utilizado la mercancía, y en otro momento posterior sí, situación que no ocurrió en el caso tratado, pero que ayuda a esclarecer por qué la no utilización de la maquinaria; no debe entenderse como un incumplimiento instantáneo, sino como un incumplimiento que se desarrolló por un periodo de tres años.

Al analizar el material probatorio, encuentra la Sala que el primer levante otorgado fue del 20 de marzo del año 2002 (folio 33 del cuaderno de pruebas), y que la declaración

de incumplimiento fue del 16 de marzo de 2006 (Folio 75 a 84 del cuaderno principal), de donde se puede deducir que el término de los tres años de la importación temporal se cumplieron en el año 2005, contando desde ese momento a juicio esta Sala la DIAN con un término de dos años para hacer efectiva la póliza de cumplimiento, pues como ya se explicó el incumplimiento fue prolongado por el término de los tres años.

Por otra parte se tiene que la póliza de seguro expedida por la Compañía Seguros Bolívar No. 1001-1050958-01, por valor de (\$75.932.974.00), contaba con una vigencia desde el 13 de marzo de 2002, hasta el 13 de marzo de 2005, por consiguiente si el siniestro del riesgo asegurado ocurrió durante este periodo (como en efecto ocurrió en el caso tratado), la administración contaba desde ese momento con dos años para declarar el incumplimiento y hacer efectiva la póliza de seguro, es decir que la DIAN tenía hasta el 13 de marzo de 2007, para declarar el correspondiente incumplimiento e iniciar las acciones de cobro de la póliza respectiva.

En el presente caso la declaración del incumplimiento se dio el 16 de marzo de 2006, es decir dentro de los dos años con los que contaba la administración para hacer efectiva la póliza de cumplimiento por la configuración del siniestro, por consiguiente no operó el fenómeno jurídico de la prescripción, no siendo entonces procedente declarar la nulidad de los actos acusados por este argumento de nulidad, no pudiendo esta Sala aceptar por ninguna circunstancia la configuración de prescripción alguna dentro del presente proceso.

La anterior tesis planteada por esta Sala de decisión tiene sustento jurisprudencial en la sentencia del Honorable Consejo de Estado SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN CUARTA, Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS del Veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011), Radicación: 76001 23 31 000 2004 05566 01 – 17518, Demandante: COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S. A – CONFIANZA, Demandado: U.A.E. DIAN, en donde expresamente se dijo lo siguiente:

"De manera que, en vigencia del Decreto 1909 de 1992, como en vigencia del Decreto 2685 de 1999, el objeto de la garantía era responder tanto por el pago de una cuota como por el pago de todas las cuotas de tributos aduaneros y, además, por la finalización del régimen. Y si el pago de los tributos aduaneros y la finalización del régimen estaban supeditados a condiciones de plazo, lo propio es interpretar que el incumplimiento de la obligación puede ser parcial como puede ser total, pero, por lo mismo, el siniestro, para efectos de la efectividad de las garantías, puede ser parcial o total, y puede ser declarado por la DIAN inmediatamente se percate del mismo o una vez se cumplan los plazos máximos establecidos para el cumplimiento de las mentadas obligaciones. Con mayor razón si a los importadores se les exige que las pólizas amparen el riesgo asegurado, como un todo, por el término que dure el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado y no como si el riesgo fuera parcializado, por el incumplimiento de obligaciones autónomas, cuando no lo son, y por los plazos individualmente considerados para cubrir el no pago de cada cuota de tributos aduaneros y del plazo de permanencia de la mercancía en el País. Si así lo hubiera querido el legislador, habría exigido una póliza por cada riesgo individualmente considerado, pero exigió una única garantía para cubrir todas las obligaciones inherentes al régimen de importación temporal declarado en cada declaración de importación de las que se derivan las obligaciones garantizadas como un todo.

(...)

En efecto, aunque esas fechas dan cuenta del momento en que se vencieron los plazos para el pago de las primeras cuotas de tributos aduaneros; como lo anotó la Sala anteriormente, dado que el régimen de importación temporal a largo plazo de mercancías en arrendamiento comprende una serie de obligaciones, entre esas, la obligación tributaria cuyo cumplimiento se supedita a la verificación de una serie de hechos atados al mismo contrato de leasing y a los plazos que la misma legislación ha previsto para que se cumpla la misma, lo pertinente es interpretar que esa obligación es compleja y que, por lo mismo, la verificación de su cumplimiento puede surtirse durante y hasta el vencimiento del plazo máximo que se otorga para el pago de los tributos aduaneros."

Lo anterior ratifica la tesis planteada por esta Sala, consistente en concluir que el incumplimiento de la exoneración de tributos en un régimen de importación a largo plazo, se puede declarar de forma parcial durante el desarrollo del régimen o de forma total a su culminación, no siendo factible aceptar la tesis de la parte demandante consistente en afirmar que el incumplimiento debió ser declarado desde el primer momento en que la DIAN tuvo conocimiento de la falta de uso de la mercancía, por consiguiente se ratifica esta Sala en concluir que no operó el fenómeno jurídico de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

5.2 De la violación a la Constitución y a la ley.

Argumenta la demandante tanto en la demanda como en su recurso de apelación, que se le vulneró su derecho Constitucional al debido proceso, al no realizarse una adecuada valoración al material probatorio aportado al expediente, pues afirma que la DIAN tuvo en todo momento conocimiento de la no utilización de la maquinaria importada, por el hecho de haber entrado el importador en proceso de liquidación obligatoria, y que debido a la grave situación económica que se encontraba atravesando la empresa no fue posible poner en funcionamiento la maquinaria.

Si bien en el expediente se encuentra demostrado que efectivamente el importador entró en liquidación obligatoria, ello no se constituye a juicio de esta Sala en causal eximente de responsabilidad del cumplimiento de una obligación aduanera, pues como se ha venido estudiando, la exoneración al pago de tributos estaba supeditada a que la mercancía importada se colocara al servicio de la región en la cual se importó, no siendo factible su archivo o inoperancia a pesar del proceso liquidatorio que afrontó el importador, pues este último al percatarse de la imposibilidad de colocar en operación la maquinaria importada, debió proceder a su reexportación o devolución al exterior, y no debió dejar que pasara el tiempo sin colocarla en funcionamiento.

A juicio de esta Sala los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho, pues en el presente asunto al no colocar el importador en funcionamiento la mercancía importada, daba lugar a declarar el incumplimiento de la obligación

aduanera y hacer efectiva la respectiva póliza de cumplimiento, efectividad de la póliza que fue realizada dentro del término legal para ello, sin que existiera violación alguna de la constitución o la ley por parte de la DIAM.

En conclusión esta Sala no encuentra los argumentos necesarios para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, por ello se procederá a la confirmación de la sentencia apelada por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

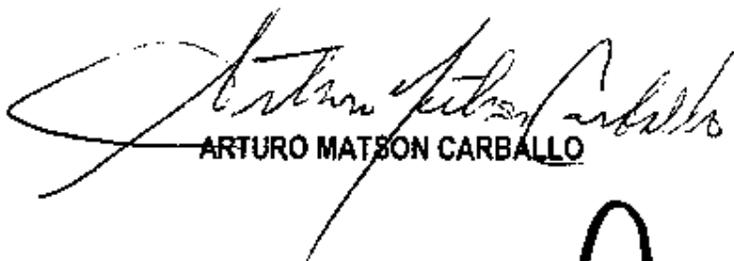
PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha veintiséis (26) de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

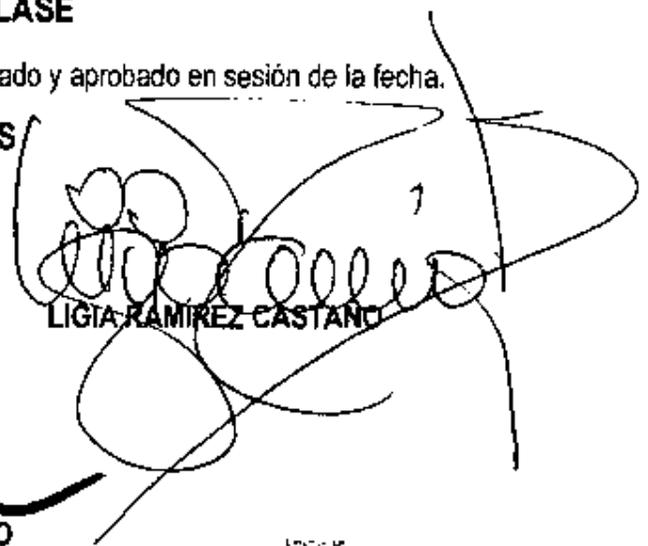
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO


JORGE ANTONIO GALLO



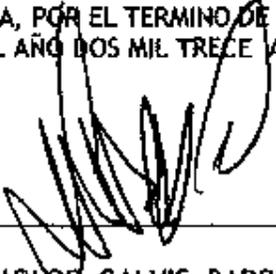
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1341
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ
DEMANDADO	: NACION-RAMA JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2011-00458-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 30712013

Tema: Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia – responsabilidad por la actividad de auxiliar de la justicia al no devolver al ejecutado los bienes embargados y secuestrados.

Cartagena de Indias, D. T. y C., Seis (6) de Noviembre de dos mil trece (2013).

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 23 31 004 2011 00458 00

II. PARTES

Demandante: SHIRLY SIERRA VIUDA DE GONZALEZ

Demandado: LA NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolivar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera

instancia dentro del proceso promovido por la señora SHIRLY SIERRA VIUDA DE GONZALEZ quien a través de apoderado judicial interpuso acción de reparación directa contra LA NACION-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA con el fin de que se le declare administrativa y extracontractualmente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales como consecuencia del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

1. *Cursa en el juzgado octavo civil municipal de Cartagena una demanda ejecutiva singular, instaurada por Janeth Sierra de Florez en contra del señor JORGE STALIM DE LA CRUZ, expediente N° 23.144, proceso en el que se ordenó el embargo y secuestro previo de los bienes muebles y enseres de la parte demandada, y que por error cometido en la diligencia de secuestro fueron secuestrados bienes de quien no eran del demandado (sic) en el proceso ejecutivo, sino de la hoy demandante SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ.*
2. *La orden de embargo y secuestro fue cumplida mediante diligencia efectuada el 11 de julio de 2003, por el Inspector de policía de la Comuna 12, de esta ciudad, y como secuestro actuó el auxiliar de la justicia NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON, de dicha diligencia resultaron secuestrados bienes muebles que no eran de propiedad del demandado. Bienes relacionados en el acta de fecha 11 de julio de 2003, que a continuación detallo:*
 - Televisor
 - Nevera Phillip de 10 pies
 - Comedor
 - Amplificación de sonido
 - Tuner y asumi

- Minicomponente Sony
- Dos baffles parlantes de 12 pulgadas, con cornetas y tuiter N° 16
- Dos mecedoras tapizadas
- Un juego de sala tubular tapizado

3. Como consecuencia de lo anterior, se instauró incidente de tercero por la señora **SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ**, por ser la propietaria de los bienes secuestrados, en procura del desembargo y entrega de los mismos, bienes que no eran del demandado en el proceso ejecutivo. Dicho incidente fue fallado a favor del tercero, en este caso mi poderdante, ordenándose el desembargo de los bienes y entrega de los mismos a su propietaria, tal como consta en la providencia de fecha 7 de septiembre de 2005, la cual reposa en el expediente del proceso ejecutivo en mención.

4. Mediante oficio N° 1659 de 29 de septiembre de 2005 y 1370 del 6/06/2008, se notificó al secuestre **NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON**, la ordena de desembargo y que por lo tanto debía hacer entrega de los bienes secuestrados a la incidentalista **SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ**. El secuestre hizo caso omiso a la orden impartida por el juzgado y no se presentó al Despacho a rendir alguna explicación, con posterioridad se le han hecho requerimientos, y aun en la actualidad no habido entrega de los bienes secuestrados. Aunado a lo anterior contra el secuestre **NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON**, cursa una denuncia penal por peculado por apropiación e incidente de sanción, sin embargo no habido poder que haya permitido la devolución de los bienes o su compensación económica.

5. Siendo el señor **NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON**, auxiliar de la justicia, nombrado por el Juzgado Octavo Civil Municipal, debe responder el Estado - **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-RAMA JUDICIAL**, por la pérdida de los bienes



retenidos mediante diligencia de secuestro, cuyo valor deberá calcularse de acuerdo a las facturas que acompañan la demanda aplicándoles al monto de la compra la correspondiente actualización, ya que el valor de los bienes debe ser indexado desde la fecha de compra hasta la fecha de la sentencia, y los demás perjuicios ocasionados a la señora SHIRLY SIERRA SOLANO, ya que han transcurrido más de cinco años de dicha orden de entrega de los bienes, requerimientos y tramites de incidente de sanción sin que a la fecha el juzgado haya logrado que el secuestre nombrado en el proceso ejecutivo devuelva los bienes desembargados y mucho menos la justicia penal, en la cual cursa un proceso por peculado por apropiación. Es importante tener en cuenta que el valor que costaron los bienes embargados a la fecha de compra no corresponden a lo que costaría a la fecha de la sentencia, por lo cual estimamos que a la fecha los bienes retenidos tienen un costo de \$8.000.000.

6. Que a mi poderdante se le ha causado un perjuicio a título de daño emergente y lucro cesante, el primero por todo los objetos que fueron retenidos mediante diligencia de secuestro, y el segundo perjuicio porque mi poderdante a través de su hijo mayor JORGE DE LA CRUZ SIERRA, alquilaba el equipo de sonido para eventos por lo menos dos veces al mes, lo cual le arrojaba ingresos mensuales de CUATROCIENTOS MIL PESOS MCT, (\$400.000), sumas dejadas de recibir y que representa un lucro cesante. Lo anterior, generó una profunda depresión en la señora SHIRLY SIERRA, al verse privada de su única fuente de ingreso, al ver su casa vacía y no poder disfrutar de los electrodomésticos necesarios en cualquier vivienda, como nevera, televisor, juego de sala, mecedoras, bienes que ella esperaba recibir ansiosamente después de terminado el incidente dentro del proceso ejecutivo; sin embargo, dicho bienes nunca le fueron restituidos por el manejo irregular por parte del auxiliar de la justicia nombrado por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena y por lo negligente que ha sido el despacho judicial al no resolver de fondo la situación del tercero que tiene derecho a la devolución de los bienes retenidos mediante embargo.

7. Durante el proceso civil, mi poderdante ha cancelado la suma de \$1.500.000, por concepto de honorarios a los profesionales ZORAIDA LIZCANO ESPINOZA y ANGELICA OSPINA GAVIRIA, sumas que debe asumir el demandado a título de daño emergente.

B- PRETENSIONES

Las principales son:

“1. Que se declare que **LA NACION COLOMBIANA – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – RAMA JUDICIAL**, es responsable de los perjuicios materiales y morales ocasionados por **EL JUZGADO 8° CIVIL MUNICIPAL DE CARTAGENA** al demandante, por el hecho de administrar justicia por defectuoso funcionamiento de administración de justicia, ya que al resolver el incidente de desembargo dentro del proceso de la referencia no ha devuelto los bienes retenidos en virtud de diligencia de embargo de bienes.

2. Que como consecuencia se condene a la demandada, **NACION COLOMBIANA – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA** – a reconocer y pagar al demandante el valor de los perjuicios causados, así:

- **PERJUICIOS MATERIALES:** Para el demandante **SHIRLY SIERRA SOLANO**.

En la modalidad de **DAÑO EMERGENTE:** que se liquidará conforme a las sumas que se llegaren a probar en juicio y en todo caso desde el momento del decreto de la medida cautelar que injustamente sacó del comercio y su tenencia el bien de su propiedad, daño cuantificado así:

- La suma de ocho millones de pesos por concepto de valor correspondiente al precio de los bienes muebles a la fecha de la demanda, tal como se probará con las pruebas que se aporten en el curso del proceso. Sin perjuicio de las sumas que resulten reconocidas en el proceso de la referencia.
- La suma de un millón quinientos mil pesos que tuvo que cancelar por concepto de honorarios tendientes a recuperar los bienes secuestrados.
- **LUCRO CESANTE:** La suma de TREINTA Y OCHO MILLONES DE PESOS, por concepto de las sumas de dineros dejadas de recibir por concepto de alquileres (sic) de los equipos secuestrados en el proceso ejecutivo, según hechos de la demanda.
- **PERJUICIOS MORALES:** El equivalente en pesos Colombianos a cien Salarios Mínimos Legales Mensuales vigentes para el demandante, **SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ**, que se afectó emocionalmente como consecuencia de perder los bienes muebles que con tanto esfuerzo pudo tener y que significaban algunos ingresos para sustento.
- Ruego que al actualizar las sumas reconocidas en especial la pretensión de daño emergente, se tenga en cuenta que el costo de los bienes al momento de su compra, debe ser actualizado a la fecha de la sentencia, ya que es evidente que con las sumas que se adquirieron los bienes en sus respectivas épocas no se podrían adquirir a la fecha de la sentencia, salvo que el juzgado acoja la teoría de que los bienes serán cancelados según los precios del mercado según cotización de productos iguales o similares a los embargados. Lo anterior sin perjuicio de las demás actualizaciones a que haya lugar y de conformidad con la ley."

V. CONTESTACION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El apoderado de la entidad demandada LA NACION-RAMA JUDICIAL, contestó la demanda y adujo como razones de su defensa el artículo 65 de la ley 270 de 1996, que versa sobre la Responsabilidad del Estado, como sigue:

Artículo 65. De la Responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

No aparece en el expediente la demostración objetivada de los daños antijurídicos que le sean imputables a la demandada.

A su vez el artículo 69 de la precitada ley, reza:

Artículo 69. Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación.

Se vuelve a recalcar, no existe prueba alguna aportada por el demandante que demuestre que se ha producido un daño antijurídico, luego no puede hablarse de resarcimiento de unos perjuicios inexistentes.

Por otro lado expresa que la Constitución impone los principios del debido proceso no solo a las actuaciones de la Rama judicial, sino a todas las realizadas por las autoridades para el cumplimiento de los cometidos estatales, la prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Este derecho es de aplicación inmediata conforme a lo dispuesto por el artículo 85 de la Carta, vinculada a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal que pretende dentro de sus fines proteger a los individuos en su dignidad, personalidad y desarrollo frente a eventuales arbitrariedades amparadas en el ejercicio del poder.

Lo anterior permite que quien se siente amenazado o vulnerado por algún acto y omisión de la autoridad o de los sujetos de la relación procesal, pueda invocar y hacer efectivos los derechos que implícitamente hacen parte del debido proceso.

Como excepciones de fondo, propone la excepción de caducidad y la de falta de causa para demandar.

Respecto de la primera de ellas señala: "(...) Es de esta forma, que queda de presente, que el término para iniciar o interponer la acción de reparación directa, en el caso en estudio, es de dos años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que puso fin al incidente de desembargo, ordenando la devolución de los bienes de propiedad de la señora Shirley Sierra, por demostrar que los bienes eran de su propiedad y no del demandado dentro del proceso ejecutivo. Esta providencia fue proferida el 7 de septiembre de 2005.

En este orden de ideas, encontramos que la demanda de reparación directa que hoy nos ocupa, fue instaurada el día 01 de julio de 2011, por fuera del término legal para impetrar la acción, lo cual puede constatarse con el sello de la oficina judicial, plasmado en la demanda.

De igual forma, ponemos de presente hasta la solicitud de conciliación presentada por la accionante fue realizada por fuera del término de caducidad de la acción de reparación directa, pues tal y como consta en el certificado expedido por la Procuraduría 22 judicial II para asuntos administrativos ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, dicha solicitud fue radicada en esa entidad el 18 de diciembre de 2009.

No está de más aclarar que el derecho de la señora Sierra de González, nada tiene que ver con la terminación o ejecutoria de la sentencia que deba proferirse dentro del proceso ejecutivo en el que se le embargaron sus bienes, pues ella no es parte dentro del mismo, pues su intervención se limitó al ejercicio de su derecho como tercero incidental: por lo cual una vez terminado el incidente de desembargo, dejó de ser parte dentro del proceso, ya que carece de interés en las resultas del mismo."

La segunda, esto es, Falta de causa para demandar, señaló: "La falta de causa para demandar, se ve reflejada claramente en el hecho de que el supuesto fáctico que da origen a la presente demanda es la pérdida de un expediente en el Juzgado Sexto Civil Municipal, expediente que ya fue reconstruido de conformidad a lo dispuesto en el artículo 133 del Código de Procedimiento Civil, volviendo el proceso a su estado original y la normalidad procesal; garantizándole a los interesados la protección de sus derechos, y la colocación de ellas en el estado en el que se encontraban con anterioridad a la pérdida de dicho expediente."

En consecuencia, ante la inexistencia de falla en el servicio de la administración de justicia, porque la actuación del funcionario judicial que intervino, hubiere afectado los intereses del demandante SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, no puede calificarse de ser contraria a la ley, por lo que procede solicitar a esa Honorable Corporación, se denieguen cada una de las pretensiones de la demanda y se absuelva de todo cargo a la entidad que represento.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante esta Corporación, emitió concepto sobre el asunto de la referencia en los siguientes términos:



**Encuentra esta Agencia del Ministerio Público que la accionante ha soportado e inclusive sigue soportando, una carga que no tenía el deber jurídico de soportar, como es el de privarse de los bienes y enseres de su hogar.*

El asunto de marras encuadra dentro del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, teniendo en cuenta que se trata de perjuicios ocasionados en virtud de la omisión en la que ha incurrido el auxiliar de la justicia, al no entregar a la propietaria los bienes objeto de la medida cautelar.

Ahora bien, los muebles secuestrados no han sido devueltos a la accionante, es decir, no ha cesado el hecho causante del daño, cual es la omisión del secuestro en entregar los bienes.

Como consecuencia de lo anterior, mal podría hablarse de caducidad de la acción como expresa la apoderada de la entidad accionada, pues sabido es que el término de dos años para impetrar la Acción de Reparación Directa no es absoluto, por cuanto existen excepciones que permiten que se amplíe el referido término, como es el caso de marras, en el que aún no ha cesado como se dijo anteriormente el hecho causante del daño.

Por último y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso con las cuales encontramos demostrado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, traducido en el secuestro sobre bienes pertenecientes a persona diferente a los demandados dentro del proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado 8° Civil Municipal de Cartagena y a la actuación del secuestro que la encontramos por fuera de la ley, que hasta la fecha ha omitido realizar la entrega de los muebles. No obstante lo anterior, el cuanto (sic) al lucro cesante no obran dentro del expediente prueba alguna que nos permitan inferir que el equipo de sonido era utilizado para alquilarlo y obtener así sus ganancias, razón por la cual solicito respetuosamente sea desestimada dicha indemnización en la modalidad de lucro cesante."

VIII. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 31 de agosto de 2011 – visible a folio 107.
- Por Auto calendarado el 06 de agosto de 2012 se abrió a pruebas.
- Mediante auto del 14 de junio de 2013, se ordenó el cierre del periodo probatorio y se corrió traslado para alegatos.
- Ingresó al despacho para dictar sentencia de primera instancia.

IX.- ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante

En el término dado por esta judicatura para alegar de conclusión la parte actora presentó sus alegatos de conclusión, confirmándose en lo dicho en el escrito de demanda y adicionalmente adujo:

(...) Hasta la fecha de la presente el Juzgado Octavo Civil Municipal, tal como consta en las pruebas trasladadas no ha tomado las medidas necesarias para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de la demora por la entrega de los bienes muebles; el incidentista en el proceso ejecutivo la señora SHIRLEY SIERRA, hoy demandante dentro de la demanda de la referencia, ha sido perjudicada por la actitud proclive del Juzgado Octavo Civil Municipal, quien omite darle cumplimiento al artículo antes mencionado, como si se tratara de letra muerta. No se puede desconocer que el legislador previó un mecanismo que le permite al perjudicado con la actitud omisiva del secuestre, obtener un resarcimiento por los perjuicios que se le ocasionan por la mora en la entrega, y tal trámite es distinto al incidente de sanción en contra del secuestre, incidente que igualmente se ventila en el proceso ejecutivo.

Es importante no perder de vista que el secuestre no solo debe cumplir con la



obligación de entrega, sino además con la obligación de rendir informe con la finalidad de que las partes tengan conocimiento de los frutos que han producido los bienes secuestrados, los cuales deber ser devueltos al tercero incidentista; sin embargo, brilla por su ausencia informe del auxiliar de la justicia que permita saber a mi poderdante la existencia de los bienes embargados, siendo dicho informe el punto de partida para el cómputo de la caducidad.

Lo anterior claramente indica todas las actuaciones procesales que se deben dar cuando no hay entrega de bienes o informes, siendo claro que el incumplimiento del auxiliar de la justicia es extendido al Juez octavo civil municipal, quien como director del proceso no ha tomado las medidas necesarias contra el secuestro NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON, para que se haga entrega de los bienes desembargados, no obstante los múltiples requerimientos, sin embargo de ello no hay constancia de envío o recibido, sobre todo cuando no se tiene claro la dirección del auxiliar de la justicia, que al parecer no reside en el sitio registrado por el despacho judicial."

Parte demandada

LA NACION-RAMA JUDICIAL no recorrió el término dado por este despacho a fin de rendir los correspondientes alegatos de conclusión.

X.- CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

La Sala encuentra reunidos los presupuestos procesales de la acción, de la demanda y del procedimiento, de tal forma que le está permitido al despacho pronunciarse de fondo sobre el asunto.

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

De igual manera, a la demanda, por reunir los requisitos de ley, se le imprimió el trámite señalado para los procesos ordinarios, naturaleza del presente y se presentaron los demás presupuestos de la acción instaurada, como la legitimación en la causa y no se incurrió en causal de nulidad alguna que impida este pronunciamiento.

De otro lado, con relación a la caducidad, el Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, consagra diferentes términos para intentar las acciones y sanciona su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, el numeral 8º dispone, sobre el término para intentar la acción de reparación directa:

"La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa."

La ley consagra entonces, un término de dos años contados desde el día siguiente al acaecimiento de la causa del daño por el cual se demanda indemnización para intentar la acción de reparación directa, vencido el cual no será posible solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habrá operado la caducidad.

Se tiene entonces que el inicio del término para intentar la acción coincide con el de la ejecución del hecho, omisión u operación administrativa, ocupación temporal o permanente del inmueble y sólo en eventos muy especiales, como aquellos en los cuales la producción o manifestación del daño no coincide con el acaecimiento de la actuación que les da origen, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que el término para accionar no debe empezar a contarse desde cuando se produjo la



actuación causante del daño sino desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo¹.

Cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la Administración, la prolongación en el tiempo de esa actitud omisiva, característica que es connatural a la omisión, no conduce a concluir la inexistencia del término para intentar la acción; en este evento, tal término empezará a contarse a partir del día siguiente en que se consolidó la omisión, es decir, del momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la Administración.

Ahora bien, en el caso bajo examen, la Sala comparte el criterio esbozado por el agente del Ministerio público en el sentido de que no se encuentra caducada la acción, teniendo en cuenta que se trata de perjuicios ocasionados en virtud de la omisión en la que ha incurrido el auxiliar de la justicia, al no entregar a la propietaria los bienes objeto de la medida cautelar y a que a fecha de la presentación de la demanda se asegura que dichos bienes aún no habían sido entregados.

Por consiguiente no se accederá a declarar la excepción de caducidad de la acción, por lo antes expuesto.

¹ En sentencia de 16 de agosto de 2001, exp: 13 772, dijo la Sala: "...en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien de aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concorra con su origen".

2. Objeto de la demanda.

En el caso in examine se pretende que se declare administrativamente responsable a la Nación – Rama Judicial, de la totalidad de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados a la demandante señora SHYRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, por un presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que dice fue cometido en razón de la no devolución por parte del secuestro de los bienes que fueron objeto de embargo y secuestro, producto de un proceso ejecutivo llevado a cabo por el Juzgado Octavo Civil municipal de Cartagena, en donde la hoy demandante se hizo parte como incidentista, y cuyo proceso tiene como resultas el desembargo de los bienes muebles embargados a la señora SIERRA VDA DE GONZALEZ, por haber demostrado que la medida de embargo y secuestro que recayó sobre los bienes, no eran de propiedad del ejecutado, sino de la actora. En razón de ello el juez de conocimiento mediante auto de fecha 07 de septiembre de 2005 dictó providencia en la cual ordenó el desembargo de los bienes muebles embargados a la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ y a su vez ordenó al secuestro la entrega de dicho bienes, situación que a la postre no ha sido resuelta.

3. Los hechos probados relevantes para la decisión

- Que ante el Juzgado 8 civil Municipal de Cartagena, la señora JANETH SIERRA DE FLOREZ, formuló el día 13 de junio de 2002 demanda ejecutiva contra JORGE STALIM DE LA CRUZ, proceso en el cual por auto de fecha 14 de junio de 2002 se libró mandamiento de pago por la suma de \$5.400.000.00 (fol. 5 cuaderno 2 de pruebas)
 - Que el 2 de noviembre de 2002 el mismo juzgado, previa aceptación de la caución otorgada por el ejecutante, decretó las medidas cautelares embargo y secuestro previo de los bienes muebles de propiedad del demandado JORGE STALIM DE LA CRUZ solicitadas por el actor (fol. 9 c.2 de pruebas), las cuales fueron practicadas el 11 de julio de 2003 por la Inspección de policía de la Comuna No. 12 (Fols. 26 c. 2 de pruebas).
-

- Que el 24 de julio de 2003 la señora SHIRLEY SIERRA VIDA DE GONZALEZ, por intermedio de apoderado, promovió incidente de desembargo que fue resuelto por el Juzgado 8 civil Municipal de Cartagena mediante auto proferido el día 7 de septiembre de 2005, donde se ordenó el levantamiento de las medidas cautelares ordenadas el 2 de noviembre de 2002 y que recaen sobre un juego de sala compuesto por un sofá y tres sillones en madera tapizada, televisor marca LG, modelo CN 14B80H, serial no. 802MX08027, un amplificador, marca Sansuy, modelo AU 3900, serial 035100299, un radio marca Yazumi modelo PS-1850, dos baffles pequeños color negro cada uno con un parlante, dos tuiters y una media nota, con dos cajitas adicionales, con dos tuiters cada una un mini componente marca Sony modelo CFD-560, serial No. 118159 sin parlantes, un juego de comedor de seis puestos en madera, con mesa redonda, una nevera de 10" color blanco hueso marca Phillips, dos mecedoras de madera, y se ordenó además oficiar al Secuestre para que hiciese entrega de los bienes a la incidentista, para lo cual se libró el oficio No. 1569.-

4. Problema Jurídico

De conformidad con los hechos que se encuentran probados, así como con argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, queda claro que el problema jurídico a resolver por esta Sala Especial de Descongestión 003, consiste en determinar si en el caso sub examine, concurren los requisitos para que se configure la obligación estatal de indemnizar los supuestos perjuicios causados a la aquí demandante con ocasión del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, en el que a su parecer se incurrió al no hacer entrega y devolución, el auxiliar de la justicia designado como secuestre por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena, de los bienes de propiedad del demandante, que habían sido desembargados por orden del Juez y ordenado entregar.

Pero antes de contestar el anterior problema jurídico, considera la Sala conveniente hacer algunos planteamientos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos casos en que se solicita la responsabilidad del Estado por el

defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como consecuencia de la actividad de los auxiliares de la justicia.

La responsabilidad patrimonial del Estado es la obligación que nace para él de reparar o indemnizar los perjuicios sufridos por los asociados por su incumplimiento total, parcial o defectuoso de sus deberes fundamentales que tienen rango constitucional y legal.

El Estado tiene el deber de garantizar a los individuos miembros de la sociedad, la vida, el sustento y las posibilidades de trabajo. Pero es además una exigencia del bien común la de que los poderes públicos contribuyan positivamente a la creación de un ambiente sano, en el que le sea posible al conglomerado social el ejercicio efectivo de todos sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Las obligaciones del Estado se cumplen por medio de la creación y la organización de medios de prevención, protección, y defensa y de los organismos encargados de prestar y regular los servicios encaminados a satisfacer las necesidades de los asociados. El incumplimiento de estas obligaciones estatales ya sea por omisión, acción o extralimitación en el ejercicio de las funciones de los empleados públicos, constituyen las ya conocidas FALLAS O FALTAS DEL SERVICIO, que generan responsabilidad estatal.

Una de las faltas puede devenir por la función de administrar justicia, la cual se puede materializar entre otras por el DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, que ha sido decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la siguiente manera:

"(...) Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de la sociedad y también dogma político y otra cosa son ciertos actos que cumplen los jueces en orden a definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causen daños, haciéndose patente como en el caso en estudio el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad...no es este el primer caso en que la

Nación es condenada al pago de los perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes una vez por la inseguridad en que se mantiene los despachos judiciales y otras por negligencia de sus empleados".

La discusión existente en torno a la responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de las autoridades judiciales quedó definida en la Constitución Política de 1991 en cuyo artículo 90 se estableció como regla de principio la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de todas las autoridades públicas.

Posteriormente la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló ampliamente la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios y empleados judiciales, a cuyo efecto determinó tres supuestos: el error jurisdiccional (art. 67), el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 69) y la privación injusta de la libertad (art. 68).

En la presente acción de reparación directa la accionante pretende que se declare administrativamente responsable a las demandadas (Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura), por el daño patrimonial y moral causado por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por los hechos y omisiones en las que incurrió un secuestro designado por el Juzgado Octavo Civil Municipal de Cartagena al supuestamente no cumplir la orden de devolución de los bienes embargados de la actora y que se encontraban bajo su custodia.

El artículo 69 de la ley 270 de 1996 establece que cuando el daño no proviene de un error judicial o de la privación injusta de la libertad, el título de imputación jurídica radica en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Tiene establecido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que dentro del concepto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia están comprendidas todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran no sólo los funcionarios sino también los particulares

investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales.

En sentencia del 8 de noviembre de 1991, expediente 6380, la Sección 3ª del Consejo de Estado fijó su posición en relación con la responsabilidad del Estado por las actuaciones de los auxiliares de justicia y señaló que cuando se causen daños antijurídicos con las acciones u omisiones de estos particulares que colaboran en el ejercicio de la función judicial, surge la obligación a cargo del Estado de reparar los perjuicios. Allí se dijo:

"la actividad judicial de los auxiliares de la justicia, en detrimento de los deberes que la constitución y las leyes les impone, bien puede llegar a comprometer, por acción u omisión, no solamente su responsabilidad personal y patrimonial de tales servidores públicos ocasionales, sino también la responsabilidad administrativa del Estado, en virtud de daños antijurídicos que le sean imputables frente a los litigantes y otros. Todo esto derivado del acentuado intervencionismo en la actividad para confeccionar las listas, para designar a los auxiliares de la justicia y para controlarlos estrictamente en el cumplimiento de sus deberes.

Claro está, que 'En el evento de ser condenado el estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, así lo sea transitoriamente aquél deberá repetir contra éste', según claras voces del art. 90 Constitución Nacional. "

En el presente caso se queja la parte demandante por el no cumplimiento del deber legal que le asiste al secuestre de hacer la devolución a la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, de los bienes muebles que le fueron confiados, que le fueron confiados, dentro de un proceso ejecutivo singular iniciado por la señora JANETH SIERRA DE FLOREZ en contra del señor JORGE STALIM DE LA CRUZ Y OTROS, donde fueron embargados y secuestrados erróneamente los bienes muebles de propiedad de la actora, y quien logró demostrar en dicho proceso que los bienes secuestrados no eran de propiedad del demandante sino suyos, por lo que mediante auto de fecha 07 de septiembre de 2005 el juez de conocimiento ordenó el desembargo de dichos bienes y a su vez ordenó al secuestre la devolución de los bienes de propiedad de la actora.

A la fecha dichos bienes no han sido devueltos a su propietaria, ocasionándole

perjuicios a la demandante, que actuó en el proceso ejecutivo singular como incidentante, de ahí se desprende que el presente asunto debe estudiarse bajo el título de imputación jurídica del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, desde la óptica de la falla del servicio por omisión?

Para que la Acción impetrada prospere es menester entonces que se prueben los siguientes elementos: 1.- La falla del servicio. 2.- La existencia del daño y, 3.- La relación de causalidad entre aquella y éste. Se requiere entonces para el específico propósito señalado, que se encuentren todos y cada uno de los anteriores elementos probados con suficiencia, ya que la inexistencia de uno solo de ellos da al traste con cualquier intención del demandante. Inclusive aún en el evento de que se pruebe la falla estatal, sería infructuosa la tarea si no se establece la existencia de los otros dos elementos.

Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones se supedita a la corroboración de los elementos constitutivos de la Responsabilidad Estatal que se han mencionado, pero aun cumpliendo con lo anterior, la Administración puede exonerarse de la responsabilidad probando las siguientes situaciones: 1.- El caso fortuito 2.- La fuerza mayor 3.- La culpa exclusiva de la víctima y, 4.- El hecho de un tercero. Analizado lo anterior y en aras de determinar si se incurrió en una falla del servicio, debe la Sala analizar los siguientes supuestos:

La falla

En cuanto a este primer requisito, debe establecerse si existe por parte de la demandada un deber legal de ejecutar una acción, y si dicha acción, fue omitida o retardada injustificadamente.

Al respecto se tiene que, el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia prevé:

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente JULIO CESAR URIBE ACOSTA. Sentencia de fecha 03 de Junio de 1993. Radicación Nº 8106. Actor: MIGUEL ANGEL RICAURTE PEREIRA Demandado: Nación - Ministerio de Defensa.

"ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo."

Conforme a dicha norma se consagra a la administración pública como una función pública, respecto de la cual se debe garantizar el cumplimiento de los términos procesales previstos en las normas, so pena de que acarree una sanción.

Por otro lado, el artículo 688 del C.P.C. Modificado por el Decreto 2282 de 1989 artículo 1°, mod. 345, señala:

"Artículo 688 del Código de Procedimiento Civil. Relievo del secuestro y entrega de bienes. (...) Siempre que se reemplace a un secuestro o que terminen sus funciones, éste entregará los bienes a quien corresponda inmediatamente se le comunique la orden, en la forma prevista en el numeral 9° del artículo 9; si no lo hiciera, el juez hará la entrega si fuere posible y dará aplicación al inciso primero del parágrafo 3° del artículo 337. En la diligencia de entrega no se admitirán oposiciones. El secuestro no podrá alegar derecho de retención, en ningún caso."

Por su parte el artículo 337 del C.P.C. parágrafo 3°, reza:

"ARTICULO 337 CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, PARAGRAFO 3°. **ENTREGA POR EL SECUESTRO.** Procederá la entrega, en cualquier tiempo, cuando el bien no sea entregado por el secuestro en el término de ejecutoria del auto que levantó la medida cautelar o en el especial que se le haya señalado, de lo cual se le informará telegráficamente o por oficio a la dirección registrada en el juzgado. En este caso, se condenará al secuestro al pago de las costas de la diligencia y de los perjuicios que por su demora o por la falta de entrega haya sufrido la parte a quien debía hacerse ésta, los cuales se liquidarán como dispone el inciso cuarto del artículo 307, y se le impondrá multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales.

Este auto no tendrá recurso alguno y se notificará al secuestro como dispone los numerales 1° y 2° del artículo 320.

(...)"

Observa por su parte la Sala en las pruebas allegadas al proceso que existe copia simple del proceso ejecutivo singular radicado 23144/2005 Demandante Janeth Sierra de Flórez Demandado Jorge Stalim de la Cruz y otros, aportado por la entidad demandada.

La Sala quiere dejar sentado que en cuanto a las pruebas documentales aportadas con la demanda por la parte actora en copia simple, si bien anteriormente el criterio de esta Sala de descongestión era el de no reconocerles ningún tipo de valor probatorio, sin embargo respecto de este tema, hemos modificado dicho criterio adoptando la tesis plasmada en la jurisprudencia actual y reiterada del Consejo de Estado³ que ha expresado lo siguiente:

"La Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la contraparte, y especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022) Actor: RUBEN DARJO SILVA ALZATE Demandado: NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

*De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que la sección C de la sección tercera ha privilegiado en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena destacar.**

Dicho lo anterior, la Sala dará valor probatorio a los documentos antes referenciados y que fueron aportados en copias simples con fundamento en el principio de la buena fe y el de lealtad procesal, toda vez, que no se evidencia dentro del plenario que las mismas hayan sido tachadas o controvertidas por los apoderados de las entidades demandadas.

A folio 13 del cuaderno de prueba obra el correspondiente auto de fecha 4 de diciembre de 2002, mediante el cual el Juzgado Octavo Civil municipal de Cartagena, ordena el embargo y secuestro de los bienes muebles de propiedad del demandado

JORGE STALIM DE LA CRUZ que se encuentran en su residencia ubicada en el Barrio Blas de Lezo manzana X lote 8 2ª etapa.

A folio 26 del expediente de la referencia obra la correspondiente acta de diligencia de embargo y secuestro llevada a cabo el día 11 de julio de 2003, en la cual se consigna que el señor Inspector de Policía con las facultades concedidas procede a reemplazar al secuestro que venía designado por el Juez que conocía de la asunto, ante su inasistencia, y en su defecto designó al señor NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON. En dicha acta se puede evidenciar que se procedió al secuestro de los bienes muebles debidamente identificados, y que a continuación se relacionan:

- Televisor marca LG con control remoto, funcionando y en regular estado de conservación
- Nevera Phillip de 10 pies funcionando y en regular estado de conservación.
- Radio marca Yasumi en regular estado de conservación.

- Amplificador de sonido
- Juego de comedor.
- Minicomponente Sony sin parlantes sin probar y en regular estado de conservación.
- Dos mecedoras tapizadas.
- Dos baffles parlantes de 12 pulgadas, con cornetas y tuitter N° 16
- Un juego de sala tubular tapizado con estampado de flores y una mesa de centro de madera, en regular estado de conservación.

Respecto de los demás enseres se dijo: *"En este estado de la diligencia el suscrito inspector de policía declara embargado y secuestrado los bienes antes relacionados y le hace entrega real y material al secuestro quien manifiesta recibirlo a plena satisfacción, y que retira el juego de comedor, el televisor, El amplificador, el radio, el minicomponente, la nevera, y que deja en calidad de depósito el juego de comedor y las mecedoras haciéndole saber que estos no pueden ser vendidos o trasladados del lugar de su residencia etc., so pena de sancionar de acuerdo a la ley."*

A folios 65 a 69 del cuaderno de pruebas se encuentra anexa providencia de fecha 07 de septiembre de 2005 proferida por el Juzgado Octavo Civil municipal de Cartagena, mediante el cual se ordena el levantamiento de las medidas cautelares que recaen sobre (Un juego de sala compuesto por un sofá y tres sillones en madera tapizada, Televisor marca LG, modelo CN 14B80H, serial N° 802MX08027, Un amplificador marca Samsung modelo AU 3900, serial 835100299, Un radio marca Yazumi modelo PS-1850, dos baffles pequeños color negro cada uno con un parlante, dos tuitter y una media nota, con dos cajitas adicionales, con dos tuitter cada una, Un mini componente marca Sony modelo CFD-560, serial N° 118159 sin parlantes, un juego de comedor de seis puestos en madera, con mesa redonda. Una nevera de 10° color blanco hueso marca Phillips, dos mecedoras de madera.

A su vez en dicho auto ordenó oficiar al secuestro, para que hiciera entrega de los bienes a la incidentista SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ.

Posterior a la orden dada y a folios 74 a 78 obran los correspondientes requerimientos al secuestre con sus oficios.

Igualmente a folios 1 a 20 obra el incidente de sanción iniciado por la actora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ en contra del señor NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON, en el cual se evidencia auto de fecha 18 de junio de 2009 mediante el cual se corre traslado al secuestre por el término legal de tres (3) días del incidente de sanción; auto de fecha 30 de agosto de 2010 mediante el cual se cita y se hace comparecer al secuestre NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON, para que absuelva interrogatorio de parte que en forma oficiosa le formulará el despacho el día 20 de septiembre del mismo año; Constancia de la diligencia antes dicha, donde consta la inasistencia del citado; auto de fecha 9 de junio de 2011 mediante el cual el juez de conocimiento decide declarar la nulidad de todo lo actuado desde el auto que admite el incidente de sanción, con el fundamento de advertir causal de nulidad consistente en indebida notificación del auto que admite el incidente en cuanto a su notificación, siendo la correcta la notificación personal habiéndose realizado la notificación por estado; igualmente se halla citación de notificación personal al señor Rodríguez Tuñón, retirado el 25 de julio de 2011 con constancia de la empresa de mensajería certificada de fecha 26 de julio de 2011; Constancia por parte de la empresa Red Postal de Colombia 472 de fecha 01 de agosto de 2011 mediante el cual hace constar que el envío dirigido al señor NICOLAS RODRIGUEZ TUÑON, fue devuelto, toda vez que en la dirección suministrada el notificado era desconocido, finalmente obra constancia – folio 20 – de que el señor Rodríguez Tuñón fue debidamente emplazado conforme lo señala el 318 del C.P.C.

No existe constancia en el expediente que inicia el incidente de sanción, que en virtud de la no comparecencia del señor GONZALEZ TUÑON, se le haya sido nombrado Curador ad litem, conforme las previsiones del artículo 318 del C.P.C.

Finalmente de las pruebas antes reseñadas se encuentra probada la falla o falta del servicio de administrar justicia por parte del auxiliar de la justicia señor Nicolas

Rodriguez Tuñon, quien incumplió su deber de hacer la devolución de los bienes que le habían sido entregados en custodia dentro del proceso ejecutivo y tal como se lo ordenó el juez 8 civil municipal de Cartagena en proveído del 7 de septiembre de 2005.

Del daño antijurídico

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de todas las autoridades públicas, incluidas, por supuesto, las judiciales, las cuales pueden llegar a comprometer la responsabilidad del Estado, bien a través de decisiones contenidas en providencias judiciales proferidas en ejercicio de sus funciones, o bien a través de acciones u omisiones constitutivas de falla, que se produzcan con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia.

En el presente asunto, el Juez Octavo Civil municipal de Cartagena ordenó el embargo y secuestro de los bienes de la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, por estimar que dichos bienes eran de propiedad del señor JORGE STALIM DE LA CRUZ BRAVO quien era ejecutado en un proceso ejecutivo singular; sin embargo, al hacerse parte la actora como incidentante dentro del proceso ejecutivo, ésta logró demostrar la titularidad que tenía sobre los bienes objeto de medida de embargo y secuestro, y no de propiedad del señor JORGE STALIM DE LA CRUZ, como creyó el juez de conocimiento, por lo que, a través de auto de fecha 07 de septiembre de 2005, el Juez Octavo Civil municipal de Cartagena ordenó el desembargo de los bienes secuestrados y por consiguiente la entrega definitiva por parte del secuestro de tales bienes a su propietaria.

Sin embargo, en el *sub lite* se tiene probado que los bienes embargados y secuestrados, respecto de los cuales la demandante demostró su titularidad, la actora se ha visto privado de ellos, puesto que pese a que se levantó la medida de embargo



y secuestro de estos, el secuestro señor Nicolás Rodríguez Tuñón, no los ha devuelto pese a que existe la orden en ese sentido, omisión que la actora no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Resulta evidente, pues, que sufrió afectación en su patrimonio económico y moral, pues los bienes embargados y secuestrados no estaba obligada la actora a soportar la pérdida de sus bienes muebles, toda vez que a la fecha no ha podido recuperarlos.

Ese menoscabo patrimonial y moral no tenía que ser soportado por la demandante, no sólo porque va más allá de lo que normalmente las personas deben soportar por el hecho de vivir en una sociedad jurídicamente organizada.

La Sala considera entonces que en el presente caso se acreditó suficientemente el funcionamiento anormal de la administración de justicia que se tradujo en la omisión irregular del secuestro que incumplió su deber de devolver los bienes que le habían sido confiados, contrariando la decisión del juez 8º civil Municipal, mediante la cual le ordenó hacer entrega de estos a la incidentista propietaria de ellos.

Dicho comportamiento constituye un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, porque a través de sus auxiliares de justicia incurrió en omisiones que impidieron que a la legítima propietaria le fueran devueltos unos bienes muebles que habían sido embargados equivocadamente, y posteriormente desembargados por auto del 7 de septiembre de 2005.

c. Nexo de causalidad existente entre la conducta de la administración de justicia y el daño antijurídico experimentado por la demandante

Como se dejó anotado, la omisión del secuestro de cumplir la decisión proferida por el Juez 8 Civil municipal de Cartagena, consistente en la orden de entrega de los bienes de la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, fue la causa del daño antijurídico

que ésta debió soportar; por consiguiente, el daño resulta imputable a la Nación - Rama judicial a título de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

5. De la Indemnización de Perjuicios

Del perjuicio material

La actora pretende en este caso que se le reconozca el pago de daño emergente y lucro cesante, el primero de los cuales corresponde a la pérdida o disminución efectivamente sufrida en el patrimonio como consecuencia del hecho dañoso, mientras que el segundo está constituido por la ganancia o utilidad que esperaba percibir y que en un estado normal de cosas habría reportado de no presentarse el hecho dañoso⁴.

Daño emergente

La actora pide el reconocimiento del daño emergente en las siguientes sumas de dinero: a) La suma de ocho millones de pesos por concepto de valor correspondiente al precio de los bienes muebles a la fecha de la demanda, b) La suma de un millón quinientos mil pesos que tuvo que cancelar por concepto de honorarios tendientes a recuperar los bienes secuestrados.

A folios 19 a 24 del expediente obran facturas cambiarias de compraventa de los siguientes electrodomésticos:

- Factura N° 0027 de fecha 29 de agosto de 1996, mediante el cual se realiza la venta de un Televisor LG 14" pulgadas con control remoto AV - 3900 Serie N° 835/0099 por valor de \$280.000. (F. 19)

⁴ Sentencia de 3 de octubre de 2003, Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia; MLP, José Fernando Ramírez Gómez.

- Factura de venta N° 0230985 (Fecha no visible), mediante el cual se realiza la venta de una Nevera Phillips 10 pies. por valor de \$184.800. (F. 20)
- Factura N° 005300 de fecha 18 de octubre de 1992, mediante el cual se realiza la venta de un Juego de sala tubular tapizado flores. Consta de: 4 sillas 1 sofá 1 mesa de centro, por valor de \$460.000. (F. 21)
- Factura de venta N° 26815 de fecha 7 de diciembre de 1992, mediante el cual se realiza la venta de 2 Bafies parlantes 12" con conector nota medio y tuitter, 2 cajas de tuitter y 14 metros de cable N° 16 por valor de \$110.200 (F. 22)
- Factura N° 8574 de fecha 15 de diciembre de 1993, mediante el cual se realiza la venta de 1 Minicomponente Sony CFD 560, por valor de \$150.000. (F. 23)
- Factura de venta N° 2738 de fecha 06 de agosto de 1992. mediante el cual se realiza la venta de 1 amplificador Sansuy AV - 3900 y 1 Tuner marca Yazumi PS - 1850, por valores de \$160.000 y \$60.000, respectivamente, de fecha 6 de agosto de 1992. (F. 24)

Sumadas todas las anteriores cantidades tenemos un total de UN MILLON CUATROCIENTOS CINCO MIL PESOS MCT. (\$1.405.000.00).

Ahora bien, la demandante aporta con el escrito de demandada documentos en original contentivo de cotizaciones provenientes de terceros, de los electrodomésticos que le fueron secuestrados en virtud del proceso ejecutivo singular llevado a cabo por el Juez Octavo Civil municipal de Cartagena, iniciado por la señora JANETH SIERRA DE FLOREZ en contra del señor JORGE STALIM DE LA CRUZ Y OTROS, y en el cual demostró ser la propietaria de dichos bienes, logrando así que el juez de conocimiento ordenará el desembargo y devolución de los bienes secuestrados, los cuales a la fecha no le han sido entregados.

En dichos documentos emanados de terceros, se consignan el valor de los electrodomésticos secuestrados y no devueltos a fecha de presentación de la demanda, esto es, 11 de mayo de 2011, por un valor de CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL PESOS MCT. (\$4.760.000).

Sobre el valor probatorio de los documentos emanados de terceros el Consejo de Estado en aplicación a lo normado por el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 27 de la ley 794 de 2003; en los siguientes términos⁵:

"Por tratarse de un documento privado de contenido declarativo emanado de terceros, cuya ratificación no fue solicitada por la parte demandada dentro de la oportunidad legal, tiene pleno valor probatorio en los términos del artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 27 de la ley 794 de 2003."

Al efecto el artículo 277 del C.P.C., reza:

***ARTÍCULO 277. DOCUMENTOS EMANADOS DE TERCEROS.**
Salvo disposición en contrario los documentos privados de terceros sólo se estimarán por el juez:

- 1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el artículo 252.*
- 2. Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación.*

Para Cameiutti⁶ en cuanto a la noción de documentos de contenido declarativo, distingue los documentos que tienen un carácter constitutivo (un testamento) o dispositivo (un recibo); y, los documentos que solo tienen un valor testimonial, que a su vez pueden acreditar una confesión de hechos propios o una confesión de hechos relativos a terceros. *"Cuando el documento acredita hechos que ocurren a presencia*

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Consejero Ponente RUTH ESTELLA CORREA PALACIO. Sentencia de fecha 28 de abril de 2003. Radicación N° 13001-23-31-000-1996-01111-01(15348). Actor: ORLANDO GARCIA CUELLAR Demandado: Fiscalía General de la Nación.

⁶ Véase la página web

<http://www.siceditorial.com/ArchivosObras/obrapdf/LA%20PRUEBA%20EN%20EL%20DERECHO%20TOMO%20IV542005.pdf>

del que lo autoriza o emanan de la persona que los escribe, constituye una prueba de primer grado, mientras que cuando consigna, aunque fehacientemente, declaraciones de voluntad ajena, si demuestra inequívocamente que se han hecho, salvo el caso de falsedad, no justifica su veracidad, que por tanto, puede ponerse entredicho y contradecirse por otros elementos probatorios, lo que en realidad constituyen una prueba indirecta o de segundo grado."

Y así lo ha entendido la jurisprudencia⁷:

"La Ley 446 en su artículo 11 otorgó autenticidad a los documentos privados que fueren aportados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, sin la exigencia de la presentación personal o autenticación, salvo lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros. Igual sentido contiene el artículo 26 de la Ley 794 de 2003, modificatorio del artículo 252 del C. de P. C., disposición que ya existía en el Decreto-ley 2651 de 1991, artículo 25, cuestiones todas que deben entenderse relacionadas, claro está, con los documentos que se aparten en original." Negritas fuera de texto

De lo transcrito se tiene que los documentos privados pueden ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, sin que sea necesaria la presentación personal o autenticación del mismo; no ocurriendo lo mismo con aquellos documentos privados emanados de terceros, toda vez que conforme a la ley y la jurisprudencia solo serán valorados siempre y cuando la contraparte solicite ratificación de los mismos.

En el caso en concreto la Sala evidencia que dichos documentos no fueron tachados de falsos ni mucho menos se solicitó ratificación de los mismos, por lo tanto se dará valor probatorio a los documentos aportados por el apoderado judicial del

⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A. Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia de fecha 21 de marzo de 2012. Radicación: 44001-23-31-000-1999-00784-01(23297) Actor: JEISON JAIR SANDOVAL, IBAÑEZ Y OTROS Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

demandante, tendientes a demostrar el valor en dinero de los electrodomésticos a la fecha de presentación de la demanda.

Así las cosas, el valor consignado en dichas cotizaciones es el equivalente a CUATRO MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL PESOS MCT. (\$4.760.000), como precio de los electrodomésticos al momento de presentación de la demanda.

Como se encuentra demostrado el daño antijurídico sufrido por la actora al no serle restituidos los bienes muebles secuestrados, esta Sala concederá el perjuicio material consistente en el daño emergente, en el sentido de compensar el valor en dinero debidamente indexado de dichos bienes, los cuales no les han sido restituidos.

Se procede entonces a realizar con correspondiente actualización de dicho valor, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{I_{\text{final}}}{I_{\text{inicial}}}$$

Dónde:

Rh: Renta a actualizar

I Inicial: IPC del mes de julio 2003⁸ (74,86)

I Final: IPC del mes de agosto 2013 (113,80)

R: Renta actualizada

$$R = 4.760.000.00 \times \frac{113,80}{74,86}$$

$$R = 4.760.000.00 \times 1.5201709858$$

$$R = 7.236.013,90$$

⁸ IPC al momento de la ocurrencia de los hechos, esto es, al momento de la realización del embargo y secuestro de los bienes.

La Sala condenará a la Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, a pagar a favor de la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, por concepto del perjuicio material en modalidad de daño emergente la suma de **SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRECE PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$7.236.013,90)**.

Respecto de la indemnización por el pago de honorarios de abogado en la defensa de la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ como incidentante dentro del proceso ejecutivo singular, se tiene que no se encuentra probado dentro del plenario el pago de dichos honorarios, razón por la cual no se accederá a dicho reconocimiento.

Lucro cesante

En el escrito de demanda el apoderado judicial de la actora solicita indemnización por concepto de lucro cesante en los siguientes términos:

"LUCRO CESANTE: La suma de TREINTA Y OCHO MILLONES DE PESOS, por concepto de las sumas de dineros dejadas de recibir por concepto de alquileres (sic) de los equipos secuestrados en el proceso ejecutivo, según hechos de la demanda."

Sobre el particular la Sala comparte el criterio expuesto por el Agente del Ministerio Público en el sentido de que no se encuentra demostrado dentro del expediente que los bienes muebles secuestrados eran utilizados por la actora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, como actividad económica de la cual pudiera derivar sustento, consistente en el alquiler de dichos bienes para eventos sociales, por lo que la Sala no accederá al reconocimiento de dicho perjuicio.

Del perjuicio moral

La actora en su escrito de demanda solicita a esta Corporación le sea reconocida indemnización equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicio moral, como consecuencia de haber perdido los bienes muebles embargados.

Sobre la concesión de indemnización por perjuicio moral por pérdida de bienes materiales, el H. Consejo de Estado⁹ ha dicho lo siguiente:

"En cuanto al daño moral que la parte actora aduce haber padecido como consecuencia del extravío definitivo de los equipos de sistemas, cabe reiterar lo dicho en anteriores oportunidades, en el sentido de que su reconocimiento solo procede si el mismo se encuentra debidamente acreditado, sin que baste "para darlo por existente -y en consecuencia, para considerarlo indemnizable- con probar la titularidad del derecho y la antijurídica lesión del mismo imputable a una autoridad pública". Con base en lo expuesto se considera, que el daño moral alegado en la demanda, el cual fue estimado en mil (1000) gramos de oro a favor del señor Oscar Jeremías Aragón García, no quedó debidamente acreditado en el expediente pues si bien es natural que el actor sintiera congoja o aflicción por la pérdida de sus bienes, no está probado que este sentimiento fuera extraordinario o de tal envergadura como para tener por demostrada la existencia del daño que aduce. Se aclara que los testimonios visibles a folios 572 a 575 del c. 4, no son pertinentes para el efecto puesto que los mismos solo refieren la angustia padecida por el demandante por "haber sido injustamente acusado de contrabandista", pero nada dicen acerca del presunto daño moral derivado de la pérdida de las mercancías."

A folios 133 a 136 obran las declaraciones de los señores HERNANDO DE LA CRUZ SIERRA y JORGE STALIM DE LA CRUZ SIERRA, quienes al preguntarle

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Consejero Ponente: DANILLO ROJAS BETANCOURTH. Sentencia de fecha 26 de julio de 2012. Radicado 25000-23-26-000-1996-03061-01(19981) Demandante: OSCAR JEREMIAS ARANGO GARCIA Y OTROS Demandado: Nación - Ministerio de Hacienda y otros.

sobre la afectación moral que tuvo la demandante para la fecha de ocurrencia de los hechos que motivan esta demanda, manifestaron lo siguiente:

"DILIGENCIA DE TESTIMONIO DEL SEÑOR JORGE STALIM DE LA CRUZ SIERRA.

(...)

PREGUNTADO. Manifieste al despacho de qué manera se vio afectada la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ desde el punto de vista anímico o emocional.
CONTESTO. Bueno, profundamente caída de ánimos, desconsuelo total, era algo como si hubiera muerto alguien, mi madre lloraba, tanto así que la presión se le subió tanto que tuvimos que llevarla al médico, y actualmente presenta problemas en la presión, muy traumática la experiencia (...)"

"DILIGENCIA DE TESTIMONIO DEL SEÑOR HERNANDO DE LA CRUZ SIERRA.

(...)

PREGUNTADO. Manifieste al despacho de qué manera se vio afectada la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ desde el punto de vista anímico o emocional.
CONTESTO. Bueno, ella se ve afectada, mucha depresión, motivo a esto, se le subió la presión, tuvimos que llevarla al médico, pasaba llorando, no dormía debido a este problema, la verdad es que la afectó demasiado, porque habían deudas, pagar cosas, se habían llevado todo lo que ella había adquirido con tanto esfuerzo (...)"

De los anteriores testimonios en principio la Sala encuentra que demostrarían el daño moral ocasionado a la señora SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, por la omisión de entrega o devolución de los bienes de su propiedad.

Sin embargo, la Sala no puede perder de vista que dichos testigos resultan ser sospechosos, en la medida en que el señor JORGE STALIM DE LA CRUZ SIERRA y el señor HERNANDO DE LA CRUZ SIERRA son hijos de la demandante SHIRLY SIERRA VDA DE GONZALEZ, lo cual hace que su declaración pierda credibilidad e imparcialidad, y como quiera que no existen otras pruebas en el expediente que confirmen el dicho de los deponentes y que también acrediten el perjuicio moral que dice la demandante haber sufrido, en consecuencia no queda más alternativa que negar la indemnización por este concepto.

En relación con costas del proceso, no se hará condenación alguna, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se ha demostrado temeridad o mala fe en la actuación de la parte demandante.

XI. DECISION

Sin que se precise de más consideraciones, la 03 en descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR a la NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados a la señora SHIRLEY SIERRA VDA DE GONZALEZ como consecuencia del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, derivado de la omisión del secuestre de cumplir la orden de devolución de bienes a la actora, ordenada mediante auto de septiembre 5 de 2005, dictado dentro del proceso ejecutivo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR a la NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA a reconocer y pagar, por perjuicio material la suma de dinero equivalente a SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRECE PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$7.236.013,90).

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: Ejecutoriada ésta providencia, expidase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.



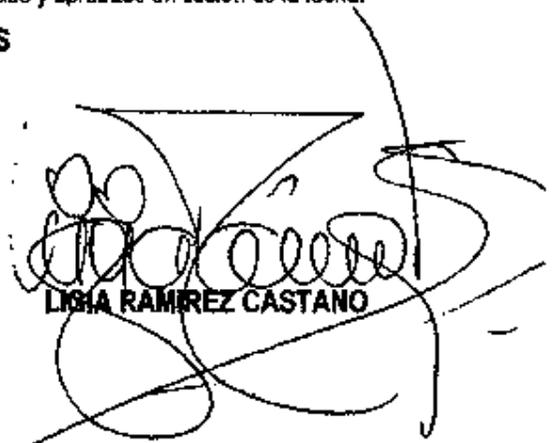
SEXTO: Una vez cumplida la orden del numeral precedente archívese inmediatamente el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMIREZ CASTANO


JORGE FANDIÑO GALLO

[Faint handwritten notes and stamps, including a date stamp '19-11-13']



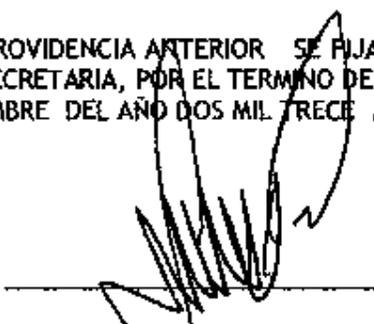
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1342
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: NELLY MELENDREZ MARTINEZ
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR-SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2011-00181-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS 16) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo.**

SENTENCIA No. 30012013

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

TEMA: Retroactividad en las cesantias empleados sector salud nivel territorial.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13-001-33-31-002-2011-00181-01

II. PARTES

Demandante: NELLY MELENDREZ MARTINEZ

**Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SECRETARIA DE SALUD
DEPARTAMENTAL**

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Como quiera que se trata de un asunto respecto del cual las diferentes Salas de descongestión del Tribunal han venido asumiendo diferentes posiciones en otros procesos, con el ánimo de asumir una posición unificada, esta providencia será asumida por todos los miembros de la Sala especial de descongestión.

IV. ANTECEDENTES

A. La demanda

1. Pretensiones

“PRIMERA. Declárese 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 solicitaba 1. Que mediante acto administrativo motivado reconozca, liquide y paguen, debidamente indexadas las cesantías retroactividad 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, Secretaria 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 No. 2 Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar- Secretaria de Salud Departamental.

TERCERA. Que se reconozcan, liquiden y paguen la indexación de las cesantías retroactivas y la sanción moratoria establecida por la ley 244/95.

CUARTA. La Liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustaran dichas condenas tomando como base el índice de precios al

consumidor, o al por mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTA. Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenara dar aplicación a los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTA. Condenar en costas a la parte demandada.

2 Hechos

"2.1. Que el Servicio Seccional de Salud nació a la vida jurídica mediante contrato de restructuración número 003 del 25 de abril de 1975, celebrado entre el Ministerio de Salud y la Gobernación del Departamento de Bolívar, posteriormente se transformó en Secretaria Departamental de Salud por medio del Decreto No. 923 de 1998.

2.2 Que el Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar es de naturaleza pública, mediante resolución No. 1450 del 08 de marzo de 1976 el Ministerio de Salud determina las Unidades Regionales en el Departamento de Bolívar, entre ellas El Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar, como sede de la Unidad Regional del Carmen de Bolívar; posteriormente mediante resolución No. 748 del 28 de diciembre de 1976, el Director del hospital expide los estatutos y define el objetivo social; más tarde se transforma en ESE del orden Departamental mediante decreto Numero 1001 de 25 de noviembre de 1994.

La Unidad Regional de salud del Carmen de Bolívar o Unidad Regional de Salud No. 2 estaba constituida por los centros y puestos de salud de los Municipios del Carmen de Bolívar, Zambrano, Córdoba Tetón, San Jacinto, San Juan Nepomuceno y el Guamo Bolívar y sus correspondientes corregimientos.

- 2.3 Que la señora **Nelly Melendres Martínez**, prestó sus servicios al Departamento 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 Promotora Rural desde enero 11 de 1984, con una asignación básica mensual de \$389.262, hasta julio 31 de 1998, siendo transferida al municipio de San Juan Nepomuceno a partir del 1º de agosto de 1998.
- 2.4 Que en escrito radicado el día 23 de agosto de 2010, se solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías retroactivas del actor, la que fue resuelta negativamente mediante acto ficto o presunto, por no respuesta a la solicitud citada anteriormente.
- 2.5 La señora **Nelly Melendres Martínez**, fue erróneamente afiliada al Fondo Nacional del Ahorro con derecho a la retroactividad de cesantías. Sin ella estar obligada a ello, por ser empleada del nivel territorial, así lo precisó el Consejo de Estado en concepto de Junio diez (10) de 1987. Radicado #144.
- 2.6 Que mediante resolución No 987 del 8 de mayo de 1997, el Gobernador del Departamento, certificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 60 de 1993, y el decreto 1770 de 1994, para asumir la administración autónoma de los recursos del situado fiscal (hoy sistema General de participación), en virtud de esta certificación se transfiere al Municipio de San Juan Nepomuceno la planta de personal del centro Hospital de San Juan, centro de salud de San Cayetano y Centro de Salud San Pedro consolado, la planta de personal que se transfiere se encuentra actualmente en la planta de cargo del Departamento.

2.7 Que en virtud de dicha certificación el Departamento de Bolívar- Departamento Administrativo de salud de Bolívar- hoy Secretaria de Salud del Departamento de Bolívar, hace entrega al ente municipal de San Juan Nepomuceno, de los recursos económicos, físicos y humanos.

El día 30 de julio de 1998; mediante acta No. 2 se protocoliza la entrega del recurso humano del centro hospital San Juan Nepomuceno, a partir del 01 de agosto de 1998, en dicha acta se establece entre otras cosas las siguientes "La planta de personal que se transfiere se encuentra actualmente en la planta de cargo del Departamento hasta 01 de agosto de 1999. (...).

"Con respecto al pasivo prestacional relacionado con las cesantías, el Departamento se compromete a gestionar ante el fondo del pasivo prestacional las transferencias a los fondos de cesantías y pensiones, la deuda prestacional causado por estos conceptos hasta julio 30 de 1998, en los términos que determine la concurrencia a cargo de la Nación y el Departamento, del personal que se transfiere al Municipio.

PARAGRAFO PRIMERO: El Departamento de Bolívar y el Departamento Administrativo de Salud de Bolívar de conformidad con las normas que regulan la materia, y de acuerdo con las instrucciones que imparta el Ministerio de salud, diligenciara el saneamiento en todos los aspectos de orden salarial prestacional, hasta la fecha en que sean transferidos e incorporados a la planta de cargo del Municipio de San Juan Nepomuceno.

Compromiso que el Departamento de Bolívar- Secretaria de SALUD DE Bolívar, hasta la fecha de presentar la presente demanda no ha cumplido.

2.8 Que la transferencia de estos empleados y trabajadores fue sin solución de continuidad, con las mismas garantías y prerrogativas, que tenían en el Departamento.

2.9 Que el derecho aquí reclamado por mi representada ya fue reconocido y pagado a empleados activos y ex empleados de la secretaria de Salud Departamental, a los funcionarios que fueron transferidos de la Nacional al Departamento de Bolívar- Secretaria de Salud Departamental, que estos últimos eran los únicos funcionarios de la Salud que estaban obligados afiliarse al Fondo Nacional del Ahorro. Así mismo les reconocieron y pagaron las cesantías retroactivas a todos los ex funcionarios que ingresaron antes del 23 de diciembre de 1993 al servicio de las empresas sociales del estado, Hospital San Judas Tadeo de Simiti, HOSPITALES San Juan de Dios de Magangué y Mompox, Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar y Hospital San Pablo de Cartagena, todos los funcionarios de estas empresas están afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, hoy liquidadas.

2.10 También le reconociendo(sic) y pagaron las cesantías retroactivas a los ex empleados de la salud que fueron transferidos del Departamento- Secretaria de Salud Departamental a los distintos Municipio(sic) dentro del proceso de descentralización administrativa. Entre ellos los empleados de la salud transferidos a San Jacinto, como consta en las resoluciones números 0753 de 31 de octubre y 0817 de noviembre 23 de 2007 y el oficio fechado septiembre 15-2009, Por medio de las cuales se reconocen y liquidan las diferencias y se pagan de cesantías definitivas causadas por retroactividad de María Graciela Yepes García , Marlene de Jesús Alfaro Fernández Lora entre otros y se ordena al Fondo Administrador de Pensiones y Cesantías Horizonte, transferir de la cuenta a nombre de la Secretarías de Salud Departamental Nit. 890-480-126-7 a la cuenta individual de cesantías de los funcionarios relacionados a continuación; Rugero Daniel Mendoza García, valor \$25.613.230, por concepto de cesantías definitivas retroactivas.

En el inciso tercero de la parte motiva de las dos primeras se establece "Que históricamente a los empleados públicos y trabajadores del sector salud, se les liquida cesantías anualmente y se envían al Fondo Nacional del Ahorro, conforme al decreto ley 3168/68;

Que de conformidad con el artículo 242 de la ley 100 de 1993, los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud, vinculados antes del 23 de diciembre de 1993, se liquidaran sus cesantías con el último salario devengado multiplicado por el número de días laborados.

2.11 Mi representada tiene las mismas condiciones de los empleados transferidos al municipio de San Jacinto, por las siguientes razones, el empleador de todos los funcionarios del sector salud antes del proceso de descentralización era el Departamento de Bolívar- Servicio Seccional de salud (DASALUD BOLIVAR), Luego Secretaria Seccional de Salud, hoy Secretaria de Salud Departamental, las condiciones de laborales (sic) eran iguales, siempre se les ha aplicado las mismas normas, entonces porque hoy se les aplica en materia prestacional (Cesantías), a uno la ley 100 de 1993, art 242, y otros les dicen que no tienen derecho a dicha norma.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala el demandante como normas violadas las siguientes:

- De la Constitución Nacional artículos 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 60/93 art 33, ley 100 /93 art 242; ley 6/45 art 17-a y 22; ley 65/46 art 1 y 2; ley 244/95;
- Decreto 1160 de 1947 art 2° y 3° 6°; decreto 2127/45 art. 53;
- C.S.T. art. 68,69,70

- Artículos 16, 17, 30 ley.
- Sentencias C-687/96 y Sentencia C-859/08;
- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA- SUBSECCION "B" dieciséis (16) de octubre de dos mil ocho (2008) Radicación numero: 70001-23-31-000-2000-00269-01(1577-04).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Sentencias C-687-96 y Sentencia c-859/08;

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA- SUBSECCION "B" dieciséis (16) de octubre de dos mil ocho (2008) Radicación numero: 70001-23-31-000-2000-00269-01(1577-04).

FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD- Pago de pasivos prestacionales

"La expresión de que el pago de los pasivos prestaciones interrumpe la retroactividad con cargo a la Nación o a las entidades territoriales, significa que la medida soluciona definitivamente la obligación y hacia adelante, es decir que después del 31 de diciembre de 1993, se consolida la responsabilidad prestacional para los servidores de salud, pero a cargo de las entidades territoriales como resultado del proceso de descentralización. La creación del Fondo obedeció a la búsqueda de un instrumento adecuado que permitiera asumir los pasivos prestaciones a cargos de los sujetos públicos involucrados en tal responsabilidad (Nación y entidades territoriales), de manera que la ley tenía que referirse inevitablemente a las pensiones y cesantías que representaban, justamente, la fuente generadora de los pasivos laborales del sector salud. El Fondo se convirtió en la respuesta práctica y eficaz para enfrentar las nuevas responsabilidades de las entidades territoriales que, de otra manera, no hubieran podido descentralizarse, como fue el desde constituyente." Referencia. Expediente D-1348 demanda de inconstitucionalidad contra el Parágrafo Segundo del artículo 33 de la ley 60 de 1993. Demandante: Jairo Villegas Arbeláez, Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL, Santafé de Bogotá, D.C., diciembre cinco (5) de mil novecientos noventa y seis (1996)."

FONDO PRESTACIONAL DEL SECTOR SALUD- Naturaleza

El Fondo 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 y pensiones de jubilación, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1993.

B. LA CONTESTACION

A folios 86-95, se observa que la entidad demandada, presenta contestación de demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, no obstante, observa esta Sala que dicha contestación fue presentada de forma extemporánea, razón por la cual, no se tendrá en cuenta los argumentos de defensa ni medios de pruebas que hayan sido arrojados con dicho memorial.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, entre sus argumentos plasmó, que la señora Nelly Melendres Martínez, al momento de formular la petición de reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías definitivas retroactivas al Departamento de Bolívar- Secretaria Departamental de Salud, este no era su empleador, por lo que no era deber del ente territorial Departamental reconocer y mucho menos pagar las cesantías definitivas reclamadas por la demandante, dado que sería el municipio de San Juan Nepomuceno en quien recaería tal obligación prestacional, persona jurídica ante quien la actora no ha agotado siquiera la reclamación inicial de reconocimiento del derecho prestacional pretendido.

Adicionalmente reitera que el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas surge en la medida en que se genere el rompimiento o ruptura del vínculo laboral entre el funcionario y el Estado, presupuesto que para el caso de la

demandante no se cumple, como quiera que no se encuentra probado la ruptura del vínculo laboral con el Municipio precitado.

D. LA APELACION

La parte demandante en su escrito de apelación manifiesta en sus motivos de inconformidad que no comparte la decisión acatada 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, a la fecha de la sustitución. Art. 69 Numeral 1; el nuevo empleador es responsable de las obligaciones que surjan posterior a la sustitución (numeral 2); el patrón sustituido puede acordar con todos o con cada uno de los trabajadores el pago definitivo o de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el día de la sustitución, como si se tratara de un retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo (Numeral 4).

Señala que como se trata de derechos laborales (empleados) puede escoger a que empleador le exige sus derechos, en este caso la actora decidió exigir al Departamento de Bolívar- el reconocimiento y pago de sus cesantías retroactivas, teniendo en cuenta que ya se las han reconocido y pagado a otros empleados públicos y trabajadores oficiales, transferidos a otros municipios como está demostrado y probado en el expediente, con las resoluciones números 0753, 0817 de 2007, vistas a folios 28,29,30,31.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público, en esta oportunidad, desistió de emitir concepto ante este proceso de referencia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- En auto de fecha 14 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- En auto posterior de fecha 22 de julio de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. (Fl. 257) y al agente del ministerio público para que rindiera concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra para su pronunciamiento al despacho 001 en Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. El problema jurídico a resolver.

De conformidad con los planteamientos expuestos en el recurso de apelación y en atención a los argumentos del a-quo en la sentencia de primera instancia, la Sala considera que un primer problema jurídico a resolver consiste en determinar si la actora Nelly Melendrez Martínez, como empleada del sector de la salud, se encuentra cobijada por el régimen de retroactividad de cesantías

En caso de que la respuesta al interrogante anterior sea a favor de que la actora si tiene derecho a retroactividad de sus cesantías, deberá entonces absolverse un segundo problema, en el sentido de establecer ¿qué entidad era la que debía responder por el pago de dicha retroactividad de cesantías, esto es si el Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud como lo sugiere el apelante o el Municipio de San Juan Nepomuceno al cual fue transferida la actora

como consecuencia de la descentralización en salud, como lo manifiesta el a quo en la sentencia impugnada?

Adicionalmente surge un tercer problema jurídico que consiste en ¿determinar si en el caso bajo examen, por no haberse aún disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de San Juan Nepomuceno, ello significa que no ha surgido aún su derecho al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas?

Los anteriores problemas jurídicos los desarrolla la Sala a continuación de la siguiente manera:

2.1. ¿La actora Nelly Melendres Martínez como empleada del sector de la salud, se encuentra cobijada por el régimen de retroactividad de cesantías?

2.1.1. Marco jurídico y jurisprudencial de las cesantías en el sector salud

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 que, en su artículo 17, estableció esta prestación social en razón de un mes de salario por cada año de servicios.

La Ley 65 de 1946, 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 1º, reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

El Decreto 3118 de 1968, 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 *ibidem* 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 3° de la Ley 41 de 1975.

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 lo anterior, 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 1° del decreto 2767 de 1945, 1° de la ley 65 de 1946 y 1°, 2°, 5° y 6° 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.

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.” (se resalta).

Ahora bien, con relación al tema específico de las cesantías de los servidores públicos del sector salud, se harán además 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 salud que se hallaban, 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" (Resaltado fuera del texto - 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 y 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 aplicable.

.....

PAR. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndese por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993".

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 ibidem).

Del anterior recuento¹ 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, hubieren optado estos 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.

2.1.2. De la vinculación al Departamento de Bolívar por parte de la demandante.

Según se menciona en el hecho 2.3 de la demanda, la señora Nelly Melendres Martínez prestó sus servicios al Departamento de Bolívar en el servicio seccional de salud de Bolívar – Unidad regional de salud No. 2 Hospital San Monte Carmelo del Carmen de Bolívar – Centro de San Juan Nepomuceno de Bolívar, desempeñando el cargo de promotora Rural desde enero 11 de 1984 hasta julio 30 de 1998 fecha en la cual, por virtud de la descentralización en salud ordenada por la ley 10 de 1990, fue transferido a partir del 1º de agosto de 1998 al municipio de San Juan Nepomuceno.

La anterior afirmación la Sala observa que resulta ser cierta, pues de un lado a folio 9 del expediente aparece copia de certificación expedida por el Gerente de la empresa social del estado Hospital local San Juan Nepomuceno Bolívar, en la cual se hace

¹CONSEJO 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.

constar que el demandante ingresó al servicio seccional de salud de Bolívar Unidad regional de salud No. 2 Hospital Monte Carmelo del Carmen de Bolívar desde el 11 de enero de 1984 y permaneció allí hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual se dice que fue transferido al municipio de San Juan Nepomuceno.

Adicionalmente a folio 10 del informativo, también aparece copia autenticada de acta de posesión No. 111 de fecha 11 de enero de 1984, que da cuenta de ese mismo hecho, esto es de la vinculación de la actora en calidad de Promotora Rural de Salud en el referido Hospital Monte Carmelo. Así las cosas se tendrá como demostrado este hecho.

Luego como la demandante se vinculó al sector salud en el año de 1984 -hecho que quedó demostrado en la demanda- fecha para la cual no estaba sometido al imperio de la Ley 344 de 1996, la cual entró a regir a partir del 31 de diciembre de 1996; por consiguiente, las normas de esta ley que impusieron la liquidación anual del auxilio de cesantía de los empleados públicos no le resultan aplicables y, en esas condiciones, el régimen de cesantías de la actora era el retroactivo, y ello significa que dicha prestación se le liquida con el último salario devengado, conforme con las disposiciones que regulan la materia.

Resuelto el primer problema jurídico, pasamos de inmediato a estudiar el segundo así:

2.2. ¿Qué entidad era la que debía responder por el pago de dicha retroactividad de cesantías, esto es si el Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud como lo sugiere el apelante o el Municipio de San Juan Nepomuceno al cual fue transferida la actora como consecuencia de la descentralización en salud, como lo manifiesta el a quo en la sentencia impugnada?

La parte demandante en su escrito de apelación manifiesta en sus motivos de inconformidad que no comparte la decisión acatada 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, a la fecha de la sustitución. Art. 69 Numeral 1; el nuevo empleador es responsable de las obligaciones que surjan posterior a la sustitución (numeral 2); el patrón sustituido puede acordar con todos o con cada uno de los trabajadores el pago definitivo o de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el día de la sustitución, como si se tratara de un retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo (Numeral 4).

Señala que como se trata de derechos laborales (empleados) puede escoger a que empleador le exige sus derechos, en este caso la actora decidió exigir al Departamento de Bolívar- el reconocimiento y pago de sus cesantías retroactivas, teniendo en cuenta que ya se las han reconocido y pagado a otros servidores públicos, transferidos a otros municipios como está demostrado y probado en el expediente, con las Resoluciones N° 0753, 0817 de 2007, vistas a folios 28,29,30,31.

Al respecto la Sala encuentra probado los hechos números 2.6, 2.7 y 2.8 de la demanda, en el sentido de que mediante Resolución No. 987 de mayo 8 de 1997 el Departamento de Bolívar certificó el cumplimiento del Municipio de San Juan Nepomuceno de los requisitos establecidos en la Ley 60 de 1993 y el Decreto 1770 de 1994 para asumir la autonomía administrativa y financiera del manejo de la salud y que en consecuencia de ello el Departamento a partir del 1° de agosto de 1998, hizo entrega de todo el talento humano que se hallaba vinculado al Departamento de Bolívar, dentro del cual estaba precisamente el demandante.

En efecto, a folio 17 y 18 copia autenticada del acta de entrega y recibo del recurso humano por parte de la Secretaria seccional de salud de Bolívar al Alcalde Municipal de San Juan Nepomuceno suscrita el 30 de julio de 1998, y a folio 19 anexo No. 4 dentro de la cual aparece incluida la aquí demandante.

Hay que mencionar, que de la copia autenticada del acta de entrega y recibo del recurso humano por parte de la Secretaria seccional de salud de Bolívar al Alcalde

Municipal de San Juan Nepomuceno suscrita el 30 de julio de 1998, visible a folios 17 y 18 del expediente, se puede leer el aparte siguiente: “Con respecto al pasivo prestacional relacionado con las cesantías, el Departamento se compromete a gestionar ante el Fondo del pasivo prestacional la transferencia a los fondos de cesantías y pensiones, la deuda prestacional causada por estos conceptos hasta el 30 de julio de 1998 en los términos que lo determine la concurrencia a cargo de la Nación y el Departamento, del personal que se transfiere al municipio de la planta de cargos. PARAGRAFO PRIMERO. El Departamento de Bolívar y el Departamento administrativo de salud de Bolívar, de conformidad con las normas que regulan la materia, y de acuerdo a las instrucciones que imparta el ministerio de salud, diligenciará 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.”

Observa la Sala entonces que el Departamento de Bolívar era quien tenía el compromiso de reconocer y pagar, las cesantías retroactivas del actor generadas, 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 por el actor quedaba a cargo de dicha entidad territorial.

Como quiera que el Departamento no demostró en este asunto que al transferir a la actora a la planta de personal del Municipio de San Juan Nepomuceno, la colocaba al día en materia prestacional por pago de cesantías retroactivas, en consecuencia queda claro que la reclamación de dicha prestación si se podía dirigir contra el Departamento de Bolívar, como en efecto se demuestra que lo hizo mediante escrito radicado el día 23 de agosto de 2010², petición que le fue resuelta en forma negativa, mediante acto ficto o presunto, que se configuro por la no contestación de esta

² folio 11-15 del expediente

petición, siendo precisamente este el acto que dio origen al acto ficto o presunto que aquí se acusa.

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 artículos 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, considera que el Departamento si tenía la obligación de reconocer y pagar las cesantías retroactivas de la actora generadas por lo menos hasta el 30 de julio de 1998 fecha de su transferencia al Municipio de San Juan Nepomuceno y a partir del día siguiente la obligación salarial y prestacional si quedaba era a cargo del Municipio.

Dicho lo anterior, se pasa de inmediato a resolver el tercer problema jurídico planteado, luego de lo cual la Sala podrá determinar si hay lugar a revocar, a confirmar o modificar la sentencia apelada.

2.3. ¿Determinar si en el caso bajo examen, por no haberse aún disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de San Juan Nepomuceno, ello significa que no ha surgido aún su derecho al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas?

Según el a quo, las pretensiones de la demanda no prosperan porque el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías definitivas surge es en la medida en el que se genere el rompimiento o ruptura del vínculo laboral entre el funcionario y el Estado, presupuesto que dice que la actora incumple, toda vez que no se encuentra probada la ruptura del vínculo laboral con el Municipio precitado.

La anterior posición del aquo, ha sido acogida por esta Corporación en las Salas de descongestión No. 2 y 4, dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento instaurados por las señoras MARLENE CAMACHO TRIGO y ALICIA BUELVAS MARTINEZ, ambas contra el Departamento de Bolívar, respectivamente³.-

Sin embargo, también la Sala de descongestión No. 03 ha manejado posición diferente y se ha apartado del argumento de que es imposible hacer el reconocimiento y pago de la retroactividad de las cesantías por no haberse demostrado la ruptura de la vinculación laboral del actor con el municipio al cual fue transferido y por el contrario se han concedido las pretensiones de la demanda.

Ante esta situación, resulta conveniente adoptar la posición unificada de la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, para resolver todos estos casos semejantes, con el propósito de brindar seguridad jurídica a los usuarios de la justicia.

En consecuencia, encuentra la Sala que si bien es cierto que por lo menos para la fecha de presentación de la demanda, no se probó que existiera una ruptura del vínculo laboral de la actora con el ente territorial, es decir que aún seguía vinculada laboralmente al Municipio de San Juan Nepomuceno, no obstante, pierde de vista el aquo, que inicialmente la actora venía vinculada laboralmente al servicio seccional de Salud de Bolívar Unidad regional de Salud No. 2 Hospital Monte Carmelo de el Carmen de Bolívar desde el 11 de enero de 1984 y permaneció allí hasta el 30 de julio de 1998 pues a partir del 1º de agosto de 1998 fue transferida al Municipio de San Juan Nepomuceno, como consecuencia que dicha entidad fue certificada por el Departamento de Bolívar para administrar y prestar los servicios de salud del primer nivel de atención, es decir, que hubo un proceso de descentralización administrativa en salud conforme lo ordenó el Decreto 77 de 1987, la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993.

³ Tribunal Administrativo de Bolívar, Sentencias de mayo 3 de 2013 M.P. Marcela López Álvarez, exp. 13-001-33-31-012-2010-00256-01 y de agosto 22 de 2013, M.P. Ligia Ramírez Castaño exp. 13-001-33-31-003-2011-00039-01.

Por consiguiente, en principio resulta ser cierto que el reconocimiento y pago de las cesantías surge como consecuencia de la ruptura del vínculo laboral, pero en casos como el que se encuentra bajo examen, se trata de una situación sui generis, es decir excepcional, puesto que pese a que la demandante sigue vinculada laboralmente, ya su patrono no es el mismo que tenía al inicio y el Departamento tenía la obligación de liquidar y reconocer las cesantías retroactivas de la actora generadas por lo menos hasta el 30 de julio de 1998 fecha de su transferencia al Municipio de San Juan Nepomuceno y trasladarla al fondo de cesantías elegido por la trabajadora, y a partir del día siguiente la obligación salarial y prestacional quedaba a cargo del Municipio.

Con relación a lo anterior incluso ya existe pronunciamiento del honorable Consejo de Estado, quien expresó 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".⁴

La Sala plena de descongestión para unificar su posición, acoge para definir este asunto y los demás que se presenten con los mismos patrones fácticos, el anterior pronunciamiento del máximo Tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y por tanto concluye que la peticionaria NELLY MELENDREZ no pretendía el pago 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

⁴ Consejo 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)

y lo trasladara al fondo administrador de cesantías al cual se encontraba afiliada la trabajadora.

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 de fecha 27 de febrero de 2013, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la nulidad del acto acusado, pero a título de restablecimiento del derecho, lo que se ordenará es que el Departamento de Bolívar liquide y reconozca 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 11 de enero de 1984 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 a la señora NELLY MELENDREZ MARTINEZ en el Fondo de cesantías elegido por dicha trabajadora.

De igual manera, y pese a que en las demandas presentadas por las señoras ALICIA BUELVAS MARTINEZ, radicado 13-001-33-31-003-2001-00039-01 y MARLENE CAMACHO TRIGO, radicado 13-001-33-31-012-2010-000256-01 no prosperaron las pretensiones, en aplicación del principio de igualdad, se exhortará al Departamento de Bolívar para que dé el mismo tratamiento que ahora se adopta por esta Sala como criterio unificado, a esos dos casos.

Finalmente, no se accederá a la condena en costas contra la demandada, por cuanto, si bien el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, dispone que en todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el Juez puede condenar en costas a la parte vencida, es preciso analizar la conducta desplegada dentro del proceso. En el presente caso al no observar en las actuaciones

de la demandada ni de su apoderado comportamientos que hubieran obstruido el desarrollo normal del proceso, no es viable dicha condena.

VII. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: Unificase la posición de la Sala plena de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, en relación con los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se pida la nulidad del acto administrativo que niega el reconocimiento y pago de cesantías retroactivas de empleados que en virtud de la descentralización del sector de la salud, fueron transferidos del Departamento de Bolívar a un Municipio, en el sentido de considerar que i) que se tiene derecho a la retroactividad de cesantías siempre que la vinculación laboral se hubiese dado con anterioridad al 31 de diciembre de 1996, fecha establecida para ello como límite, por 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; ii) que el derecho a la retroactividad no se pierde por el hecho de haber sido transferido como consecuencia de la descentralización en salud ordenada por la ley 10 de 1990; iii) que el Departamento de Bolívar, si es el obligado a liquidar y reconocer las cesantías generadas hasta el 30 de julio de 1998 fecha de transferencia y luego consignarlas en el Fondo administrador de cesantías elegido por el trabajador y, iv) que si el Departamento de Bolívar incumplió su obligación de expedir el acto de liquidación y reconocimiento de las cesantías liquidadas a la fecha de la transferencia y de consignarlas en el respectivo Fondo de cesantías, resulta perfectamente válido que el trabajador reclame ese derecho, independientemente de que el vínculo laboral con la entidad a la cual fue transferido aún no haya terminado.

SEGUNDO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda y en su lugar se dispone:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, que se configuró por la no contestación de la petición radicada el día 23 de agosto de 2010, ante el Departamento de Bolívar- Secretaria Departamental de Salud, por medio del cual resuelve negativamente a la señora Nelly Melendres, 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 del Carmen de Bolívar, desde el 11 de enero de 1984 hasta el 30 de julio de 1998 fecha en la cual fue transferida al municipio de San Juan Nepomuceno.

2.- Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Gobernación de Bolívar – Secretaría de salud Departamental en intervención, que liquide y reconozca 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 del Carmen de Bolívar, desde el 11 de enero de 1984 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.

3.- Negar las demás pretensiones de la demanda

4.-Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

5.-No condenar en costas.

SEGUNDO: Exhortar al Departamento de Bolívar, para que en aplicación del principio de igualdad, de el mismo tratamiento que ahora se adopta por esta Sala de decisión como criterio unificado, a los casos de las señoras ALICIA BUELVAS MARTINEZ, radicado 13-001-33-31-003-2001-00039-01 y MARLENE CAMACHO TRIGO, radicado 13-001-33-31-012-2010-000256-01 donde no prosperaron las pretensiones.

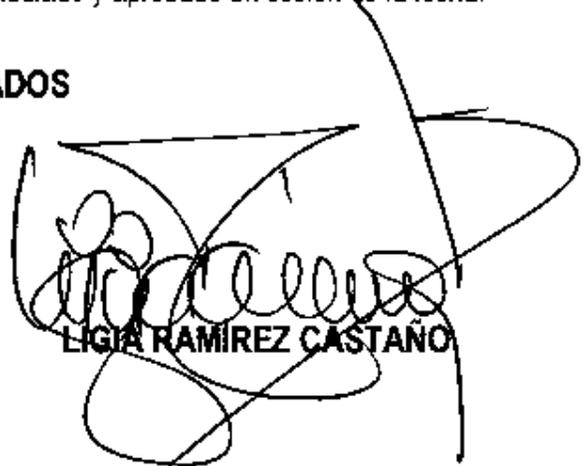
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO


MARCELA LOPEZ ALVAREZ

ABC



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1343
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: YOLIMA ROMERO RUIZ
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE CORDOBA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2011-00013-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO(31) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

f. 323 a 334
(2.e)

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

Cartagena de Indias, D. T. y C., Treinta y uno (31) de Octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Revocatoria directa de nombramiento de Gerente de Empresa Social del Estado.

SENTENCIA No. 301/2013

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 1-001-33-31-001-2011-00013-02

II. PARTES

Demandante: YOLIMA ROMERO RUIZ

Demandado: MUNICIPIO DE CORDOBA

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación

interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 15 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- PRETENSIONES

“PRIMERO: Se declare la Nulidad del Decreto 4989 de fecha veinte (20) de septiembre de 2010, proferida por el Alcalde encargado (e) ALEX DIAZ CAMPO, mediante el cual se revocó de manera directa el Decreto No. 013 de fecha 1° de marzo de 2010, a través del cual había sido nombrada como gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar).

SEGUNDO: Como consecuencia de la Nulidad del Acto Administrativo antes mencionado y a título de restablecimiento del derecho, el MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), a través de su Alcalde, reintegre, sin solución de continuidad, a la señora YOLIMA GREGORIA ROMERO RUIZ, al cargo de gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar).

TERCERO: Que igualmente a título de restablecimiento del derecho se condene al MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), el reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios, primas, vacaciones y demás prestaciones sociales dejadas de devengar, aportes a la seguridad social, desde el momento de su desvinculación hasta cuando se haga efectivo su reintegro, sin que se considere que existió solución de continuidad.

SUBSIDIARIA: Como subsidiaria de la anterior pretensión, solicito que en el evento que para la fecha del reintegro haya vencido el periodo de tres (3) años para el cual fue elegida, sírvase entonces a pagarle la totalidad de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social correspondiente al periodo faltante para cumplir el periodo por el cual fue elegida.

CUARTO: Se condene al MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), al reconocimiento y pago, por concepto de perjuicios morales y perjuicios a la vida de relación a favor de mi mandante, la cuantía de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada uno de tales conceptos, para un total de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

QUINTO: EL MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A. y reconocerá los intereses de que (sic) trata el inciso final del art. 177 ibídem, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia, si se dan sus presupuestos.

*SEXTO: EL MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), deberá, al momento de cancelar, actualizar la sentencia conforme al índice de precios al consumidor, en los términos del art. 178 del C.C.A. aplicando la formula $VA = Vh * IPC \text{ FINAL} / IPC \text{ INICIAL}$.*

SÉPTIMO: Se condene al MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), al pago de las costas del proceso, incluidos los honorarios profesionales.

B- HECHOS

“PRIMERO. Mi representada, señora YOLIMA GREGORIA ROMERO RUIZ, Bacterióloga de profesión, Especialista en Gerencia de los Servicios Públicos de Salud, mediante concurso público de méritos adelantado por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE CÓRDOBA (Bolívar), luego de aprobar satisfactoriamente todas las etapas del proceso de selección fue nombrada como GERENTE, al ocupar el primer puesto del concurso, mediante el Decreto No.013 de lo de marzo de 2010, por el término faltante para cumplir con el periodo institucional de dicho cargo, del primero (1°) de marzo de 2010 hasta el treinta y uno (31) de marzo de 2012, en los términos de la ley 1122 de 2007.

SEGUNDO: Estando mi mandante en ejercicio de su cargo de gerente de la ESE mencionada, la Alcaldesa municipal de Córdoba (Bolívar), el dos (02) de agosto de 2010, profirió la resolución No. 1584, por medio de la cual ordenó iniciar oficiosamente actuación administrativa para la revocatoria directa del decreto No. 013 de lecha 1° de marzo de 2010, por medio del cual se había nombrado a la señora YOLIMA ROMERO RUIZ en el cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud con camas del Municipio de Córdoba (Bolívar).

TERCERO: Mi mandante mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2010, recibido el día 27 de agosto del mismo mes y año dirigido a la Alcaldesa Municipal de Córdoba le manifestó LA ILEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE ESTABA ADELANTANDO, ya que el acto mediante el cual a ella la habían nombrado, Decreto No.013 del 1° de marzo de 2010, ERA UN ACTO DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO y para poderlo revocar de su consentimiento expreso y por escrito, el cual no se lo habían solicitado y, además, ella no estaba dispuesta a otorgarlo en el evento que lo hubiesen hecho ya que consideraba que ello no había transgredido ninguna norma constitucional o legal. Para corroborar lo dicho me permito anexar prueba documental donde consta lo narrado.

TERCERO: Si bien es cierto que la Administración tiene potestad de revocar sus propios actos, siempre que opere algunas de las causales establecidas en el artículo 69 del C.C.A; es igual de cierto que tal potestad NO ES ABSOLUTA, es decir, que existen algunas limitaciones establecidas por la misma normatividad. Una de ellas es precisamente lo consignado en el artículo 73 del C.C.A., donde de manera expresa consagra:

“ART.73 Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69. O si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión". (Negritas y subrayado nuestro)

Como puede leerse, sin mayor esfuerzo, si el Acto administrativo proferido por la administración creó una situación jurídica, particular y concreta, para poder revocarla de manera unilateral se requería, sin duda alguna, del consentimiento expreso y por escrito del titular de tal derecho, a menos que tal acto haya sido producto del silencio administrativo positivo o haya sido obtenido a través de medios ilegales, hipótesis éstas que no operaron en nuestro caso particular.

CUARTO. En el escrito de defensa arriba mencionado, de fecha 26 de agosto de 2010, mi mandante le expresó textualmente a la Alcaldesa lo siguiente:

"En mi caso particular, según se desprende de la misma Resolución 1584 del 02 de agosto de 2010. Mediante el cual dan inicio al procedimiento administrativo de revocatoria directa, omitiendo el deber de solicitarme por escrito el consentimiento para revocar mi acto de nombramiento, tal como lo exige el artículo 73 del CCA, mencionan que lo causo o razón para dar inicio a la revocatoria directa es:

11. Que es deber de la Alcaldía municipal de Córdoba-Bolívar, dar cumplimiento al artículo 4- del Decreto 800 de 2008"

En otras palabras, se trata de pretender subsanar una irregularidad consistente

en no aplicar lo establecido en el artículo 4° del decreto 800 de 2008, la cual estaría contemplada como una de las causales de revocatoria del artículo 69 del CCA, específicamente el numeral 1°.

Tremendo error en el que puede incurrir la señora Alcaldesa, pues so pena de proteger el principio de legalidad PUEDE COMETER UNA FALTA GRAVÍSIMA, por un claro desconocimiento de lo establecido en el artículo 73 del CCA. y lo dicho por la jurisprudencia del Consejo de Estado / la Corte Constitucional.

Si la administración considera que el acto de mi nombramiento hubo irregularidades porque dentro del procedimiento que dio lugar a su expedición se omitió lo establecido en una norma legal, esa es una situación atribuible exclusivamente a la entidad territorial que era la que adelantaba el procedimiento del concurso de méritos y ellos debieron saber las normas que estaban vigentes y que regulaban tal procedimiento." (Subrayado nuestro).

Más adelante en ese mismo escrito les expresó:

"En ningún momento yo intervine o actúe para la expedición de dicho acto, mi actuación se limitó a participar en las distintas etapas del concurso de méritos y como obtuve el mayor puntaje fui nombrada por el Alcalde de la tema conformada por la Junta. Mi actuación en todo el proceso fue de BUENA FE.

La única vía que tiene el municipio, es DEMANDAR SU PROPIO ACTO ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de la acción de Nulidad y restablecimiento del Derecho."

Lo anterior demuestra de manera contundente que el actuar de mi mandante fue siempre de Buena fe y que advertía a la entidad de que no podía revocar su acto de nombramiento porque no estaban dadas las condiciones exigidas en el artículo 73 del

CCA.

QUINTO: Muy a pesar de todo lo expuesto por mi mandante, la entidad territorial, a través de su Alcalde (e), señor ALEX DÍAZ CAMPO, en una clara vía de hecho profirió el DECRETO 498 de fecha veinte (20) de septiembre de 2010, mediante el cual revocó de manera directa el Decreto No.013 de fecha 1º de marzo de 2010, por el cual había sido nombrada mi mandante como gerente de la ESE Centro de Salud con camas de Córdoba (Bolívar).

Tal acto le fue debidamente comunicado a mi mandante y, sobre el cual consideró, que no interpondría el recurso de reposición, por no ser obligatorio.

SEXTO: El Decreto 498 de 20/09/2010, expedido por el Alcalde, es un acto viciado de nulidad por ILEGALIDAD, FALSA MOTIVACIÓN, DESVIACIÓN DE PODER, INCOMPETENCIA Y VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO, ya que no se daban las condiciones exigidas en el Artículo 73 del CCA, a pesar del esfuerzo del Alcalde de hacer creer, con frases y expresiones jurídicas descontextualizadas, que el hecho de no haber culminado el proceso de selección para el cargo de gerente con cinco (5) concursantes, sino con cuatro (4), era considerado por ellos como ILICITUD y, por ende, calificó de DOLOSA la conducta de haber proferido el acto de nombramiento, contrariando lo exigido en el Decreto 800 de 2008, que regulaba el proceso de selección, según ellos.

Lo anterior es una clara contradicción de la misma administración, pues en el Decreto 498 de 20 de septiembre de 2010 hacen mención de una sentencia del Consejo de Estado donde de manera expresa se dice que la ilicitud debe provenir del afectado con el acto, pues si tal error es de quien lo profiere. es decir, la Alcaldía, y se demuestra que en nada intervino el afectado, tal como ocurre en nuestro caso, la entidad no tenía otra opción que demandar su propio acto ante la jurisdicción Contenciosa administrativa en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no lo hizo, sino todo lo contrario, revocó el acto particular de mi representada

cuando ella no era la responsable del error en que incurrió la administración al preferir su acto de nombramiento, en el cual para nada intervino mi mandante.

SÉPTIMO. La Alcaldesa municipal ni quien estaba encargado NO PODÍAN revocar unilateralmente ni total ni parcialmente, el decreto No.013 del 1° de marzo de 2010, pues tal acto había creado una situación jurídica particular y concreta a mi poderdante, para poderlo hacer se requería que mi poderdante le hubiera autorizado por escrito que lo hiciera pero no lo hizo. Por lo tanto, lo único que podía hacer la administración era demandar su propio acto ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a través de la Acción de Nulidad y restablecimiento del derecho, más conocida como Acción de Lesividad.

OCTAVO. El acto administrativo que se ataca está viciado de nulidad por ilegalidad, falsa motivación, abuso de poder y violación al debido proceso, todo lo cual demostrare en el acápite de concepto de la violación.

NOVENO: Se ha cumplido con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial la cual resultó fallida y de lo cual anexó la constancia correspondiente.

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

- Constitucionales: articulas 1, 2, 6, 13, 25, 29, 89 y 209
- Artículos 1° incisos 2, 3, 4, 28, 34, 35, 73,74 y 84 del C.C.A.

ADUCE QUE EL ACTO ACUSADO ADOLECE DE FALSA MOTIVACION PORQUE SE HIZO CREER QUE EL Decreto por el cual se nombró a la demandante había sido obtenido por medios ilegales, cuando no fue así sino que siempre actuó de buena fe y si hubo algún tipo de irregularidad fue por el municipio.

Manifiesta que es abiertamente ilegal porque no se le dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 73 del C.C.A, ya que se revocó el acto de nombramiento sin

el consentimiento expreso y por escrito del particular, lo que evidencia un abuso de autoridad y violación del debido proceso por parte del alcalde, quien tampoco era competente para ello porque el particular nunca dio su consentimiento para la revocatoria directa.

D.- LA CONTESTACION

La entidad demandada, no contestó la demanda.

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, dictó sentencia el día quince (15) de junio de 2012, negando las pretensiones de la demanda, por considerar que conforme se observa en el artículo 10 del Decreto 1892 de 1994 el competente para realizar el nombramiento del Gerente de una ESE es el representante legal de la respectiva entidad territorial que para el caso era el Alcalde del Municipio de Córdoba, de tal forma que quien puede revocar directamente un acto administrativo es el mismo funcionario que lo expidió, por lo que contrario a lo esgrimido por la parte actora era el Alcalde de Córdoba quien tenía esta facultad, máxime cuando eran evidentes las infracciones en que se había incurrido en la expedición del Decreto que nombró a la señora YOLIMA ROMERO RUIZ.

En este orden de ideas, a juicio del Despacho era manifiestamente ilegal el Decreto No. 013 de 1° de marzo de 2010 mediante el cual se nombró como Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE CORDOBA por lo que podía ser revocado directamente por el Alcalde del Municipio de Córdoba, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y tampoco se advirtió vulneración al debido proceso como se alega en el libelo introductor ya que la señora YOLIMA ROMERO RUIZ pudo hacerse parte en el trámite administrativo y ejercer su derecho de defensa. Fueron estas las razones que llevaron al fallador de primera instancia a negar las pretensiones de la demanda.

VI. LA APELACION

Mediante escrito adiado a folios 296-302, la apoderada de la parte demandante presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia de fecha quince (15) de junio de 2012, con el fin de que sea revocada en su integridad, para en su lugar se acceda plenamente a las pretensiones de la demanda.

En sus argumentos con los que sustenta el recurso, el recurrente manifiesta que el a quo en la sentencia objeto de apelación valoró inadecuadamente las pruebas obrantes en el expediente.

Sigue señalando que el a quo en la sentencia afirma que: "...en el sub lite la demandante acepta que compareció dentro del trámite de revocatoria directa surtido por el Alcalde municipal de Córdoba, por lo que atañe a este punto no se vulneró el debido proceso."

Esta afirmación del a quo no es del todo cierta, comenzando porque a mi mandante no se le solicitó en los términos del artículo 73 del CCA, su consentimiento expreso y por escrito para autorizar la revocatoria del acto de su nombramiento, aspecto que puede ser considerado poco relevante habiéndose adelantado el procedimiento administrativo en los términos del artículo 74, 28 y ss del CCA.

Pero lo que sí resulta inaceptable e irracional, es que en la Resolución No.1584 de dos (2) de agosto de 2010, proferida por la Alcaldesa Municipal, mediante la cual se dio inicio al procedimiento administrativo para revocar de manera directa el acto de nombramiento de mi mandante, SOLO SE HAYA HECHO MENCIÓN A QUE TAL PROCEDIMIENTO DE REVOCATORIA SE INICIABA PORQUE NO SE HABÍA CUMPLIDO CON LO EXIGIDO EN EL ARTÍCULO 4º DEL DECRETO 800 DE 2008, en el sentido que la lista de legibles fue de cuatro (4) personas, y no de cinco (5) como lo exige dicho artículo. Basta una simple lectura de dicha resolución para entender

que fue así.

De la lectura de la Resolución aludida, en ninguna parte de su contenido, parte motiva o resolutive, se dice que las razones que dan lugar al procedimiento de revocatoria directa del acto de nombramiento hayan sido situaciones de carácter DOLOSO, solo era por la supuesta ilegalidad al no cumplirse lo establecido en el artículo 4° del Decreto 800 de 2008.

Es más, en esa resolución, se lee es todo lo contrario, para la muestra dos apartes de la parte motiva:

"4. Que la universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, adelantó el proceso desde la recepción de inscripciones hasta la entrega de resultados definitivos previos a la conformación de tema, cumpliendo a cabalidad las formas y términos señalados para todas y cada una de las etapas del procedimiento.

(...)

11. Que es deber de la Alcaldía Municipal de Córdoba Bolívar, dar cumplimiento al artículo 4° del Decreto 800 de 2008."

Resulta inequívoco que la única razón o motivo para iniciar el procedimiento de revocatoria directa del acto de nombramiento de la Gerente de la ESE era no haberle dado cumplimiento al artículo 4° del decreto 800 de 2008, NUNCA SE HABLÓ DE DOLO Y MENOS DE FALTA DE PUBLICACIÓN DE ACTO ALGUNO. Para demostrar lo aquí dicho basta con leer el documento de fecha 26 de agosto de 2010, recibido en la Alcaldía de Córdoba el día 27 del mismo mes y año, cuyo asunto es pronunciamiento de defensa y suscrito por mi mandante, copia del cual se aportó como prueba documental en la demanda, donde de manera expresa decía lo siguiente:

"...en ningún momento me ha solicitado que de mi consentimiento por escrito, para que revoquen mi acto de nombramiento como Gerente de la Ese de Córdoba Bolívar, el cual desde luego sería NEGATIVO, ya que no podría dar un consentimiento cuando yo no he dado lugar a cualquier tipo de deficiencia o de irregularidad que adolezca el acto de mi nombramiento preferido por el Alcalde municipal.

(...)

En mi caso ninguna de esas hipótesis ha ocurrido, pues, incluso, en el escrito de la referencia ustedes no hacen alusión a ninguna de estas dos hipótesis. Y es obvio que no lo hagan porque no existen."

Es en el Acto demandado donde se sorprendió a todo el mundo, no solo a mi mandante, con el supuesto Dolo y con la supuesta falta de publicidad de unos actos. ¿Eso cómo puede llamarse?, con todo respeto, eso no puede tener un nombre distinto a VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO Y ABUSO DE AUTORIDAD.

Adicionalmente el a quo da por demostrado, sin estarlo, que las razones de ilicitud del acto "...fueron explicadas de forma bastante detallada en el Decreto 498 de 20 de septiembre de 2010. (...)

Dentro de las razones que se invocaron en el acto acusado, fue el hecho de haberse elaborado la lista de elegibles con violación al artículo 4" del Decreto 800 de 2008, por no haberse informado la lista de elegibles en medios de comunicación masivos, y además porque tales omisiones se le atribuían a la señora YOLIMA ROMERO RUIZ., quien en su calidad de gerente encargada de la ESE...tenía acceso a la información que contenía el trámite concursal y que fue entregada mucho antes de ser nombrada gerente (ver folio 24), de donde fluye claro a juicio del Despacho que la

hoy demandante si tuvo la responsabilidad en las ilegalidades que se le atribuyeron al Decreto que (a nombró y no como alega en la demanda que tales ilicitudes las cometió el ente territorial accionado."

Además le cuestiona el a quo a mi mandante de que en la demanda no se hizo ninguna referencia a lo condición de Gerente encargada que tenía la demandante para la época en que se surtió el trámite del concurso y al no controvertirse esa situación infiere, erradamente, que es aceptada por la demandante, por lo que reitera el a quo que "su actuación sí tuvo incidencia en la expedición del Decreto No.013 de 1° de marzo de 2010, mediante el cual se le nombró como Gerente".

El a quo incurre en un yerro insubsanable al hacerle una imputación de dolo a la demandante, sin que obre una sola prueba en el expediente que demuestre que ella haya actuado de manera dolosa, es más ni siquiera culposa, pues hay que recordar que la parte demandada NO CONTESTÓ LA DEMANDA Y MENOS PROPUSO EXCEPCIONES, las pruebas existentes en el expediente fueron aportadas y solicitadas por nosotros, lo cual da fe de nuestra lealtad procesal.

Son estos los argumentos con los que los que el recurrente sustenta su recurso de apelación, para en su lugar revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y conceder las pretensiones de la demanda.

VII. TRÁMITE PROCESAL TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 25 de febrero de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha 6 de septiembre de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.
- Conforme a lo dispuesto en el acuerdo PSAA12-9201 pasó al despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de fallo.

VIII.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado en el presente asunto, rindió concepto señalando que el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena se debe revocar, teniendo en cuenta que el Decreto No. 013 de 1° de marzo de 2010 mediante el cual se nombró como Gerente de la E.S.E. Centro de Salud con Camas de Córdoba, consideró el a-quo que el acto demandado es ilegal, por ello se podía revocar directamente por el Alcalde del Municipio de Córdoba, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como tampoco se advirtió vulneración al debido proceso como se alega en el libelo introductor ya que la señora Yolima Romero Ruiz pudo hacerse parte en el trámite administrativo y ejercer su derecho de defensa.

Al respecto de la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto, el art 73 del C.C.A. establece que:

"Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

Lo que quiere decir que para que el acto de nombramiento de la Gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba fuera revocado tenía que existir el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En el expediente no existe prueba de que la accionante haya expresado estar de acuerdo con la revocatoria del acto en cuestión, y por el hecho de que esta haya comparecido dentro

del trámite de revocatoria directa surtida por el Alcalde Municipal de Córdoba, no significa que no se le haya vulnerado el debido proceso.

Ahora bien, si el Alcalde consideró que hubo ilegalidad en el acto administrativo de nombramiento de Yolima Romero Ruiz como Gerente de la ESE, el procedimiento a seguir no era el de la revocatoria directa del acto, por las razones expuestas anteriormente, sino el de demandar su propio acto mediante acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, tal como lo estipula el artículo 85 del C.C. A y conocida doctrinalmente como acción de lesividad.

IX.- CONSIDERACIONES.

1. COMPETENCIA.

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

2. SÍNTESIS DEL CASO.

En síntesis en el presente caso pretende la demandante que *se declare la Nulidad del Decreto 4989 de fecha veinte (20) de septiembre de 2010, proferido por el Alcalde encargado (e) ALEX DIAZ CAMPO, mediante el cual se revocó de manera directa el Decreto No. 013 de fecha 1° de marzo de 2010, a través del cual había sido nombrada como gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar), y como consecuencia de la Nulidad del Acto Administrativo antes mencionado y a título de restablecimiento del derecho, el MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), a través de su Alcalde, reintegre, sin solución de continuidad, a la señora YOLIMA GREGORIA ROMERO RUIZ, al cargo de gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar), y que igualmente a título de restablecimiento del derecho se condene al MUNICIPIO DE CORDOBA (Bolívar), el reconocimiento y pago*

de la totalidad de los salarios, primas, vacaciones y demás prestaciones sociales dejadas de devengar, aportes a la seguridad social, desde el momento de su desvinculación hasta cuando se haga efectivo su reintegro, sin que se considere que existió solución de continuidad.

El a-quo negó las pretensiones de la demanda, por considerar que conforme se observa en el artículo 10 del Decreto 1892 de 1994, el competente para realizar el nombramiento del Gerente de una ESE es el representante legal de la respectiva entidad territorial que para el caso era el Alcalde del Municipio de Córdoba, de tal forma, quien puede revocar directamente un acto administrativo es el mismo funcionario que lo expidió, por lo que contrario a lo esgrimido por la parte actora era el Alcalde de Córdoba quien tenía esta facultad, máxime cuando eran evidentes las infracciones en que se había incurrido en la expedición del Decreto que nombró a la señora YOLIMA ROMERO RUIZ

Por su parte el recurrente en sus argumentos con los que sustenta el recurso, manifiesta que el a-quo en la sentencia objeto de apelación valoró inadecuadamente las pruebas obrantes en el expediente, tal como lo pasamos a demostrar.

Sigue señalando que a su mandante no se le solicitó en los términos del artículo 73 del CCA, su consentimiento expreso y por escrito para autorizar la revocatoria del acto de su nombramiento.

Finalmente el señor Agente del Ministerio Público, rindió concepto señalando que el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena debe ser revocado, teniendo en cuenta que el Decreto No. 013 de 1° de marzo de 2010 mediante el cual se nombró como Gerente de la E.S.E. Centro de Salud con Camas de Córdoba, consideró el a-quo que el acto demandado es ilegal, por ellos se podía revocar directamente por el Alcalde del Municipio de Córdoba, sin necesidad de acudir a la Jurisdicción Contenciosa

Administrativa, como tampoco se advirtió vulneración al debido proceso como se alega en el libelo introductor ya que la señora Yolima Romero Ruiz pudo hacerse parte en el trámite administrativo y ejercer su derecho de defensa

3. ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Acto administrativo contenido en el Decreto No. 4989 de fecha veinte (20) de septiembre de 2010, proferida por el Alcalde encargado (e) ALEX DIAZ CAMPO, mediante el cual se revocó de manera directa el Decreto No. 013 de fecha 1° de marzo de 2010, a través del cual había sido nombrada como gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar).

4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

Vistos los argumentos expuestos por el recurrente, así como los expuestos por el Juez a-quo en la sentencia apelada, la Sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en determinar la legalidad del acto acusado Decreto No. 4989 de fecha veinte (20) de septiembre de 2010, por medio del cual se revoca de manera directa el Decreto No. 013 de fecha 1° de marzo de 2010, a través del cual se nombró a la actora como gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar), es decir determinar si el acto impugnado se expidió conforme a las normas legales y por tanto si se encuentra ajustado a derecho, estableciendo concretamente si el hecho de no haberse presentado una aceptación expresa de la revocatoria por parte de la afectada, da lugar o no a la declaratoria de nulidad del acto acusado.

5. TESIS DE LA SALA DE DECISIÓN.

Para esta Sala de decisión, la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda deberá ser revocada, dado que la revocatoria directa de un acto administrativo que haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreta, solo podrá ser expedida con el consentimiento previo, expreso y escrito del

respectivo titular, salvo que el beneficiario se haya valido de medios ilegales o fraudulentos para obtener la decisión, y en el caso bajo estudio se revocó directamente el acto de nombramiento de la demandante como gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar), sin que esta hubiese aceptado dicha revocatoria, y sin que las razones por las cuales se procedió a revocar fueran imputables a actos ilegales o fraudulentos cometidos por parte de la afectada.

La anterior tesis se desarrolla bajo los siguientes argumentos:

6. DE LA REVOCATORIA DIRECTA

La Revocatoria Directa puede considerarse como un principio de Derecho Administrativo o bien como un recurso extraordinario; que le da facultad a los funcionarios que hayan expedido Actos Administrativos, para suprimiéndolo del mundo jurídico por ellos mismos.

El Código Contencioso Administrativo establece en su Artículo 69 unas causales de revocación las cuales son:

- Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley.
- Cuando no estén conforme con el interés Público o Social, o atenten contra el.
- Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

De igual manera cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no puede ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Claro está que cuando estos resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, o también en el caso en que fuere evidente que el acto ocurrió por medio ilegales.

El artículo 73 de Código Contencioso Administrativo es muy claro al interponerle un límite a la revocatoria directa de actos de carácter particular y concreto, ya que estos no podrán ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, es de considerar que esta apreciación del primer inciso del artículo 73 del

C.C.A. se está refiriendo a la regla general en cuanto a la revocatoria directa del acto particular y concreto, seguidamente en el inciso segundo se encuentra establecida la excepción a la regla antes mencionada, ya que dicho acto resulte de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A. o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales se podrá revocar directamente el acto sin el consentimiento expreso del titular.

Para dar aplicación del inciso segundo del Artículo 73 del C.C.A. hay que tener presente cuando es ilegal y manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley.

Un acto administrativo es ilegal cuando no se hayan aplicado los requisitos necesarios para su elaboración, pero que además de dar aplicación a los requisitos para su existencia y valides debe ceñirse al marco legal que corresponda, y respetar a cabalidad la Constitución y la ley, además es necesario que quien expida el acto tenga la facultad legal para otorgarlo dándole así aplicación a la regla general de jurisdicción y competencia.

En algunas ocasiones se puede observar que el acto administrativo se encuentra otorgado por la autoridad competente para ello y además se ajusta a la ley que regula el asunto al cual se refiere, pero que a pesar de ello es ilegal debido a que el fin buscado por dicho acto es distinto al previsto por el legislador, es decir; se crea un acto administrativo con una desviación de poder la cual lo llevaría a caer en la ilegalidad.

La figura jurídica de la revocatoria directa busca suprimir del mundo jurídico un acto administrativo de carácter particular y concreto que resulta contrario al interés general y al orden jurídico, de manera expresa (acto administrativo que literalmente revoca) o tácita (acto contrario a uno anterior).¹ Así las cosas, su naturaleza es similar a la acción de simple nulidad pues busca, en esencia, proteger el ordenamiento jurídico superior, sin detenerse en restablecer y reparar situaciones de carácter particular y

¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de noviembre 14 de 1975, C P Luis Carlos Sachica, ACE, T lxxxix, N°s 447-448, 1975, p.79 " . busca no permitir que continúe vigente y produzca efectos un acto contrario al orden jurídico o al interés público o social, es decir, el imperio del principio de legalidad y el de la oportunidad y conveniencia de la Administración, entendida como servicio público y obrando en función de ese servicio..."

concreto.

La revocación directa no opera frente a actos administrativos de carácter general, donde lo técnico es hablar de derogatoria.² En este evento estamos ante actos administrativos que regulan situaciones impersonales y abstractas, donde la administración no se encuentra comprometida frente a una persona en particular y por ende, sencillamente puede dejar sin efectos parcial o totalmente, sin ningún tipo de limitación, el acto general respectivo. Por otro lado, es perfectamente viable solicitar, por cualquier persona, la derogación de un acto administrativo de carácter general, por ser contrario al orden jurídico o por ser inconveniente o inoportuno (Inciso segundo del artículo 71 del C.C.A.).³ Ahora, es importante acotar sobre este tópico que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no reguló la derogación a solicitud de parte frente a actos administrativos generales, sin embargo, consideramos que esta posibilidad se mantiene incólume, pues dicha solicitud se puede tramitar a través del derecho de petición en interés general.

En sentencia del 16 de julio de 2002 con ponencia de la Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO⁴ el Consejo de Estado analizó la figura de la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y expresó:

“La revocación de los actos administrativos indudablemente constituye uno de los temas más difíciles en la doctrina y la jurisprudencia, pues las divergencias surgen a partir de la precisión misma de su concepto. En nuestra legislación, la revocación es la extinción del acto en la vía administrativa, bien por razones de legalidad o de conveniencia o de interés público o social.

² “... consideramos que lo técnico jurídicamente, si la administración pretende dejar sin efectos en cualquier tiempo un acto de contenido general, por las razones del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo o cualquiera otra, es proceder a su derogación”. (Santofimio, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 276).

³ “La abrogación o derogación del acto general (que no a otra cosa equivale su revocatoria) generalmente obedece a hechos o circunstancias sobrevinientes, distintos o aún contrarios a los que determinaron su expedición, tornándolo incompatible con el interés general u opuesto al bien común” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Mayo 5 de 1981)

⁴ CONSEJO DE ESTADO-SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO- dieciséis (16) de julio de dos mil dos (2002)-Radicación número. 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029)-Actor: JOSÉ MIGUEL ACUÑA COGOLLO-Demandado. DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Dispone el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo:

“Causales de revocación. Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1.- Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley.*
- 2.- Cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él;*
- 3.- Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.*

Según el precitado artículo, la potestad para revocar los actos administrativos radica en cabeza de la misma autoridad administrativa que lo profirió, por conducto, bien del funcionario que lo expidió o por su superior jerárquico. Dicha facultad puede ejercerse de oficio o a solicitud de parte.

Ahora bien, el procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto está previsto en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo.

*Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, **o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.***

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

La Sala Plena de esta Corporación ha sostenido respecto al entendimiento de la anterior norma, lo siguiente:

“A diferencia del decreto 2733 de 1959, el Decreto 01 de 1984 contempló dos excepciones a la prohibición de revocar los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas o reconocedores de derechos de igual categoría, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular:

a) La prevista en el inciso 2º del artículo 73 antes transcrito, es decir que la administración tiene la potestad de revocar unilateralmente los actos administrativos que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, para lo cual pueden presentarse dos situaciones:

-Que se den las causales contempladas en el artículo 69 del C.C.A., en otras palabras, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política y a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

-Que sea evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

b) El inciso final de dicho artículo (73), permite la revocatoria de los actos administrativos, cuando sea necesaria para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión. Esta disposición no constituye propiamente una excepción a la prohibición que se examina, sino que puede considerarse como un instrumento adecuado para corregir imprecisiones que no inciden en el fondo de determinado acto administrativo.

No obstante, es necesario aclarar que la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos es referida únicamente a los derivados del silencio administrativo positivo, en tales excepciones no se halla comprendida la disposición contemplada en el inciso 1º del artículo 73. Se agrega que a la luz del artículo 41 ibídem, solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Hechas las anteriores precisiones, se puede afirmar que es verdad incontrovertible que si se reúnen los presupuestos legales para la revocación del acto, la administración debe solicitar a su respectivo titular el consentimiento expreso y escrito; si no lo obtiene, no estando autorizada para

revocarlo, debe demandar su anulación ante la autoridad judicial competente.

Es la filosofía que orienta el artículo 73 del C.C.A., una de las normas garantes de la seguridad jurídica, del respeto y vigencia de los derechos de los asociados dentro del Estado Social de Derecho. Este criterio se ha mantenido uniforme, no solo en distintos pronunciamientos de la Sala Plena de la Corporación, sino también en sus Secciones.⁵ “

*Como se puede observar del razonamiento anterior, la interpretación que hizo la Sala del artículo 73 del C.C.A sólo contempló la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del particular, cuando se deriven del silencio administrativo positivo, **planteamiento que revisa la Sala en esta oportunidad**, pues una nueva lectura del citado artículo 73 del Decreto 01 de 1984 permite ampliar el alcance que otrora señaló esta Corporación y llegar a una conclusión diferente, como se analizará en el capítulo siguiente.*

2.- Interpretación y alcance del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, cuanto resulta evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Antes de examinar los términos en que fue consagrada en el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) la revocación de actos de carácter particular y concreto, es preciso hacer referencia a la génesis del precitado artículo 73.

Como es sabido, el Decreto 01 de enero 2 de 1984 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 11 de la Ley 58 de 1982, oída la Comisión Asesora creada por el artículo 12 de la misma ley. En lo que respecta a la revocación de los actos administrativos, fueron extensos los debates y numerosas las versiones que elaboró la Comisión Asesora sobre el particular, como da cuenta la recopilación que en forma juiciosa hizo el Banco de la República⁶, versiones que en aras de la economía no es preciso registrar en esta providencia.

(...)

Sobre este punto de la revocación de los actos administrativos, es relevante señalar que el acto administrativo a que se refiere la parte final del inciso

⁵ Sentencia del 1º de septiembre de 1998. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M.P. Dr. Javier Díaz Bueno. Exp. S-405 Actor: Eliseo Gordillo Torres.

⁶ Antecedentes del Código Contencioso Administrativo Colección Bibliográfica Banco de la República T I-II-III-y IV 1985

segundo del artículo 73 del Código Contencioso administrativo, **es al acto ilícito**, en el cual la expresión de voluntad del Estado nace viciada bien por violencia, por error o por dolo, no al acto inconstitucional e ilegal de que trata el artículo 69 del C.C.A., que habiéndose formado sin vicios en la manifestación de voluntad de la administración, pugna contra la Constitución o la ley.

La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica por qué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.

Ahora bien, el hecho de que el acto administrativo se obtenga por medios ilegales puede provenir de la misma administración o del administrado o de un tercero, pues en eso la ley no hace diferencia. Pero además, el medio debe ser eficaz para obtener el resultado, ya que es obvio que si algún efecto se produce, éste debe provenir de una causa eficiente, como quiera que si esa causa no es eficiente el resultado no se le puede imputar a tal causa. El medio pues tiene que producir como resultado un acto administrativo viciado en su consentimiento, por vicios en la formación del acto administrativo y por esa vía es por lo que se puede llegar a la conclusión, se repite, de la revocación de tal acto, sin consentimiento del particular afectado, previa la tramitación del procedimiento señalado en el artículo 74 del C.C.A.

(...)

Los criterios jurisprudenciales anteriores son perfectamente aplicables para interpretar el inciso segundo del artículo 73, ya que se requiere que se den unas condiciones especialísimas para que la administración enmiende la situación aberrante y antijurídica que se presenta en su acto ilícito. **Y en esta intelección de la norma es necesario hacer énfasis en el hecho de que la ocurrencia de medios ilegales debe ser debidamente probada. Es decir, se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y debidamente demostrados tal situación.** Es por ello, que debe seguirse el procedimiento del artículo 74 del Código Contencioso Administrativo, el que a su vez remite a la actuación del artículo 28 (comunicación a los interesados de la actuación

administrativa y citación) con el fin de que el administrado haga uso del derecho de defensa y contradicción.

Y en este punto, debe ser enfática la Sala en señalar, **que es claro que no se trata de situaciones en las cuales la autoridad pública pueda intuir la ilegalidad de los medios usados para obtener o provocar el acto administrativo que se revoca, como quiera que debe darse una evidencia de ello. En esa medida, en la motivación del acto revocatorio la administración está obligada a dejar constancia expresa acerca de los elementos de juicio que la llevaron a tal conclusión, previo, se repite, la comunicación y citación del particular afectado, con el fin de que pueda defenderse de tal decisión, como lo prevé el artículo 74 del Código Contencioso Administrativo. Resulta pertinente resaltar que además de la defensa en sede gubernativa, el administrado puede controvertir la decisión en sede contenciosa, si considera que la actuación de la administración lo ha lesionado en su derecho. (Destaca la Sala).**

Se requiere pues para revocar el acto administrativo de carácter particular, sin autorización escrita del administrado, como ya lo ha señalado la Sección Tercera de esta Corporación **“que se trate de una abrupta abierta e incontrovertible actuación ilícita o fraudulenta, debidamente probada...”**⁷. Entendida tal actuación ilícita, como se dijo en párrafos antecedentes, como un vicio en la formación de la voluntad de la administración, que bien puede ocurrir por error, fuerza o dolo”.

Existen dos eventos en los cuales la Administración puede revocar de oficio en cualquier tiempo un acto administrativo particular sin el consentimiento expreso y por escrito de su titular, cuales son:

1.1. Que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A.

1. 2. Que resulte evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, es decir, se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y

⁷ Sentencia del 16 de febrero de 2001 M P :Dr.: Ricardo Hoyos Duque Exp. 12907. Actor Adonai Guevara Torres

además debe estar demostrada tal situación.

2. Y que si bien la Administración puede revocar directamente un acto administrativo de carácter particular y concreto sin la anuencia del titular del derecho, tiene la **obligación** de citar a este último para que comparezca a la respectiva actuación administrativa en aras de que ejerza su derecho de audiencia y defensa, pues si no lo hace vulnera lo contemplado en los artículos 74 y 28 del C.C.A. y en todo caso para la revocatoria del acto administrativo de carácter particular, debe existir consentimiento expreso del afectado para que se pueda acceder a la revocatoria.

7. DE LAS PRUEBAS APORTADAS

- Copia autenticada del Decreto No. 498 de fecha 20 de septiembre de 2010, proferido por el Alcalde Municipal (e) de Córdoba (Bolívar), señor ALEX DIAZ CAMPO, mediante el cual se revoca el acto de nombramiento de la actora en el cargo de Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE CORDOBA – BOLIVAR.(fl. 15-26)
- Copia auténtica del Decreto No 013 del 1° de marzo de 2010, proferido por la Alcaldesa Municipal de Córdoba (Bolívar), por medio del cual se nombró a la accionante como Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE CORDOBA – BOLIVAR. (fl. 27-30)
- Copia del acta de posesión de fecha de posesión de fecha 01 de marzo de 2010, en la cual consta que la señora Yolima Romero Ruiz tomo posesión del cargo de Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE CORDOBA- BOLIVAR.(fl. 31)
- Certificación de tiempo de servicios, cargo que desempeñaba y salario mensual devengado por la demandante YOLIMA ROMERO RUIZ, expedido por la Jefe de relaciones laborales y talento humano de la ESE CENTRO DE

SALUD CON CAMAS DE CORDOBA – BOLIVAR, de fecha 19 de octubre de 2010.(fl. 32)

- Copias del escrito de defensa de fecha 26 de agosto de 2010, presentado por la accionante a la Alcaldesa de Córdoba (Bolívar), dentro del proceso administrativo de revocatoria directa, con fecha de recibido 27 de agosto de 2010. (fl. 33-37)
- Copias auténticas del título de bacterióloga que ostenta la señora OLIMA ROMERO RUIZ, así como del título de especialista en Gerencia de los Servicios de Salud, con sus respectivas actas de grado, otorgadas por las Universidades Metropolitana de Barranquilla y CECAR de Sincelejo, respectivamente. (fl. 38-41)
- Constancia de no conciliación No. 1452-2010, de fecha 28 de enero de 2011, proferida por la Procuraduría 65 Judicial I de la ciudad de Cartagena. (fl. 42-43)

A continuación se relacionan las pruebas más relevantes para esta Sala de los documentos contentivos del procedimiento de revocatoria directa que culminó con la expedición de la resolución No. 498 del 20 de septiembre de 2010, aportadas por el señor Alcalde del Municipio de Córdoba – Bolívar:

- Copia auténtica de la Resolución No. 1584 de agosto 2 de 2010, por medio del cual se ordena iniciar actuación administrativa para la revocatoria directa del Decreto No. 013 de fecha 1° de marzo de 2010, por medio del cual se hace un nombramiento para periodo fijo. (fl. 103-107)
- Copia auténtica de la constancia de fijación y desfijación del edicto por medio del cual se notifica la resolución No. 1584 del día 2 de agosto de 2010,

expedida por la Alcaldía Municipal de Córdoba Bolívar, a la Doctora YOLIMA ROMERO RUIZ. (fl. 108-109)

- Copia auténtica de acta de notificación personal de la resolución No. 1584 de agosto 2 de 2010, expedida por la Alcaldía Municipal de Córdoba Bolívar a la señora YOLIMA ROMERO RUIZ. (fl. 111)
- Copia auténtica de la comunicación de la expedición de la resolución No. 2360 de fecha 13 de septiembre de 2010, por medio del cual se limitan unas pruebas ordenadas dentro del trámite de revocación iniciado mediante resolución No. 1584 del 2 de agosto de 2010. (fl. 112)
- Copia auténtica de la resolución No. 2360 del 13 de septiembre de 2010, por medio del cual se limitan unas pruebas ordenadas dentro del trámite de revocación iniciado mediante resolución No. 1584 del 2 de agosto de 2010. (fl. 113-115)
- Copia auténtica de la notificación de la lista de elegibles concurso de méritos, suscrita por el Coordinador Concurso de Méritos- UNAD CEAD SIMON BOLIVAR, en donde consta como resultado final del concurso de méritos llevado a cabo por la UNAD CEAD SIMON BOLIVAR, cuatro miembros de la terna, para que el Alcalde designe el nuevo Gerente de dicha Empresa Social del Estado. (fl. 255)
- Copia auténtica de los resultados finales consolidados, expedido por el Coordinador Concurso de Méritos- UNAD CEAD SIMON BOLIVAR, en donde se observa que solo 4 aspirantes obtuvieron el puntaje por encima de 70. (fl. 260)

8. Conclusiones del caso.

De los pruebas obrantes en el expediente, quedó demostrado que la señora YOLIMA GREGORIA ROMERO RUÍZ, es Bacterióloga de profesión, Especialista en Gerencia de los Servicios Públicos de Salud, y que mediante concurso público de méritos adelantado por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE CÓRDOBA (Bolívar), luego de aprobar todas las etapas del proceso de selección, fue nombrada como GERENTE, al ocupar el primer puesto del concurso, mediante el Decreto No.013 de lo de marzo de 2010.(fl. 27-30)

Así mismo quedó demostrado que la Alcaldesa municipal de Córdoba (Bolívar), el día dos (02) de agosto de 2010, profirió la resolución No. 1584, por medio de la cual ordenó iniciar oficiosamente actuación administrativa para la revocatoria directa del decreto No. 013 de lecha 1° de marzo de 2010, por medio del cual se había nombrado a la señora YOLIMA ROMERO RUIZ en el cargo de Gerente de la ESE Centro de Salud con Camas del Municipio de Córdoba (Bolívar). (fl. 103-107)

Quedó demostrado que mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2010, recibido el día 27 de agosto del mismo mes y año, dirigido a la Alcaldesa Municipal de Córdoba la actora le manifestó la ilegalidad de la actuación administrativa que estaba adelantando, ya que el acto mediante el cual a ella la habían nombrado, Decreto No.013 del 1° de marzo de 2010, era un acto de carácter particular y concreto y para poderlo revocar se necesitaba de su consentimiento expreso y por escrito, el cual no se lo habían solicitado y, además, ella no estaba dispuesta a otorgarlo en el evento que lo hubiesen hecho ya que consideraba que ello no habla transgredido ninguna norma constitucional o legal. (FL. 33-37)

También está probado que la entidad territorial, a través de su Alcalde (e), señor ALEX DÍAZ CAMPO, profirió el Decreto 4989 de fecha veinte (20) de septiembre de 2010, mediante el cual revocó de manera directa el Decreto No.013 de fecha 1° de marzo de 2010, por el cual había sido designada la actora como Gerente de la ESE Centro de Salud con camas de Córdoba (Bolívar). (fl. 15-26)

Sea lo primero señalar por parte de esta Sala, que en el presente caso, la señora Yolima Romero Ruiz, acepta que compareció dentro del trámite de revocatoria directa efectuado por el Alcalde Municipal de Córdoba, por lo que en lo que concierne a la violación del debido proceso, en este caso no operaría, toda vez que la actora compareció, y tuvo la oportunidad de defenderse en este procedimiento de revocatoria directa, razón por la cual considera esta Sala que no se le violó el debido proceso, sin embargo el hecho de haber participado la afectada en el trámite de revocatoria directa, no genera per se la aceptación de la revocatoria directa.

Ahora bien, observa esta Sala en el acto acusado "Decreto No. 498 de Septiembre 20 de 2010", dentro de los motivos o razones que fundamentaron esta decisión de revocar directamente el acto de nombramiento, es que luego de una valoración probatoria, el Alcalde (e), dentro de sus razones para revocar el acto administrativo, expresó que el acto de nombramiento de la señora Yolima Romero Ruiz como Gerente de la ESE , ocurrió por medios ilegales , en razón de que la lista de elegibles no se integró con el mínimo de cinco (5) aspirantes que establece el artículo 4° del Decreto 800 de 2008, por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 28 de la Ley 1122 de 2007.

Por lo anterior se puede concluir que la razón por la cual se procedió a la revocatoria directa del acto de nombramiento de la demandante, fue la violación al artículo 4° del decreto 800 de 2008, sin embargo el hecho que se hubiese presentado una lista de (4) aspirantes y no de (5) como contempla la norma, es un hecho que si bien puede entenderse como ilegal, ello no significa que sea imputable a la señora Yolima Romero Ruiz, o que esta hubiese obtenido su nombramiento por medio ilegales, pues el proceso de selección no estaba a su cargo y ella era una simple concursante, quien obtuvo el puntaje requerido para acceder al cargo, por consiguiente una vez realizado el nombramiento de esta señora en el cargo de gerente de la mencionada ESE, solo podía ser revocado directamente su nombramiento con su anuencia expresa, aceptación que como ya se dijo no se configuró con la participación de la afectada en el trámite de revocatoria directa, lo que lo hace un acto administrativo de

revocatoria directa viciado de nulidad.

Es del caso recordar que el artículo 73 del C.C.A., establece que cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Así mismo señala que habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, momento en el cual la administración podrá revocar directamente el acto de carácter particular, siempre y cuando cuente con la aceptación expresa del afectado, o en su defecto podrá iniciar la acción contenciosa administrativa necesaria para demandar el acto administrativo que considere contrario a derecho.

Es preciso dejar claro por esta Sala que si bien el acto administrativo de revocatoria directa, fue expedido para revocar un nombramiento realizado en el desarrollo de un procedimiento que no estuvo ajustado a la ley, no puede entenderse que el nombramiento de la señora Yolima Romero Ruiz, provino de medios ilegales, pues los medios ilegales en este caso no deben entenderse como aquellas irregularidades cometidas por la misma administración, como sucedió en el caso del proceso de selección del de la ESE al no completar la lista de los (5) aspirantes, sino que deben entenderse los medios ilegales como aquellas irregularidades cometidas por la persona que resultó elegida, situación que no se presenta en el caso bajo estudio, y que por consiguiente no debe entenderse que la señora Yolima Romero Ruiz, obtuvo su nombramiento por medios ilegales, sino que fue la misma administración la que no cumplió con los parámetros legales, por consiguiente la administración solo podía revocar directamente el acto de nombramiento con el consentimiento expreso de la afectada, o en su defecto debió demandar la ilegalidad del proceso de selección.

Por todo lo anterior es dable concluir que la revocatoria directa contenida en el

Decreto 4989 del (20) de septiembre de 2010 proferida por el Alcalde encargado (e) ALEX DIAZ CAMPO, mediante el cual se revocó de manera directa el Decreto No. 013 de fecha 1° de marzo de 2010, a través del cual había sido nombrada como gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar) señora Yolima Romero Ruiz, se encuentra viciada de nulidad, por consiguiente se declarará su nulidad en la parte resolutive de esta sentencia.

A título de restablecimiento del derecho la demandante solicita que se ordene la reincorporación al cargo, siempre y cuando se encuentre dentro del periodo para el cual fue nombrada, o en su defecto se le cancelen todos los salarios y prestaciones sociales que hubiese devengado si no se hubiera retirado del cargo.

Al revisar el material probatorio, en especial el acto administrativo de nombramiento de la señora Yolima Romero Ruiz, como gerente de la ESE, contenida en el nombramiento para periodo fijo No.13 (Folio 27-31), se encuentra que su periodo terminó el 31 de marzo de 2012, por consiguiente a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago de todos los salarios y prestaciones sociales que la demandante dejó de devengar en el cargo de gerente de la ESE, desde el momento de su desvinculación generada por la revocatoria directa de la cual se está decretando la nulidad, y hasta la terminación de su periodo, es decir se le deberán cancelar a título de indemnización salarios y prestaciones sociales entre el 20 de septiembre de 2010 y el 31 de marzo de 2012. Las sumas canceladas deberán ser debidamente actualizadas con base en índice de precios al consumidor vigente al momento del pago.

En relación con la condena en costas solicitada por el actor, esta Sala no accederá a dicha pretensión, en atención a que no existe a juicio de esta judicatura, una intención temeraria o dilatoria por parte de la entidad accionada, y la no aplicación al derecho invocado en instancia administrativa, se debe a una interpretación normativa que conlleva a la exposición de un criterio, por ello en este aspecto será confirmada la sentencia de primera instancia.

X. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha quince (15) de junio de 2012, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Declarar la nulidad Decreto 4989 de fecha veinte (20) de septiembre de 2010, proferida por el Alcalde encargado (e) ALEX DIAZ CAMPO, mediante el cual se revocó de manera directa el Decreto No. 013 de fecha 1° de marzo de 2010, a través del cual había sido nombrada como gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar) a la señora Yolima Romero Ruiz.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho ordenar al Municipio de Córdoba (Bolívar), a cancelar a la señora Yolima Romero Ruiz, el pago de todos los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar en el cargo de gerente de la ESE Centro de Salud con Camas de Córdoba (Bolívar), desde el momento de su desvinculación generada por la revocatoria directa de la cual se está decretando la nulidad, y hasta la terminación de su periodo, es decir se le deberán cancelar a título de indemnización los salarios y prestaciones sociales entre el 20 de septiembre de 2010 y el 31 de marzo de 2012.

Las sumas canceladas deberán ser debidamente actualizadas con base en índice de precios al consumidor vigente al momento del pago.

CUARTO: Negar la condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, expídase primera copia para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

SEXTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

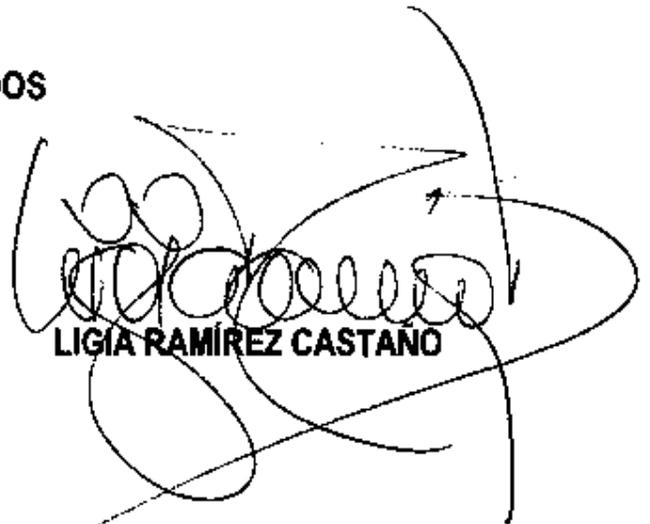
SEPTIMO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO


JORGE FANDIÑO GALLO

ABC



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1344
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: LUIS EDUARDO CASTAÑO MARTINEZ
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-005-2001-01290-01
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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 160 a 169

(1.º)



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

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

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 30212013

TEMA: Declaratoria de Insubsistencia.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 005 2001 01290 01

II. PARTES

Demandante: LUIS EDUARDO CASTAÑO MARTINEZ

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

1. El señor LUIS EDUARDO CASTAÑO MONTAÑES, fue nombrado legalmente por medio del Decreto 473 del mes de mayo de 1998 de manera provisional en el cargo de mensajero, código 6011 grado 08 en la sección de CORRESPONDENCIA Y ARCHIVO de la Secretaría de Servicios Administrativos de la Gobernación del Departamento de Bolívar, del cual fue debidamente posesionado.

2. Posteriormente fue incorporado por el Decreto 1021 del 7 del mes de octubre de 1998 al cargo de Ayudante, código 610 grado 05, del que fue también debidamente posesionado para prestar sus servicios en la Secretaría de Apoyo Logístico de la mencionada Gobernación, hasta el día 9 de abril de 2001, fecha en que fue declarado insubsistente mediante el decreto 0222 de la misma fecha y nombrado en el mismo acto en su reemplazo al señor DORISMEL ZUÑIGA NUÑEZ.

3. La hoja de vida del accionante demuestra el cabal y fiel cumplimiento de sus deberes, los que ejerció además con idoneidad, eficiencia, honestidad y con el más alto criterio de servidor público.

4. Sabemos que para el ingreso a la función pública se utilizan los nombramientos ordinarios; para los empleados que sean de libre nombramiento y remoción; en periodo de prueba: para los empleos que pertenecen a la carrera administrativa previo concurso; para ascenso: para los empleos escalafonados en la carrera administrativa a fin de prever empleos de la misma serie o a fines o del mismo cuadro ocupacional (ley 443 -98, Art. 21, 23, D.R. 1572 de 1998, Arts. 10, 11) y Excepcionalmente por nombramiento

provisional para empleos que pertenecen a la Carrera Administrativa, pero que se provee transitoriamente con personal no seleccionado por concurso (D.R. 1572 de 1998, Art. 4), (C. Const. Sent. C-109, Feb 9-00).

5. El mencionado Decreto N° 222 del 9 de abril de 2001 que aquí se impugna y por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se encuentra incurso en una causal de anulación o vicio de nulidad por haber sido expedido en forma irregular, al no consignar en él la autoridad nominadora los motivos justificantes de la decisión, siendo que el cargo de Ayudante, Código 610-05, no es empleo público de libre nombramiento y remoción, pues como ya se dijo, fue nombrado en un cargo de carrera por la figura de provisionalidad donde no opera la discrecionalidad del nominador.

6. De conformidad con lo dispuesto en el Art. 26 del Decreto 2400 del 68 y su Decreto Reglamentario 1950 del 73, en su Art. 107, en el Art. 189 C.N., numerales 1 y 13, en concordancia en el Art. 5 de la Ley 443 de 1998, no existe ninguna otra disposición de carácter especial que haya adscrito el empleo desempeñado por mi representado dentro de los que se pueda ejercer la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, lo cual también hace relevante el vicio en la emisión de voluntad del ente administrativo.

7. Mi mandante para la fecha de la declaratoria de insubsistencia devengada un sueldo básico mensual de quinientos setenta y ocho mil novecientos treinta y siete pesos con quince centavos (\$578.937.15), prima de navidad y prima de servicios.

8. Con la expedición del acto demandado queda agotada la vía gubernativa, puesto que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento como lo sostiene la jurisprudencia contencioso – administrativa, no es susceptible de recurso alguno.

9. El señor Gobernador invoca en el Decreto acusado, el uso de atribuciones constitucionales y legales para tomar la decisión de separar del cargo a mi poderdante, pero el acto administrativo debió ser motivado con el señalamiento de los motivos justificantes y la norma que lo autoriza (Arts. 35 y 36 del C.C.A.) y/o del hecho y de las causas que lo ocasionaron (D.1. 2400-68 Art. 26). Aún cuando en respuesta a una acción de tutela interpuesta por el mismo accionante en esta demanda, el ente nominador respondió que la desvinculación de que fue objeto mi poderdante se hizo con base en el uso de las facultades discrecionales que le confieren el Decreto Reglamentario 1572 de 1998.”(SIC)

B- PRETENSIONES

“ 1. Que es nulo el Decreto N° 222 de fecha 9 del mes de abril del 2001 expedido por el Dr. Luis Daniel Vargas Sánchez, en su calidad de Gobernador del Departamento de Bolívar, mediante el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor LUIS EDUARDO CASTAÑO MONTAÑES del cargo de ayudante, código 610-05 de la Secretaría de Talento Humano asignado a la Secretaría de Apoyo Logístico de la citada gobernación.

2. Que el título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Gobernación del Departamento de Bolívar, el reintegro de mi poderdante al cargo que venía desempeñando u otro empleo de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad al día 9 de abril de 2001, fecha de la insubsistencia.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la Gobernación del Departamento de Bolívar, a reconocer y pagar al actor o a quien representen sus derechos, todas las sumas correspondientes a sueldos, primas,

bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, con retroactividad a la fecha de la insubsistencia, hasta cuando sea reincorporado al servicio, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia.

4. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el Art. 178 del C.C.A., aplicando los ajustes del valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

5. Se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios por mi representado, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.

6. La Gobernación del Departamento de Bolívar dará cumplimiento a la sentencia en los términos del art. 176 del C.C.A.

7. si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del C.C.A. "(SIC)

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

- Constitucionales: Arts. 2, 6 12, 25, 29, 40 Num. 7, 53, 121, 125, 209 y 229.
- Legales: Art. 26 del Decreto 2400/68, Art. 5 Num 2 y 6 D.R 1572/98, Art 2 de la Ley 443 y D.L. 1567, Dto. 2400/68 y 1950/73. Art. 35. 36 C.C.A.

Concepto de Violación

Dentro de los argumentos expuesto por el demandante se resaltan los siguientes:

"Sin embargo en el caso sub-lite, se trasgredieron las disposiciones constitucionales citadas en precedencia, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas, particularmente las de no consignar en el acto administrativo de insubsistencia los motivos justificantes, o sea, su debida motivación. Es deber constitucional del estado adecuar a través de sus funcionarios su conducta en plena observancia con las normas que regulan la función pública frente a los casos de nombramiento y remoción de sus servidores, con el fin de evitar la generación de irregularidades y desviaciones en donde la autoridad nominadora no actuó dentro de los cánones supraleales.

Gozando el accionante de una estabilidad menos, por el hecho de haber estado desempeñando sus labores en un empleo que dado el carácter de sus funciones técnicas administrativas y por ende considerados de carrera, la competencia de la administración o del Gobernador de Bolívar era reglada como se probará – inequívocamente, pro que las circunstancias de no estar inscritos en el registro de la carrera, no significa por ello, que se haya convertido mi mandante en funcionario de naturaleza política, de libre nombramiento y remoción o en sujeto de competencia discrecional.

No existiendo norma expresa ni en la constitución, ni en la ley que autorice al señor Gobernador para hacer extensiva la discrecionalidad que le confiere el artículo 107 del Decreto 1950 del 73, a los empleos de carrera; para poder prescindir del servidor público que representó, tenía que sujetarse a las normas que regula estas situaciones. Valga decir el ente administrativo tenía que someterse a los procedimientos determinados en la ley, que exigen la motivación del acto administrativo, frente a nombramientos provisionales que recaen en cargos considerados de carrera administrativa dada la naturaleza de sus funciones (Art. 35 C.C.A.)" (SIC)

D.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada no presentó contestación de la demanda.

E. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 125 a 136)

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar que al actor no se le respetó su derecho al debido proceso al ser declarado insubsistente, mediante un acto administrativo carente de motivación.

Para tal efecto señala la jurisprudencia que sobre el tema ha estudiado la Corte Constitucional, aduciendo que los empleados en provisionalidad, tienen derecho a la motivación del acto de retiro, lo cual constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera

F. LA APELACION (Folio 138 a 140)

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando la revocatoria de la misma, y a su vez que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Argumenta el apelante en su recurso que, que al no haberse demandado la comunicación al tiempo que el acto de desvinculación, la demanda deviene en inepta y en consecuencia debe preferirse fallo inhibitorio.

De otra parte la apelante sustenta que la falta de motivación del acto acusado, tal como lo ha dispuesto la Sección Segunda del Consejo de Estado, tiene su fundamento en el artículo 125 de la Carta Política, y teniendo en cuenta que los empleados provisionales ingresan al servicio público por razones discrecionales no

pueden ampararse en las causales de retiro de los servidores que se encuentran inscritos o beneficiados por la carrera administrativa.

Sin embargo alega que pese a lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado como excepción para motivar los decretos de desvinculación de los empleados provisionales aquellos que fueron nombrados en vigencia de la Ley 909 de 2004, dicha prohibición no cobija al demandante, puesto que tal como señala en su escrito fue vinculado al servicio en el año 1998 y para esa época dicha Ley no existía y por ende no se puede predicar su vigencia con efectos distintos a los que la misma ley da, es decir hacia futuro. En consecuencia para la demandada el acto administrativo que desvincula al señor Castaño al carecer, a su juicio de motivación no es razón suficiente para ordenar la nulidad del mismo y proceder a su reintegro a la entidad demandada.

Finalmente alega que en caso de que sea confirmada la sentencia de primera instancia, se revoque lo relativo a la forma de pago de los salarios y prestaciones dejadas de pagar, pues considera que si bien es cierto el C.C.A. prevé que cuando se condene al pago de sumas de dinero, es procedente la indexación o causación de intereses sobre estas, no es menos cierto que no se puede reconocer ambas pues ambos conceptos son incompatibles.

V. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 31 de mayo de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto posterior de fecha 31 de julio de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.
- Finalmente pasó al Despacho 001 en descongestión para fallo.

VI.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO (Folio 154 a 158)

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado en este proceso, rindió concepto en el trámite de la segunda instancia, solicitando concretamente la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Indica el Agente del Ministerio Público que a pesar de que el Consejo de Estado tenía una posición diferente para los casos de insubsistencia antes del año 2004, la Corte Constitucional siempre ha sido uniforme y por ende el acto administrativo debió ser motivado.

Finalmente respecto de las comunicaciones a las que se refiere el apelante el Agente del Ministerio Público sostiene que estas no son demandables como lo alega la entidad accionada, y que lo único demandable era el Decreto N° 222 del 09 de abril de 2001 por el cual se declaró insubsistente al accionante, por lo tanto la entidad demandada no puede solicitar que se profiera fallo inhibitorio por no haberse demandado dicha comunicación.

VII.- CONSIDERACIONES.

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso y Problema Jurídico

El actor fue nombrado por el Gobernador Bolívar el 08 de mayo de 1998, a través del Decreto No.473, en el cargo de Mensajero, Código 6011 grado 08 de la Sección de Correspondencia y Archivo de la Secretaría de Servicios Administrativos. El

nombramiento efectuado al demandante fue por un término máximo de cuatro (4) meses, tiempo establecido en el acto administrativo de nombramiento.

Mediante Decreto 222 del 9 de abril de 2001 el Gobernador de Bolívar, declara insubsistente al demandante y nombra en provisionalidad a una nueva persona en la misma calidad de provisionalidad. El actor demanda este último decreto (222 del 9 de abril de 2001) pues considera que mediante dicho acto se le está retirando del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, desconociéndose de esa forma la necesidad de motivar el acto de desvinculación, alega que la provisionalidad no es equiparable a los cargos de libre nombramiento y remoción, por lo que la falta de motivación es un desconocimiento de lo dicho por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al respecto y una violación a las normas constitucionales como el debido proceso.

La demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas desfavorablemente al considerar que no se demandó junto con el Decreto que lo desvincula la comunicación de dicha decisión, configurándose una ineptitud sustantiva de la demanda, y por ende un fallo inhibitorio, de otro lado alega que lo dicho por el Consejo de Estado en estos casos no le es aplicable al actor puesto que el mismo fue nombrado en el año 1998 fecha en la cual no se encontraba vigente la ley 909 de 2004.

El Juez de primera instancia con apoyo en jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, accedió a las pretensiones de la demanda al considerar que al actor no se le respetó su derecho al debido proceso al ser declarado insubsistente, mediante un acto administrativo carente de motivación.

En su recurso de apelación, la parte demandada pide que se revoque dicha decisión pues consideró que la carencia de motivación del acto acusado de insubsistencia del demandante no era necesaria puesto que este fue vinculado en el año 1998, esto es antes de la vigencia de la ley 909 de 2004 que es a partir de cuando se establece la exigencia de motivar.

En consecuencia de lo anterior la controversia que se suscita para esta Sala se contrae en determinar la legalidad del Decreto 222 del 9 de abril de 2001, proferida por el Gobernador de Bolívar, a través de la cual se desvinculó al demandante LUIS CASTAÑO MARTINEZ del cargo que ocupaba en provisionalidad, y concretamente si por el hecho de que el demandante se hubiese vinculado a la entidad demandada en el año 1998, es decir antes de la entrada en vigencia de la ley 909 de 2004, en consecuencia la exigencia de motivar el acto de insubsistencia acusado no era aplicable en su caso.

3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que en el presente caso el control que se debe ejercer al acto que declara insubsistente un nombramiento de un servidor público en provisionalidad debe ser de carácter constitucional y no legal, pues, eventualmente ante la inexistencia de motivación de tal acto, se vislumbra una infracción a preceptos de rango constitucional, particularmente, al debido proceso, produciendo con ello dificultad al efectivo acceso a la administración de justicia, pues no se podrían controvertir las causas que provocaron su retiro.

4. Acto administrativo acusado

4.1 Decreto N° 222 de fecha 9 de abril de 2001, proferida por el Gobernador de Bolívar, por medio de cual se le declara insubsistente del cargo de ayudante Código 610-05 de la Secretaría de Talento Humano que venía desempeñando y se nombra provisionalmente a una nueva persona en dicho cargo. (Fl 7)

5. Hechos probados.

5.1 Decreto N° 473 de 1999 mediante el cual el Gobierno de Bolívar acepta una renuncia y nombra en provisionalidad al señor LUIS EDUARDO CASTAÑO MONTAÑEZ en el Cargo de Mensajero Código 6011-08 de la Sección de correspondencia y archivo de la Secretaría de Servicios Administrativos, por un término de cuatro (4) meses. (Fl 2)

5.2 Acta de Posesión del cargo del señor LUIS EDUARDO CASTAÑO MONTAÑEZ en el cargo de mensajero Código 6011-08, y de conformidad con el Decreto 473 del 05 de mayo de 1998. (FI 5)

5.3 Comunicación del nombramiento efectuado mediante el Decreto N° 473 del 05 de mayo de 1998. (FI 4)

5.4 Decreto N° 222 del 9 de abril de 2001, mediante la cual se declara insubsistente al demandante y se nombra provisionalmente a otra persona en su cargo (FI 7)

5.5 Comunicación de fecha 9 de abril de 2001, mediante la cual se le informa al demandante que ha sido declarado insubsistente mediante el Decreto N° 222 de fecha 9 de abril de 2001 (FI 8)

5.6 Certificación expedida por la Coordinadora Área Tesorería Departamental en el que hace constar que le señor LUIS EDUARDO CASTAÑO MONTAÑEZ, devengo salario a cargo de dicha entidad por los años 1999, 2000 y 2001. (FL 10)

5.7 Formato de Evaluación del Desempeño Técnico Asistencia Sin Personal a Cargo efectuada al señor LUIS EDUARDO CASTAÑO MARTINEZ (FL 87)

6. Caso Concreto

Mediante acto administrativo de nombramiento en provisionalidad, el señor Gobernador de Bolívar, nombró por un término máximo de cuatro (4) meses al señor Luis Castaño Martínez, en el cargo de Mensajero de la Sección de Correspondencia y Archivo de la Secretaría de Servicios Administrativos Código 6011 grado 08 de la Gobernación de Bolívar.

Posteriormente la misma entidad profiere el Decreto N° 222 del 9 de abril de 2001, mediante el cual declaran insubsistente al demandante.

El A quo accedió a las pretensiones de la demanda debido a que el acto administrativo demandado, no menciona ni sumariamente los motivos que conllevaron al nominador a desvincular del servicio al demandante, lo que vulneró el debido proceso y derecho de defensa que le asiste al actor, incurriendo además en una falta de motivación.

La parte demandada apeló la decisión del Juez de primera instancia manifestando que el acto administrativo cuya nulidad se pretende, se encuentra plenamente ajustado a derecho, toda vez que la situación en que se encontraba el actor era en provisionalidad, y que para tal efecto no era necesario su sustentación agrega además que si bien la Ley 909 de 2004, demanda la motivación de dichos actos tal normatividad no le era aplicable al actor dando que no se encontraba vigente al momento de su nombramiento. Adicionalmente la demandada lega que existe una ineptitud sustantiva de la demanda y por ende deben inhibirse de fallar de fondo, puesto que el accionante solo demanda el Decreto que lo declara insubsistente sin el oficio que le comunica tal decisión.

En esta instancia, la Sala procede a determinar si tratándose de insubsistencia de empleados que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, efectuada antes de la vigencia de la ley 909 de 2004, es necesaria la motivación del acto administrativo que ordena el retiro del servicio.

Frente a este tema ésta Sala encuentra el mismo ha sido tratado tanto por la H. Corte Constitucional como por el H. Consejo de Estado en variadas jurisprudencias, en las cuales han mantenido posiciones divergentes al respecto.

Surge entonces la necesidad de expresar con rigor las razones por las cuales se acogerá una u otra de las corrientes jurisprudenciales que sobre el tema vienen siendo expuestas por las altas Cortes, como se explica a continuación:

Partiendo de igual supuesto fáctico, a saber, *persona que desempeña – en provisionalidad - un cargo clasificado como de carrera administrativa, a quien se le retira del servicio a través de un acto administrativo no motivado*, han surgido por vía jurisprudencial dos tesis que se excluyen y contraponen.

La primera de ellas, expuesta desde tiempo atrás por el H. Consejo de Estado, sostiene que esta clase de servidores públicos no goza de fuero alguno de estabilidad y, al ser vinculados a la Administración a través de acto administrativo discrecional su retiro procede también por ejercicio de la misma facultad; para ello se aduce, con fundamento en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, que es el retiro del empleado de carrera el que debe producirse a través de acto administrativo motivado, y no el del empleado provisional como tampoco el del empleado de libre nombramiento y remoción.

Sobre este asunto, el Consejo de Estado – Sección Segunda, se pronunció en los siguientes términos:

La Corte Constitucional en la sentencia T- 254 de 30 de marzo de 2006 aceptó que hay planteamientos dispares entre dicha Corte y el Consejo de Estado en cuanto a la desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad. Expresó la Corte que el Consejo, cuando sostiene que no es necesario motivar la desvinculación de los nombrados en provisionalidad, realiza un análisis legal y no constitucional ni "iusfundamental". La Sala se aparta de dicha tesis por cuanto la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, según el cual el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Como los nombrados en provisionalidad no ingresaron al servicio civil por mérito sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los nombrados con base en derechos de carrera.

(...)

De otro lado sostiene la Corte que la circunstancia de que el empleado haya sido nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera no convierte el cargo en de libre nombramiento y remoción por lo que el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción. El Consejo comparte el criterio de la Corte en el sentido de que el nombramiento en provisionalidad no convierte el cargo de carrera en de

libre nombramiento y remoción pues mal podría dicha decisión modificar la planta de personal de la entidad. Empero, si la Corte asume la primera parte de su razonamiento, que una decisión de nombramiento no puede variar la naturaleza del empleo, debería también aceptar la que se deriva como consecuencia lógica de él, que dicho nombramiento tampoco podría crear derechos en favor de quien no los tiene, pues carece de fundamento constitucional para ello, artículo 125, inciso 2. Indica la Corte que los nombrados en provisionalidad no pueden asimilarse a los nombrados en empleos de libre nombramiento y remoción porque los segundos obedecen a una relación de confianza en tanto que en "los primeros no es la relación personal la que determina la provisión sino el carácter técnico del mismo." La Sala disiente de este planteamiento pues no puede tener carácter técnico un nombramiento que sólo se basa en facultades discrecionales. Un nombramiento técnico se logra cuando la designación se cumple en el marco de un concurso de méritos. La única motivación que justifica el nombramiento en provisionalidad es la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, circunstancia que no puede generar derecho alguno de permanencia en favor del nombrado en provisionalidad, como lo pretende la Corte. Ello quiere decir que, si bien el nombrado en provisionalidad no puede reclamar ningún fuero de estabilidad porque no accedió mediante mérito al cargo que ocupa, no queda expósito frente al abuso de poder de la administración y al quebrantamiento de sus derechos como trabajador, particularmente si la administración incurre en alguna de las causales de anulación de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del C.C.A.^{1 2}

En contraposición, por vía de acción de tutela en sede de revisión, la Corte Constitucional sostiene que el empleado que accede a un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, tiene derecho a permanecer en el ejercicio del mismo hasta tanto el empleo sea provisto por el sistema de méritos o concurso y siempre que no se atente contra el interés público o general, considerando que la falta de motivación del acto de retiro vulnera el derecho fundamental al debido proceso. En este sentido encontramos múltiples decisiones de esta alta Corporación, resaltándose la SU-250 de 1998 así como las sentencias C-371/1999, T-086/1999, T-734/2000, T-610/2003, T-752/2003, T-951/2004, T-1240/2004, T-031/2005, T-123/2005, T-161/2005, T-222/2005, T-392/2005, T-454/2005.

¹ CONSEJO DE ESTADO - Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE. Marzo 13 de 2008. Radicación número: 50001-23-31-000-1999-00103-01(7517-05)

² Véase entre otras, Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 21 de octubre de 2010, exp. 25000232500020040516302 (2000-2008). CP. Dr. GUSTAVO GOMEZ ARANGUREN.; Consejo de Estado, Sección Segunda subsección B, sentencia del 26 de febrero de 2009. Rad. N° 680012315000200101897-01 (0058-08), C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE; Sentencia de la sección segunda de 11 de septiembre de 2003, exp. 4714-01 y la sentencia de la subsección B de la sección segunda, exp. 5965-05 ambas con ponencia del doctor Alejandro Ordoñez Maldonado.

Sin embargo la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido que en el nombramiento de un empleado en provisionalidad va envuelto el ejercicio de la facultad discrecional de la que es titular el funcionario nominador y, por ello, dicha facultad también puede ser ejercida en el momento de desvincular al empleado del servicio. En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y, debido a que fueron discretionales las facultades por las cuales se le designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en Derecho se deshacen tal como se hacen.

No obstante lo anterior, en cuanto se refiere a la necesidad de motivar el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los servidores que ocupan cargos de carrera administrativa en la modalidad de vinculación provisional, la Corte Constitucional por vía de unificación jurisprudencial de la acción de tutela y reiteración de la misma, ha expresado que *la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.* (Sentencia T-800 de 1998).

Especialmente, en la SU-250 de 1998, la Corte Constitucional sostuvo que *"... después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación"*, tesis que se ha sostenido como pilar de la violación al derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 C.N.) pues en el evento de admitirse que la desvinculación de un funcionario que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa pueda hacerse mediante un acto

administrativo sin motivación, se le estaría dando a dicho cargo la connotación de un cargo de libre nombramiento y remoción (sentencia T-800 de 1998), lo que reafirma la posición de la jurisdicción contenciosa cuando en ella se afirma que los cargos de carrera ocupados en provisionalidad nunca alcanzan a tornarse en cargos de libre nombramiento y remoción, que tampoco conllevan las bondades implícitas al régimen de carrera administrativa y, que la desvinculación de este clase de funcionarios no corresponde al ejercicio de la facultad de nombramiento y remoción que no requiere de motivación alguna.

Ahora, frente a estas dos posiciones, esta Sala comparte y acoge el criterio expuesto por la H. Corte Constitucional, al considerar que el control que se debe ejercer al acto que declara insubsistente un nombramiento de un servidor público en provisionalidad debe ser de carácter constitucional y no legal, pues, eventualmente ante la inexistencia de motivación de tal acto, se vislumbra una infracción a preceptos de rango constitucional.

Sobre el particular, la Alta Corporación en lo constitucional en sentencia T – 410 del 24 de mayo de 2007, M. P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, prevé:

La doctrina Constitucional señala que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Ello por cuanto la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sobre este preciso particular, la sentencia T-884 de 2002,³ al analizar el tema de la violación de los derechos fundamentales de una ciudadana que ejercía en provisionalidad un cargo de carrera y que fue retirada del empleo a través de acto carente de motivación, señaló:

"La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-

³ MP, Clara Inés Vargas Hernández.

administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio *audiatur et altera pars*, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis.

La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica y engloba, en un sentido amplio, a todas las demás violaciones de derechos constitucionales que pueden colocarse en el marco del art. 29, por ser esta norma de carácter abierto.

Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para "actuaciones judiciales y administrativas", porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia establecido en el artículo 229 C.P.."

En conclusión, la desvinculación del cargo de los servidores que ejercen en provisionalidad empleos de carrera es una decisión administrativa que debe motivarse, pues esta exigencia hace parte de las garantías de estabilidad laboral de quienes desempeñan cargos de carrera administrativa. El incumplimiento de esta obligación es contrario al ejercicio efectivo del derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que la reserva en cuanto a las razones que sustentaron el retiro del cargo impide la adecuada defensa ante la justicia contenciosa."

En gracia de lo anterior, se colige que la falta de motivación de la Resolución que declara la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad vulnera el debido proceso, y con ello, los derechos de defensa, de trabajo y de estabilidad laboral, toda vez, que no le permite al servidor impugnar ante la justicia las razones de la desvinculación, trayendo consigo un quebrantamiento al efectivo acceso a la justicia.

Conforme con lo anterior, esta Sala acogerá la tesis que sobre este asunto ha venido siendo expuesta por la H. Corte Constitucional, por estimar que el ejercicio de la facultad discrecional de remoción frente al empleado en provisionalidad encuentra su limitación en la necesidad de informar al servidor si ya se ha surtido en debida forma (concurso) la escogencia de quien lo deba reemplazar o, si existen razones diferentes a las del libre albedrío del nominador que, en aras del buen servicio a cargo de la Administración, determinen su desvinculación.

Teniendo en cuenta los precedentes Jurisprudenciales citados anteriormente, esta Sala señala que la falta de motivación alegada por el actor es fundada y le asiste razón, toda vez que el decreto acusado No. 222 del 9 de abril de 2001, no cuenta con motivación, esto es la expresión de las razones bien sean legales o fácticas que llevaron a la entidad demandada a proferirla.

En conclusión, la Administración demandada, como ya se dijo, no motivó el acto acusado y, a lo largo del proceso, no demostró que hubiese tenido alguna razón justificada o no para prescindir de los servicios laborales del demandante, de manera que hubiese proporcionado al actor los argumentos o herramientas necesarias para refutar la decisión administrativa; lo cual, en el decir de la jurisprudencia constitucional, se configura como una violación al derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta Política y que ha sido invocada por el demandante como norma infringida con el acto censurado, lo que determina, entonces, la prosperidad de las pretensiones de la demanda y la confirmación de la sentencia impugnada al encontrar que se encuentra ajustada a derecho.

Por otro lado, en cuanto al otro argumento del recurrente en el sentido de que se revoque la forma en que se dispuso el restablecimiento del derecho por el Juez a quo, la Sala considera que en ese aspecto, la orden del a quo estuvo correcta y por lo tanto también será confirmada porque de un lado lo que se ordena es el pago al demandante de los salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar como consecuencia de la insubsistencia que se anula hasta la fecha en que se produzca el reintegro, y por otro que esas sumas que se cancelen, lo hagan debidamente indexadas, respecto de lo cual no existe ninguna incompatibilidad legal como lo sugiere el recurrente.

VIII DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

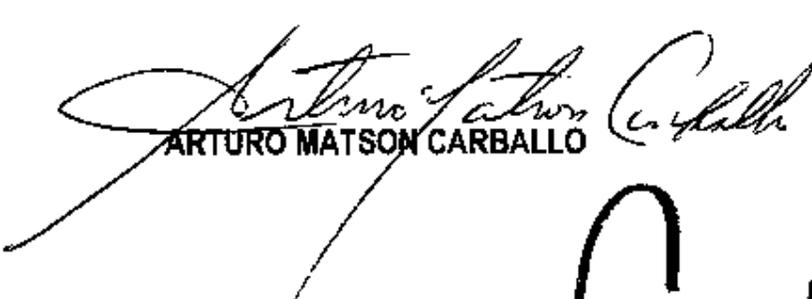
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

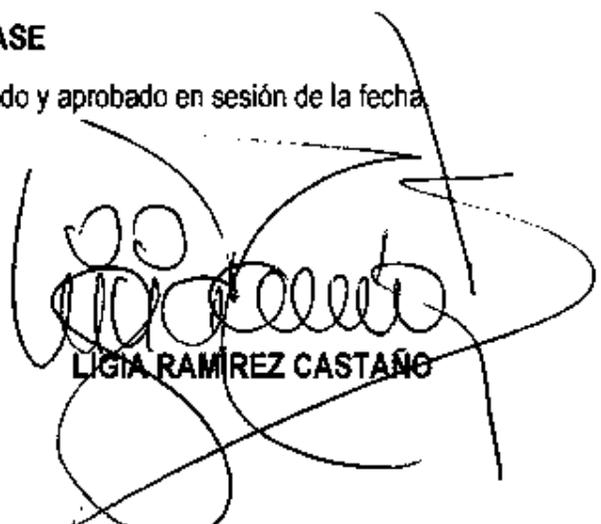
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1345
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: GREISY FUENTES CASTRO
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL SAN JUAN DE PUERTO RICO
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2010-00300-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) 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, VEINTISEIS (26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

R. 139 a 156.
(1.c).



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE ESPECIAL DE DESCONGESTION No.003

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo.

SENTENCIA No. 306 (2013)

Cartagena de Indias, D. T. y C., Seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013).

TEMA: Contrato Realidad

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-006-2010-00300-01

II. PARTES

Demandante: Greissy Fuentes Castro

Demandado: E.S.E. Hospital San Juan de Puerto Rico

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual negaron las pretensiones de la demanda, como se precisará más adelante.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

"1. Solicito al señor juez, que en ejercicio de la Acción De Nulidad Y Restablecimiento de Derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, se sirva declarar la Nulidad del Acto Administrativo Ficto o Presunto que surgió del silencio administrativo negativo, en que incurrió la administración de la E.S.E Hospital Local San Juan de Puerto Rico, al no haber dado respuesta, a la petición que elevó mi representada el día 20 de abril del 2.006, y como consecuencia de ello, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

2. Que se declare que entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, y mi representada señora GREISSY FUENTES CASTRO, se suscribieron contratos de prestación de servicios, con el cual fue vinculada laboralmente a la empresa, que por contener cláusulas contractuales inexistentes, ineficaces e inoponibles, van en contra del empleado, a quien se le despoja de los derechos mínimos adquiridos que como corolario de lo anterior. Solicito se de aplicación prevalente al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, artículo 53 de la Carta Política y a título de indemnización se ordene el pago de las prestaciones sociales tomando como base el valor pactado en los contratos en mención como honorarios.

3. Así mismo se condene a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, a cancelar a título de Restablecimiento del Derecho, las prestaciones sociales que se le adeuda a mi representada, tales como: las Cesantías de los periodos laborados, intereses de cesantías, (ley 244/95 1071/06).- navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, Indemnización por despido injusto, basado en la terminación

unilateralmente de los contratos. Todo ello a título de indemnización.

4. Que se condene a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, a título de Restablecimiento del Derecho, a pagar la indemnización por no cancelar las prestaciones legales correspondientes con la debida indexación y a título de sanción moratoria, "el equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de dichas prestaciones, desde la oportunidad en que se hicieron exigibles hasta el momento en que efectivamente se proceda a su cancelación".

5. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A-, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.

6. La E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, identificada con el NIT. 806.007.567-1, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

- Si no se efectúa el pago en forma oportuna, la entidad liquidara los intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 177 del C.C.A.*
- Que se condene en costas a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO."*

2. HECHOS

"PRIMERO: Los señora (sic) GREISY FUENTES CASTRO, trabajó con la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO TIQUISIO, Bolivar, en la vigencia 2004, cumpliendo con las labores encomendadas a satisfacción dentro de los horarios estipulados por la empresa los cuales eran controlados por el Jefe de personal y coordinador médico.

SEGUNDO: Mi representada solicitó el día 20 de abril del 2006, a través de petición el pago de unos emolumentos como primas, de vacaciones, cesantías e intereses, primas extralegales, y demás sumas que se le adeudan a los demandantes a virtud del vínculo establecido con la demandada. Todo lo anterior a título de indemnización.

TERCERO: La señora GREISSY FUENTES CASTRO, prestó sus servicios, en calidad de auxiliar de enfermería, a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO TIQUISIO, desde 03 de febrero de 2004 hasta el 9 de julio del mismo año, y del 10 de julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, con un contrato de prestación de servicios, en forma exclusiva y permanente, simulando una contratación laboral, debido a que la ejecución del contrato requería de la permanencia de manera personal e ininterrumpidamente ya que esta actividad hace parte de los servicios fundamentales o esenciales que la empresa presta hasta la actualidad, que no se trata de una actividad ocasional o eventual, en razón a ello, la empresa tiene la necesidad de contratar siempre los servicios profesionales de una Enfermera Jefe, circunstancia que da origen a una subordinación por parte de la empresa sobre el empleado, en el desarrollo de la actividad objeto de este contrato, el cual fue cabalmente cumplido en los termino establecidos en el mismo, ya que el primero se comprometió a laborar con el segundo bajo las directrices estipuladas por el contratante en este caso la empresa, las cuales se encuentran plasmadas en el contrato de trabajo disfrazado bajo la figura de contrato de prestación de servicios, pero se ocultó una vinculación con la E.S.E, donde mi representada contaba con una asignación mensual de SEISCIENTOS MIL PESOS \$600.000.00. M/L, cuando fue retirada de su cargo por parte del Gerente de la empresa, de manera unilateral y sin ninguna causa justificada, adeudándole además, a título de indemnización las prestaciones sociales correspondiente al año 2.004 y demás prestaciones económicas derivadas de la contratación laboral celebrada con la E.S.E., dejando de cancelar los siguientes conceptos: prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses cesantías, sanción moratoria, correspondiente a

los primeros 24 meses de mora, desde el 1º de enero de 2005 hasta 30 de diciembre de 2006, por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, así mismo, se reconozcan los intereses moratorios a la tasa del 2% mensuales a partir del mes de enero de 2007 hasta que se verifique el pago total de esta obligación, prórroga del contrato, por terminación unilateral del contrato, sin justa causa y sin mediar el preaviso.*

3. NORMAS VIOLADAS

Las normas que se estiman violadas, por la parte demandante y su concepto de violación, se exponen así:

- Constitucionales: artículos 1, 2, 13, 23, 25, 29, 53, 122, 123, 125.
- Legales y normativas artículo 32 Numeral 3 de la ley 80 /1993,
- Artículo 9, 13, 15, 16, 20, 23 del C.S. del T.
- Artículo 2 y ss del C.P.L,
- Artículo 1, 2, ley 244 /1995. Ley 50 de 1990.
- Artículo 35, ley 909 de 2004 artículo.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo, como derecho fundamental del administrado. Las personas vinculadas al estado tienen derecho a exigir que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, por lo tanto señalamos que con el acto ficto o presunto impugnado se le transgreden los derechos a la demandante por cuanto, en principio el derecho de petición no fue contestado en debida forma que quedo pendiente de resolver una situación que desde aquella fecha hasta el día de hoy han transcurrido más de 46

meses sin que a mi poderdante se les haya solucionado y/o contestado en debida forma su derecho de petición.

El Estado se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas; el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.

Ahora bien, en última instancia el responsable de mantener la vigencia de los derechos fundamentales es el Estado. Es él quien tiene la tarea de establecer las normas que regulen- acorde con los derechos fundamentales- las relaciones privadas, así como sancionar las conductas que lesionen los derechos y todo ello de forma eficaz y diligente.

También anotamos que con el contrato impugnado se le transgreden derechos fundamentales a la demandante, pues de manera evidente aparecen los elementos esenciales del contrato de trabajo a que alude el artículo 23 del C.S. del T., norma aplicable según Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

Mi representada, laboró bajo las ordenes de la Dirección de la E.S.E HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, de Tiquisio, cumpliendo horarios de trabajo establecidos, por la empresa, bajo continua dependencia, por lo cual se dejó sin

efecto la presunción establecida en el numeral 3° del artículo 32 de la ley 80 de 1.993 y la relación establecida fue la misma de los empleados públicos.

Los fundamentos de la tesis anterior pueden señalarse así:

a.) El contrato de prestación de servicios, como aquel a que se refiere el presente caso, oculta una relación laboral de derecho público, que no difiere de la de otros empleados de la entidad.

b). Por consiguiente, las cláusulas contractuales del sub-lite contravienen lo previsto en el art. 53 de la C P. que consagra en principio de la primacía de la realidad sobre las formas. El contrato dicho, que despoja al trabajador de los derechos laborales que le corresponden, los cuales son irrenunciables, contraviene los artículos 15-15 de C.C., que prohíbe que por convenio, los particulares deroguen las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres".

B. CONTESTACION

La entidad demandada no contestó la demanda, ni ejerció su derecho de defensa, tal y como se dijo en el auto de pruebas del 6 de marzo de 2012 a folio 61 del expediente.

C. SENTENCIA APELADA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, profirió sentencia de fecha dieciocho (18) de diciembre de 2012, mediante el cual negó las pretensiones de la demanda, considerando que teniendo en cuenta los lineamientos de la jurisprudencia constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor.

Señala que en el caso tratado y de acuerdo a las pruebas aportadas, expuestas dentro del expediente, no se observa que se configure el elemento subordinación o dependencia, o de otro modo se observa que la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho carece de material probatorio, para evidenciar la existencia de una relación laboral, incumpliendo de esta forma la actora con la carga de la prueba que le impone el artículo 177 del C.P.C., en el sentido de probar los supuestos facticos en que se apoya su petitium. Pudiendo el Juez en ejercicio del principio de la "sana critica" realizar una libre apreciación de las pruebas, que le permitan impartir justicia a la luz de lo probado en el proceso.

En ese orden de ideas, no encontrándose las pruebas necesarias para determinar la relación laboral, consecuentemente la demanda no está llamada a prosperar, analizando cada una de las pruebas en el expediente no resultó infractor de las normas enmarcadas dentro del concepto de violación en la demanda, debiendo el despacho negar las pretensiones de la demanda.

D. LA APELACION

La parte demandante, interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2012, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, en los siguientes términos:

"Se centra la controversia de este fallo fundamentalmente en la posición adoptada por el despacho al manifestar que no existen elementos probatorios suficiente que acrediten que entre mi representada y el ente accionado existió un vínculo laboral que fue simulado a través de un contrato de prestación de servicios. A lo anterior debo señalar que existen pruebas suficientes, dentro del expediente que sin hacer un análisis minucioso de las mismas, podemos decir con gran certeza, que en el caso que hoy nos ocupa estamos frente a la simulación de una relación laboral.

Tal es el caso de la resolución de pago N.º.073 del 31 de diciembre de 2004, mediante la cual se le reconoce el pago del contrato de prestación de servicios, suscrito entre las partes en contienda, señalando en el artículo primero de la parte resolutive, el pago de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS, por concepto de salarios, por los servicios prestados como auxiliar de enfermería, durante los meses de mayo a diciembre de 2004, de igual manera, si nos detenemos a observar el contenido del acto administrativo en comento podemos notar, que en la parte motiva de habla de asignaciones mensuales, equivaliendo la suma anterior a sueldos de siete meses, reconociéndose como tal, su jefe inmediato es decir el Director de la E.S.E., a través de la resolución reconoce una relación laboral.

Así mismo contamos con el certificado presupuestal y su registro, donde está plasmado que el rubro 510101 denominado sueldo de personal, de la vigencia año 2004, para amparar el compromiso de pago de la resolución N.º. 073 Del 31 de diciembre de 2004, a favor de GREISSY FUENTES CASTRO, como auxiliar de enfermería, de los meses de junio a diciembre de 2004, de igual manera el registro presupuestal del 30 de diciembre de 2004, certifica el pago de una obligación el código 510101 sueldo de personal, siendo su beneficiario la accionante, frente a esta confesión, creo que no debe existir la menor duda que se trata de relación laboral puesto que la regla de la experiencia nos indica que del rubro de personal hace parte de la nómina de la entidad demandada, por lo tanto no se puede tomar dineros para el pago de contrataciones de prestación de servicio dada la naturaleza de las mismas, obsérvese que el objeto de este rubro es salario como auxiliar de enfermería, y finalmente existe en el expediente una certificación expedida por la E.S.E., por medio de la cual reconoce una deuda a favor de la accionante por el valor antes anotado, por concepto de salario como auxiliar de enfermería correspondiente a los meses de mayo a diciembre de 2004. Para efectos de determinar las funciones realizadas por la accionante en calidad de

enfermera auxiliar de la E.S E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, basta solo con mirar la cláusula primera del contrato de prestación de servicios que 'a la letra dice: "objeto; el contratista se obliga por medio del presente contrato a prestar sus servicios profesionales en la ejecución de labores como enfermera auxiliar, en la atención de individuos, familias, y comunidad a la población adscrita a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO."

Sustentan todas las anteriores pruebas documentales, el testimonio que bajo la gravedad de juramento rindió el señor Víctor Rocha Moreno, quien manifiesta que cumplía horario que su horario era de 8 horas de lunes a viernes, de lo anterior se colige, que existía plena dependencia de mi representada con el jefe inmediato toda vez que cumplía horarios y debía presentarse a sus labores de lunes a viernes es un cargo que no es ocasional porque es bien sabido que toda empresa prestadora del servicio de la salud, desde el primer nivel hasta el cuarto la regla es general, tiene su auxiliares de enfermería.

Con base en lo anterior, podemos concluir con gran certeza, que está probado que la accionante, si estaba vinculada mediante una verdadera relación laboral, simulada mediante orden de prestación de servicios, pues todos los actos derivados de tal contratación, no dejan duda que se trata de una relación laboral, los pagos que se le realizaron fueron a través del rubro de sueldo de personal del presupuesto de la vigencia fiscal 2004, así mismo el representante legal de turno reconoció una relación laboral al ordenar pagar salarios, algo si está claro y es que un contrato de prestación de servicios jamás será pagado con dineros de sueldo de personal, como ocurrió con el de mi representada, lo cual no cabe dudas que estamos frente a una verdadera relación laboral, que le permite a mi representada el gozo de sus prestaciones sociales, pues es de amplio conocimiento que las enfermeras jefes tiene una funciones determinadas y en este caso se encuentran definidas en la cláusula primera del contrato de prestación de servicios.

Luego entonces no puede el despacho decir que no se dio el elemento de la subordinación cuando un contratista es obligado a cumplir horarios es decir no tiene disposición de su tiempo y debe ir todos los días a ejecutar las labores de manera personal, sobre todo porque este tipo de actividades es de tanta responsabilidad que no puede delegarse.

De lo anterior se desprende que en esta relación hacen presencia los tres elementos esenciales del contrato de trabajo así:

Realización de la actividad de manera personal por mí representada. El representante legal de la empresa y su jefe inmediato le exigían cumplimiento de horarios y la realización de las actividades en cualquier momento, en cuanto al modo, el contrato en su cláusula primera indica que debía realizar actividades de manera individual, con familias y con la comunidad en general de las personas adscritas a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO: en cuanto al tiempo o cantidad de trabajo, la accionante, laboró durante 12 meses de manera ininterrumpida, de lunes a sábado, 8 horas diarias, durante este tiempo estaba sujeta al reglamento de la empresa y directrices de su jefe inmediato y el gerente. Un salario como retribución del servicio, está probado que la señora GREISSY FUENTES, recibía como contraprestación por el servicio prestado un salario mensual, así como lo manifiestan los diferentes actos administrativos que obran en el expediente.”

V. TRÁMITE PROCESAL TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 17 de junio de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha 30 de septiembre de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.

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

VI. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público delegado ante este despacho no emitió concepto.

VII. CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

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

2. Presentación del caso:

Se demanda la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, con ocasión del silencio administrativo negativo producto de la petición de fecha 20 de abril de 2006 elevada por la parte actora (fl. 9-15), ante la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO del Municipio de Tiquisio, en virtud del cual se entiende que se niega a la actora, el reconocimiento de la relación laboral con dicha entidad y el pago de las prestaciones sociales derivadas de dicho vínculo.

La parte actora, formula contra el acto acusado, cargos que se resumen en la violación de normas constitucionales y legales, especialmente el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, y el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, pues en virtud de las ordenes de Prestación de Servicios-OPS" suscritas entre la demandante y la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, ésta última vulneró su derecho fundamental al trabajo, al ser evidentes durante su vinculación los elementos esenciales del contrato de trabajo a que alude el artículo 23 del CST, al haber laborado bajo las ordenes de la Dirección de dicha ESE, cumpliendo los horarios de trabajo establecidos, bajo continua dependencia, dejándose sin efecto la presunción establecida en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, derivándose la misma relación laboral de los empleados públicos de la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO. En ese sentido, se enfatiza en la demanda que el contrato de prestación de servicios suscrito con la demandante ocultó una relación laboral de derecho público, que no difiere de la de los otros empleados de la entidad demandada, y que además contraviene lo previsto en el artículo 53 de la Carta Política que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, despojándose de esta forma al trabajador de los derechos laborales que le corresponden.

La parte demandada, no obstante haber sido debidamente notificada de la presente demanda, no ejerció su derecho de defensa, ni expuso su teoría del caso.

Para el Agente del Ministerio Público en primera instancia, la demandante no desvirtuó las características del contrato de prestación de servicios, pues las funciones realizadas por ella fueron temporales, esto es, desde el 9 de febrero hasta el 31 de diciembre de 2004, sin que haya acreditado en el expediente el incremento de sus funciones, ni que efectivamente haya existido una subordinación o dependencia en los servicios prestados, lo que desvirtúa la existencia de una

relación laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades entre los sujetos de la relación laboral (Art. 53 C.N.). Teniéndose que la situación de la demandante no amerita la especial protección del Estado, debiéndose negar las pretensiones de la demanda.

3. Acto administrativo acusado:

- Acto administrativo ficto o presunto que se configuro del silencio administrativo negativo, en que incurrió la administración de la E.S.E. Hospital Local San Juan de Puerto Rico, al no haber dado respuesta, a la petición presentada el día 20 de abril de 2006.

4. El problema jurídico a resolver:

Teniendo en cuenta los argumentos expresados por la parte demandante en su recurso de alzada, así como los argumentos expuestos por el juez a quo, considera la Sala que el problema jurídico a resolver, consiste en determinar la legalidad del acto administrativo ficto o presunto resultante del silencio administrativo generado al no haber dado respuesta a la petición presentada el día 20 de abril de 2006, y en virtud del cual se entendió negada al demandante el reconocimiento de la relación laboral y el pago de prestaciones sociales laborales que solicitaba con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Dependiendo de la respuesta al interrogante anterior se deberá determinar entonces si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y demás emolumentos reclamados, derivados de su vinculación como Auxiliar de Enfermería de la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO del del Municipio de Tiquisio (Bolívar) durante el período comprendido entre el 3 de febrero de 2004 hasta el 9 de julio del mismo año, y del 10 de julio de 2004 hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad.

5. Del estudio del caso concreto.

El asunto a dilucidar, se analizará bajo las siguientes items: *i)* primacía de la realidad sobre las formalidades, *ii)* restablecimiento del derecho, y *iii)* prescripción

i) Primacía de la realidad sobre las formalidades:

Para determinar si en el caso sublite, es aplicable el principio señalado en el artículo 53 de la Constitución Política, es necesario establecer la clase de vínculo y/o relación existente entre las partes, razón por la cual se examinan las pruebas allegadas, como son:

Fotocopias de los contratos y órdenes de prestación de servicios, suscritos entre la demandante y el municipio de Tiquisio, así:

Contrato/Orden	Desde	Hasta	Folio
Contrato sin número de fecha 9 de febrero de 2004	9 de febrero de 2004	9 de julio de 2004	17-18
Orden sin número de fecha 1º de julio de 2004	10 de julio de 2004	31 de diciembre de 2004	19-20

Examinadas las funciones asignadas a la accionante, según el contrato de prestación de servicios para el periodo del 9 de febrero al 10 de julio de 2004, la accionante debía prestar servicios personales en la ejecución de labores como auxiliar de enfermería en la atención de individuos, familias y comunidad a la población adscrita a la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO. (fls. 17-18).

Igualmente, según la orden de servicios para el periodo del 10 de julio al 31 de diciembre de 2004, la accionante debía prestar también servicios personales en la ejecución de labores de auxiliar de enfermería (fls. 10-20).

Se allegó también copia autenticada de la resolución No. 073 de diciembre 31 de 2004, expedida por el gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, por medio de la cual se ordenó pagar a la señora GREISSY FUENTES CASTRO, la suma de CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$4.800.000.00), por concepto de "salarios" por servicios de Auxiliar de enfermería, prestados durante los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2004. (fl. 21)

Igualmente, consta que la demandante mediante petición radicada el 20 de abril de 2006, solicitó al gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO, que se le reconociera y pagara a título de indemnización las prestaciones sociales desde el 9 de febrero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2004. (ffs. 9-15), y que la administración demandada no consta que a fecha de la presentación de la demanda hubiese dado respuesta a dicha petición, por lo que es del caso entender en virtud de la figura del silencio administrativo, que la solicitud fue negada.

Visto lo anterior, no cabe duda a esta Sala que los hechos muestran de manera cierta que existía un vínculo laboral entre la demandante como Auxiliar de Enfermería en la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO del Municipio de Tiquisio.

Estableció la ley 10 del 10 de enero de 1990, "por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud" y lo establece como un servicio público y su integración funcional de tal forma que deben concurrir armónicamente en la prestación del servicio público de salud, las entidades públicas o privadas que presten la salud; reglamentado por el decreto N°. 2759 del 11 de diciembre de 1991, "*por la cual se establece el régimen de referencia y contrareferencia*"

Posteriormente se expidió la ley 100 de 1993, "*por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.*" Organizando los servicios de salud en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la

comunidad, para lo cual las entidades territoriales deben acreditar la organización y funcionamiento de su red de servicios, sujeta posteriormente a lo dispuesto en la ley

715 de 2001, respecto a los recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto legislativo 01 de 2005) de la Constitución Política, para su organización.

En primer nivel de atención: se llevan a cabo actividades de promoción y prevención, prestación de actividades del Plan de Atención Básica (PAB), consulta de medicina general, odontología general, laboratorio clínico e imagenología de baja complejidad, hospitalización y atención de urgencias y de partos de baja complejidad, terapia respiratoria, optometría, nutrición y psicología.

Adicionalmente, se realizan en este nivel actividades prioritarias en Salud Pública, tales como vacunación, toma y entrega de resultados de citología vaginal, actividades para la regulación de la fecundidad (asesorías y entrega de métodos de planificación), y la suplementación de micro nutrientes a menores de edad y gestantes, entre otras.

Es decir, que la atención básica en el primer nivel, que hace parte del Sistema de Seguridad Social en Salud, que entró en vigencia con la ley 100 de 1993, obligaba dentro del ámbito de su jurisdicción, a las entidades territoriales a prestar dicho servicio, dentro de las necesidades de su comunidad y los niveles de atención correspondiente, luego es una función que corresponde al giro ordinario de la administración.

Ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que el contrato de prestación de servicio puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación al principio de prevalencia de la realidad

sobre las formas en las relaciones de trabajo, conforme lo consagra el artículo 53 de la Constitución Política¹.

De igual forma ha puntualizado que la relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos a saber: la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido; sin embargo, para que prosperen las pretensiones encaminadas al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, necesariamente se deben acreditar fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial debe probarse que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente del empleador.

En el sublite, se encuentra claramente demostrado, con las copias de los contratos de prestación de servicios, la existencia de dos de dichos elementos como son de un lado, **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO del Municipio de Tiquisio, para prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería. Dicha actividad personal, implica que fue contratada, directamente quien prestaba el servicio.

¹ Sobre el tema de la prestación de servicios, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral, así:

"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y distintas, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente."

Y de otro lado la **remuneración por el trabajo cumplido**, teniendo en cuenta que en dichos contratos se estipuló un valor a pagar en pesos y su forma de pago, es decir, la suma de dinero a que tiene derecho a percibir por su cumplimiento, lo que sin lugar a duda se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios-salario), que en este caso le era pagada en forma mensual según la cifra o suma pactada en cada contrato y que fue anteriormente relacionada.

Igualmente se señala que si bien es cierto no se aportó prueba alguna de los pagos recibidos, la entidad accionada, no lo discutió, ni se opuso a tal consideración pues prefirió no contestar la demanda a pese que fue debidamente notificada, razón por la cual ha de entenderse que si lo pagó, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Ahora bien, respecto al elemento de **subordinación**, la demandante aportó prueba referente a las copias de los contratos de prestación de servicios y afirmó además en los hechos de la demanda, que debía cumplir órdenes e instrucciones de sus superiores y que desempeñó funciones de carácter permanente, al igual que cumplía horario y laboraba los sábados, domingos y festivos, según la programación del Director.

En punto a la subordinación o dependencia, está además la declaración del señor VICTOR ROCHA MORENO rendida dentro de la oportunidad procesal correspondiente, y quien hace la siguiente manifestación:

"Si la conozco, desde el año 2004 cuando inició a laborar en la Institución ESE Hospital Local San Juan de Puerto Rico del municipio de Tiquisio como auxiliar de enfermería" "Greisy comenzó a laborar en el mes de febrero 2004 mediante un contrato de prestación de servicios, comprendido desde el día 9 de febrero de 2004 hasta el 9 de del mismo año, luego se le hizo otro contrato del 10 de julio a 31 de

diciembre de 2004, sin interrupción, desempeñando el cargo de Auxiliar de enfermería, realizando turnos nocturnos y diurnos, teniendo como jefe a una enfermera profesional, y a su vez a un coordinador médico, subordinado por la gerente de la institución, quien a su vez es era su jefe general, y contratado directamente por el, el salario mensual para fecha era de seiscientos mil pesos, monto que no fueron cancelados en su totalidad, durante la vigencia de los contratos en el 2004, le quedaron debiendo varios meses, sin contar las prestaciones sociales que no fueron liquidadas, de las que creo tiene derecho ya que su labor era igual a la de los demás trabajadores de planta, desconozco que halla recibido algún pago por esta razón". "Si habían más auxiliares, todos bajo la subordinación de la enfermera jefe y realizaban turnos diurnos como nocturnos, en urgencias, consulta externa, sala de observación, hospitalización, sala de partos, entre otros". "Si sus funciones las realizaba en el horario de prestación de servicios, que era de 7 a.m. a 1 p.m., había otro turno de 1 p.m. a 7 p.m. y otro de 7 p.m. a las 7 a.m. del día siguiente". "Si Greissy Fuentes Castro recibía órdenes de su jefe inmediato que era la jefe de enfermería o del coordinador Médico de la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO". (Folios 88 y 89)

Si bien es cierto el testigo anterior no es claro en cuanto al porqué de la ciencia de su dicho, no obstante vemos que dentro del proceso también está la declaración rendida por la señora ROCIO AVILA DIAZ, quien se desempeñó como asesora jurídica de la entidad demandada y quien en su injurada coincide en lo dicho por el testigo anterior en cuanto a la subordinación. Expresó esta otra testigo lo siguiente:

"Si la conozco, la conocí en la ESE MUNICIPIO DE TIQUISIO,.....La conocí en el año 2003 o 2004, cuando me desempeñé como asesora jurídica de esa entidad." "no recuerdo si era auxiliar de odontología o de enfermería, ella laboraba allá en horario de 8 a 12 y de 2 a 6, de lunes a viernes, y también cuando era requerida por la entidad, en los casos de urgencia, sábados, domingos y festivos, y hacía turnos,

varias veces la veía haciendo turnos de noche. Pues la vi siempre cumpliendo sus funciones, bajo la subordinación del gerente. Exactamente el salario no lo se...." "Si era un cargo necesario para la institución y de manera continua". "Si la hacía de manera personal y bajo la subordinación del gerente y de la enfermera jefe. Ya me acorde, ella era auxiliar de enfermería." (Folios 90 y 91)

Cabe anotar además, que en situaciones como la descrita, que comúnmente se ha denominado "contrato realidad", el antecedente jurisprudencial, sobre la subordinación, ha mantenido tesis diferentes:

"Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados "

Tal tesis, se contraponen a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:

"...si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcanza para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace impenosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede

afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 - 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

En el presente caso se deduce que efectivamente con los funcionarios vinculados a la planta de personal de la ESE hospital Local san Juan de Puerto Rico, no se podía cubrir las funciones que requería cumplir con el nivel básico de atención en salud, razón por la cual era necesaria la contratación de personas ajenas a la entidad para poder realizar dicha labores, como consta en todos los contratos de prestación de servicios que obran en el expediente.

Luego es claro que dicha persona debía someterse a la subordinación de sus superiores porque resulta ilógico que por la dependencia y autonomía que se presume en los contratos de prestación de servicios, ésta laborara en los horarios que quisiera, lo que es razonable, cuando se tiene que prestar servicios permanentes a la comunidad como los de primeros auxilios, de curación, vacunación, facturación de consulta de urgencias, asistencia al médico en la consulta médica externa y de urgencias, esterilización y preparación del material para la atención a los usuarios, el traslado de pacientes en ambulancia a otros centros y las charlas educativas para promoción y prevención de salud, de donde, sin más elucubraciones se deduce claramente el elemento de la subordinación de la señora GREISY FUENTES CASTRO con la ESE hospital Local san Juan de Puerto Rico, vínculo que fue permanente por once meses.

Se colige entonces que las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de un empleo de carácter permanente, pues como Auxiliar de Enfermería de la ESE hospital Local San Juan de Puerto Rico cumplía labores

fundamentales para el funcionamiento de la citada entidad, respecto al servicio público de salud.

Es indudable que las actividades desplegadas por la demandante requerían de su presencia en el sitio de trabajo, dado que las mismas se desarrollaban día a día y eran prestadas personalmente y bajo continua subordinación y dependencia.

Así las cosas, al presente proceso le es aplicable el principio de *"la primacía de la realidad sobre las formalidades"*, pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de otros empleados públicos de la planta de personal de la entidad, en tanto desempeñaba **personalmente** la labor, en un cargo que tenía asignadas funciones permanentes necesarias para su funcionamiento lo cual requería necesariamente, **subordinación y dependencia**.

La jurisprudencia contenciosa-administrativa del Consejo de Estado- Sección Segunda, ha reiterado que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones correspondientes al giro ordinario de la administración, esto es, funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge igualmente el derecho al pago de prestaciones sociales².

Es preciso también traer a colación la decisión tomada por el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de mayo de 2011, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, a saber:

"Se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de Ordenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de

² Consejo de Estado-Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Consejero Ponente NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, sentencia del 18 de noviembre de 2003, Radicación: U-0039, APELACIÓN SENTENCIA Actor MARIA ZULAY RAMÍREZ OROZCO

la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados.³

Así, atendiendo a los **conocimientos especializados** que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la **autonomía e independencia** inherente a la aplicación y ejercicio de los mismos, se habilita dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados, conclusión que constituyó en últimas el fundamento jurídico de la providencia denegatoria proferida por el a quo.⁴

Al respecto, dirá la Sala que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos -en tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud⁵ y

³ Ley 80 de 1993 Artículo 32: (Apartes subrayados, condicionalmente Exequibiles) () Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.
En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

⁴ Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02. Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵ Decreto 1335 de 1990 Artículo 3o DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MÍNIMOS. Establecense para los diferentes empleos contemplados en los planes de cargos de los diferentes organismos del Subsector Oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, las siguientes denominaciones de cargos, naturaleza de las funciones, funciones y requisitos mínimos: ()
MEDICO ESPECIALISTA - 321520

los artículos 21 y 27 del Decreto 1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.⁶

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios médicos, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se habilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Ahora, debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de ordenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

Ejecución de labores especializadas en actividades de promoción, protección y rehabilitación de la salud del paciente, en una institución del primero, segundo o tercer nivel de atención

2. FUNCIONES

- Practicar exámenes de medicina especializada, formular diagnóstico y prescribir el tratamiento que debe seguirse
- Realizar intervenciones quirúrgicas y procedimientos médicos de su especialidad o participar en ellas y controlar los pacientes bajo su cuidado
- Atender urgencias de su especialización ()

3 REQUISITOS

3.1 Estudios: Título de formación universitaria en medicina y post-gradó en una de sus especialidades

3.2 Experiencia. Un (1) año de experiencia relacionada

⁶ Decreto 1569 de 1998 Artículo 15 DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD De acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:

Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar

Artículo 21 DE LA NOMENCLATURA Y CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:

Código Denominación del empleo (...)

contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos.”

De otro lado, cabe señalar que la entidad demandada, al vincular a través de contratos de prestación de servicios a personas que responden a una verdadera relación laboral administrativa, no solo desconoce las normas atinentes a la función pública, (Artículo 122 de la C. P. y 7 del Decreto 1950 de 1973), sino que patrocina la evasión del pago de las prestaciones sociales por parte del Estado – empleador-, con claro desmedro de los derechos del trabajador.

En consecuencia, de las pruebas relacionadas se colige que las labores desarrolladas por la demandante como Auxiliar de Enfermería de la ESE hospital Local San Juan de Puerto Rico, se cumplieron bajo los presupuestos propios de la relación laboral, como son la prestación personal del servicio, la continuada subordinación y dependencia, y una remuneración como contraprestación de la labor desempeñada, razón por la cual el fallo apelado debe revocarse, y resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo acusado, estableciendo la protección al derecho al trabajo y al derecho a la igualdad invocada por la actora, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por ende, la accionante tendrá derecho a percibir a título de indemnización las prestaciones sociales de los servidores incluidos en la planta de personal de la accionada, por laborar en igualdad de condiciones, lo que determina la nulidad del acto presunto acusado.

No obstante, cabe aclarar que dicha condición irregular no alcanza para otorgarle la calidad de empleada pública, como quiera que no cumple los requisitos establecidos por la ley para que se establezca una relación legal y reglamentaria, dada la forma de su vinculación, por medio de contratos de prestación de servicios.

Esto significa que no se puede dar a quien ingresa al servicio público bajo esa forma de vinculación, la condición de empleado o de servidor público. Pero, dado que cumple funciones en forma similar a como lo hace un empleado que forma parte del servicio, y que el Estado no puede birlar a las personas derechos inherentes a una relación laboral,

sin importar el nombre o la denominación que se le dé, debe decirse que se trata materialmente de una relación de trabajo, que genera a favor de quien la desempeña, el derecho al pago de las correspondientes prestaciones sociales, por lo cual la entidad debe ser compelida a pagarlas.

ii) Restablecimiento del Derecho:

Ahora bien, una vez determinada la existencia de un vínculo laboral entre la demandante y la entidad accionada, es necesario el estudio de la consecuencia que ello tiene, respecto de las prestaciones laborales que reclama la demandante a título de indemnización.

Sobre el reconocimiento de los derechos prestacionales derivados de la relación laboral, el H. Consejo de Estado-Sección Segunda, en sentencia del 17 de abril de 2008⁷, rectificó el criterio jurisprudencial anterior y consideró que estos no son a título de indemnización, sino de verdaderas prestaciones sociales que inclusive afectan el sistema de seguridad social; dijo en dicha oportunidad: *“los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.”*

No obstante lo anterior, en reciente sentencia⁸, la misma Corporación – Sección Segunda, al estudiar un asunto similar unificó su posición ratificando que una vez se

⁷ Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero ponente. JAIME MORENO GARCIA, Sentencia 17 de abril de 2008, Radicación número. 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05) Actor. JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, Demandado. INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE NORTE DE SANTANDER - IFINORTE

⁸ Consejo de Estado- Sección Segunda, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Paez, sentencia del 19 de febrero de 2009.

declara la situación irregular del contrato de prestación de servicios, es decir, el contratista desvirtúa su calidad, no se convierte automáticamente en empleado público, a falta de los presupuestos de ley (nombramiento y posesión), pero como reparación del daño tiene derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca le fueron reconocidas, ni pagadas, las que deben liquidarse con base en los emolumentos pactados en el contrato. Consideró igualmente respecto a los asuntos derivados de la seguridad social, que como reparación integral del daño por los perjuicios sufridos, una vez se acepta la verdadera existencia de una relación laboral, esta debe ser útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación y salud, aclarando que la reparación es solo por el monto que le correspondía trasladar al empleador, teniendo en cuenta que son prestaciones compartidas, es decir con aportes tanto del empleador como del trabajador, ordenando pagar dichos emolumentos al trabajador, quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajador independiente, para lo cual cita los artículo 15 y 157 de la Ley 100 de 1993.

Respecto a riesgos profesionales, adujo la sentencia antes referida que como el empleado no probó que hubiera sufragado esta especie de seguro para tales siniestros derivados de accidentes de trabajo, infirió que era inexistente el daño antijurídico; y frente a las Cajas de compensación, como durante la relación contractual desnaturalizada tampoco percibió sus beneficios, ordenó su pago a título de indemnización, para su disfrute. Sin embargo, negó el reconocimiento del subsidio familiar por no ser una pretensión, ni demostró tener el derecho a dicho beneficio, por no cumplir los presupuestos para ello.

Cabe anotar que la alta Corporación-Sección Segunda-Subsección "B" en providencia del 20 de septiembre de 2007, expediente N°.760012331000200105698-01 (3613-2005), con ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, al revocar la decisión de primera instancia, anuló el acto demandado (oficio del 31 de julio de 2001) y condenó a reconocerle y pagarle al demandante una indemnización equivalente a la

totalidad de las prestaciones sociales devengadas por un empleado público, liquidadas con base en el valor de los respectivos contratos, durante el tiempo que prestó sus servicios a la entidad bajo dicha modalidad.

En el presente caso en concreto, no hay duda sobre la existencia de una relación de carácter laboral bajo la continua dependencia y subordinación y no una relación contractual de prestación de servicios con carácter independiente, desconociéndose así los derechos prestacionales que se derivan de dicho vínculo laboral, razón suficiente para considerar que se debe anular el acto administrativo ficto o presunto demandado por medio del cual se da respuesta negativa a la petición de la accionante, radicada el 20 de abril de 2006, que como ya se indicó, se solicitaba el pago de las prestaciones sociales adeudadas.

En esos términos resulta viable que como restablecimiento del derecho, a título de **reparación del daño**, se ordene el pago de una indemnización correspondiente al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales devengadas por la demandante, mientras estuvo vinculada por contratos de prestación de servicios entre el 9 de febrero de 2004 y el 31 de diciembre de 2004, liquidadas de acuerdo al **valor pagado en forma mensual por la prestación de sus servicios**, el cual debe tomarse como salario base para la liquidación de dichos emolumentos, incluyendo las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

Ahora bien, la parte actora también solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías e intereses, en relación a lo deprecado, es de precisar que cuando se demanda la declaración de la relación laboral de los contratos de prestación de servicios los derechos surgen a partir de dicho reconocimiento, conforme a lo cual no es procedente establecer que la administración haya incurrido en mora en el pago de las cesantías.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los

derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

Así en cuanto a la sanción moratoria, el H. Consejo de Estado en la Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCÍA, Exp. (2776-05), Actor: JOSÉ NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, dejó por sentado lo siguiente:

"Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia."

Asimismo se ha indicado:

"Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral."⁹

Tampoco se reconocerá lo solicitado por concepto de indemnización por despido injusto, toda vez que esta figura se predica es respecto de contratos de trabajo en los cuales estos se terminan sin una justa causa, lo cual no es la situación bajo examen, toda vez que lo que se discute aquí es la operancia del principio de la primacía de la realidad sobre la forma de contratos de prestación de servicios que celebró la actora

⁹ Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

como auxiliar de enfermería, regidos por la ley 80 de 1993 y si bien ello ha sido demostrado, no significa que per se también se configure una justa causa que le confiera derecho a la actora para reclamar indemnización por despido injusto.

Finalmente, tampoco abra lugar a reintegrarle a la actora los valores que se le hubieren descontado por concepto de retención en la fuente, por no ostentar la calidad de servidor público.

En conclusión como restablecimiento del derecho y de acuerdo a lo probado por la parte actora y los fundamentos jurídicos relacionados, se accederá a las pretensiones de la demanda, de manera parcial declarando la nulidad del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, se condenará al demandado a reconocer y pagar a la demandante a título de indemnización los valores adeudados, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios para los períodos invocados, que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengara cualquier servidor al servicio de la entidad demandada, durante el término durante el cual prestó sus servicios la actora.

La Sala ordenará además reintegrar a la actora los porcentajes de ley que debieron ser trasladados por el ente territorial demandado como aportes al sistema de seguridad social, por los mismos conceptos, conforme lo ha previsto la reciente jurisprudencia de nuestro órgano de cierre.¹⁰

iii Prescripción de los derechos laborales

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado adujo:

"En situaciones como la presente no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda Sentencia de 19 de febrero de 2009 Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez Radicación N° 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05)

efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Se insiste, tratándose del principio de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia y su exigibilidad desde su ejecutoria.

...

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contaría los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como en el sub-lite se contrae al reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencias, tesis que la sala en esta oportunidad acoge en su integridad¹¹.

Esa alta Corporación ha expuesto entonces en forma reiterada que no hay lugar a la prescripción de los derechos laborales, como quiera que el derecho a reclamar nace a partir del momento en que se reconoce la existencia de la relación laboral, mediante la sentencia debidamente ejecutoriada.

En relación con la condena en costas solicitada por el actor, este despacho no accederá a dicha pretensión, en atención a que no existe a juicio de esta judicatura, una intención temeraria o dilatoria por parte de la entidad accionada, y la no aplicación al derecho invocado en instancia administrativa, se debe a una interpretación normativa que conlleva a la exposición de un criterio, por ello en este aspecto será confirmada la sentencia de primera instancia.

¹¹ Consejo de Estado- Sección Segunda, Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramirez de Paez, sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente: 730012331000200003449-01 (3074-2005) Accionante: Ana Reinalda Triana Viuchi, vs Instituto de Seguros Sociales

VII. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha dieciocho (18) de diciembre de 2012 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Acto Administrativo ficto o presunto de carácter negativo, resultante del silencio administrativo frente a la petición de fecha 20 de abril de 2006, formulada por la parte actora y mediante el cual no se reconoció en vía administrativa la relación laboral entre la señora GREISY FUENTES CASTRO y la ESE HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO.

TERCERO: Declarar la existencia del vínculo laboral entre la señora María Ildari Arcila Márquez identificada con cédula de ciudadanía No. No.55.249.839 y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE PUERTO RICO del municipio de Tiquisio (Bolívar), como Auxiliar de enfermería de esa institución de salud entre los siguientes periodos:

- ✓ Del 09 de Febrero al 9 de julio de 2004
- ✓ Del 10 de julio al 31 de diciembre de 2004

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, condenar la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL SAN JUAN DE

PUERTO RICO del municipio de Tiquisio (Bolívar) a reconocer y pagar a la señora GREISY FUENTES CASTRO identificada con la cédula de ciudadanía No.55.249.839, a título de indemnización, la cantidad de dinero equivalente a las prestaciones sociales recibidas por los empleados públicos de la planta de personal de la entidad, y reintegrar a la actora los porcentajes de ley que debieron ser trasladados por el ente territorial demandado como aportes al sistema de seguridad social, según la forma indicada en la parte motiva, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios para los siguientes extremos temporales:

- ✓ Del 09 de Febrero al 9 de julio de 2004
- ✓ Del 10 de julio al 31 de diciembre de 2004

QUINTO: La anterior condena económica será reajustada y actualizada en los términos del Art. 178 del C.C.A., para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{\text{ÍNDICE FINAL} \times VH}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente (VA) se determina multiplicando el Valor Histórico (VH) que corresponde a las prestaciones sociales dejadas de percibir en cada año de servicios por la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de la ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en que debió pagarse cada una de las prestaciones sociales.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: La sentencia se debe cumplir en los términos del artículo 177 del C.C.A.

NOVENO: En firme esta providencia devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO


JORGE FANDEÑO GALLO

ABC



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1346
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION CONTRACTUAL
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: GRAFITEC LTDA
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS- DATT
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2009-00137-01
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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE 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 DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Controversias Contractuales
Radicación : 13001-33-31-006-2009-00137-01
Demandante : Grafitec Ltda
Demandado : Distrito de Cartagena - DATT

TEMA: Suministro de insumos sin contrato – Enriquecimiento sin causa

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, declare lo siguiente:

- La existencia de la obligación que consta en la Factura Cambiaria No. 0365 a favor de Grafitec Ltda, por valor de \$35.675.220.00.
- Que se cancele la suma de \$35.675.220.00 debidamente indexada, por concepto de suministro de papelería.

- Que se condene al pago de costas y gastos del proceso al demandado y las agencias en derecho al mismo.

- Se condene al demandado al pago de una suma equivalente al 20 % del valor de la obligación contenida en la demanda (Factura Cambiaria No.0365), a título de indemnización, por los perjuicios causados a la firma GRAFITEC LTDA, derivado del incumplimiento por el pago de los materiales suministrados y no cancelados a la fecha de la presentación y requerimiento de la obligación con fecha diciembre 4 de 2008.

1.2. HECHOS

Se narra en el libelo, que la empresa demandante tiene por objeto la publicidad y la imprenta, y que fue requerida por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes de Cartagena (DATT) para la elaboración de papelería y material de uso frecuente en dicha dependencia del Distrito (planillas, actas, hojas de investigador de campo, solicitudes FPJ-12).

Afirma que en el pedido realizado a la actora, se solicitó que las primeras entregas se hicieran de manera urgente, y que al tiempo de la elaboración se perfeccionaría el contrato de suministro de materiales, previa disponibilidad y previa cotización de los servicios de imprenta.

Que con fechas 18 de octubre de 2007 se inicia la entrega de papelería por parte de Grafitec Ltda, cada 3 o 4 días debido a la urgencia con que eran requeridos, y los mismos se extendieron hasta el día 29 de diciembre de 2007.

Que el día 19 de diciembre de 2007 el DATT genera Certificado de Disponibilidad No. 739, por un valor de \$26.000.000.00 para contrato de suministro No. 943.

Que en fecha 29 de diciembre de 2007, se presentó cotización de suministro por valor de \$26.000.000.00, pues ya se había entregado material durante 3 meses.

Que durante todo el año 2008 se hace entrega del material solicitado, y en fecha 4 de diciembre de 2008, se presenta Factura de Cobro total de suministros del año 2007 y 2008 por valor de \$35.675.220, previa aceptación de las cantidades por los funcionarios encargados.

Que la anterior suma de dinero, pese a no incluir interés por mora, no fue cancelada por la entidad demandada aduciendo razones de contratación sin el lleno de los requisitos.

2. LA DEFENSA

Dentro del término estipulado¹, la entidad demandada contestó la demanda presentando oposición a las pretensiones, pues alega no adeudarle suma alguna de dinero a la sociedad actora.

Señala que las pretensiones formuladas por la demandada se encuentran indebidamente acumuladas y planteadas, por lo que solicita sean denegadas.

Que no es cierto que la demandada haya requerido a la demandante para que realizara el suministro de papelería o materiales, pues para ello se requería de las solemnidades previstas en la Ley 80 de 1993.

Que ciertamente el DATT expidió Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 739 de diciembre de 2007, pero ello nada indica que se haya celebrado contrato alguno de suministro de papelería; pues ese documento simplemente pretende dar certeza sobre la existencia de un recurso disponible para asumir un compromiso posterior, es decir, que garantiza la imputación presupuestal para el pago de todas las obligaciones adquiridas por la entidad.

Señala que examinadas las pretensiones de la demanda, la parte actora solicita el cumplimiento de obligaciones que no vienen contenidas en un contrato, sino en una supuesta factura cambiaria, la cual de cumplir con los requisitos de ley, constituiría en últimas un título ejecutivo que no se hace efectivo a través de la acción contractual. Que el demandante no formuló pretensiones orientadas a la declaratoria de existencia del contrato, como tampoco aportó al proceso, documento que acreditara la existencia de un contrato que cumpliera con la formalidad para su existencia, lo cual constituye una razón para que no se estudie el fondo de la demanda.

Que el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, exige como requisito de celebración de los contratos estatales, que éstos consten por escrito, lo cual es prueba solemne como requisito para su perfeccionamiento.

¹ Según constancia de fijación en lista visible al reverso del folio 53, se advierte que el proceso permaneció fijado en lista desde el 28 de octubre de 2009 hasta el 11 de noviembre de 2009

Que tampoco se demuestra los requisitos de ejecución del aludido contrato, como lo es la constitución de pólizas de garantía, la exigencia de las disponibilidades presupuestales (Art. 41), salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras, de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

Que con los documentos aportados con la demanda, es imposible concluir que la entidad demandada hubiere celebrado contrato alguno con el Distrito de Cartagena – DATT, en virtud de lo cual se haya obligado a hacerle entrega en los años 2007 y 2008 de la papelería; pues la ejecución de prestaciones sin contrato no deben ser reconocidas y mucho menos pagadas por violación expresa de la ley contractual.

Por último, alega que en el presente caso hay improcedencia de un enriquecimiento sin causa, pues conforme a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado que varió en el año 2006, para que ésta se configure, no solo es suficiente acreditar la existencia de un enriquecimiento por parte de la entidad y un empobrecimiento por parte del supuesto contratista, sino que se debía demostrar, que no se burló el deber del cumplimiento de las reglas de contratación estatal; que no haya actuado en su propio interés; y que no haya incurrido en culpa o negligencia, ya que en estos casos tendría que asumir las consecuencias de su irresponsable conducta.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 30 de septiembre de 2012, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Consideró la Juez de primera instancia que la parte actora tenía la carga de demostrar que efectivamente celebró contrato de suministro; y que las pruebas aportadas, por carecer de autenticidad, no se les puede dar mérito para demostrar ninguno de los hechos de la demanda, ya que las pruebas documentales que soportarían la existencia del supuesto contrato fueron aportadas en copia simple.

Que las pruebas arrimadas al proceso no permiten inferir que hubo de parte de la sociedad actora una oferta de servicios que hubiere sido aceptada por la entidad demandada, o la participación y escogencia de la actora en el curso de un proceso de selección, o la elaboración de un acuerdo entre las partes sobre objeto y precio, y que

le hubiese permitido a la parte actora dar por sentado que se le había contratado para prestar los servicios.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación² contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, en el que básicamente solicitó se revocara el fallo de primera instancia, exponiendo los siguientes argumentos:

Se refiere la parte actora a la Carta de fecha 28 de octubre de 2008, dirigida al Subdirector Financiero y Administrativo del DATT, en la que solicita la certificación de las firmas de las personas que recibieron los materiales entregados, con la cual pretende soportar que dichos implementos sí fueron recibidos y rubricados por la entidad demandada.

Que en lo que tiene que ver con el documento aportado por la parte actora, de fecha 4 de diciembre de 2008, afirma que fue expedido por el DATT, que se allegó en original, y que nunca fue tachado de falso, por lo que considera que es un documento auténtico y no una copia simple como se indica en la sentencia apelada.

Señala el recurrente, que la entidad demandada no se pronuncia respecto de la Factura de Cobro 0365 tachándola de falsa, y por ello no puede el juez de primera instancia presumir la mala fe al considerar que no es auténtico siendo que fue recibida en la entidad demandada.

Que no pretende desconocer la obligatoriedad de la Ley 80 de 1993, sin embargo afirma que existía coacción indebida de parte del demandado que pretendía la entrega del material bajo la excusa de un “contrato en trámite”, situaciones que condujeron al demandante a actuar de buena fe.

A su juicio, la entidad demandada actuó de mala fe, por mantenerlo con la expectativa de la elaboración del contrato; por lo que considera inútil que se invoque la indebida aplicación de la Ley 80 de 1993, cuando la sociedad actora accedió a la

² Folio 184 – 187

entrega de las mercancías solicitadas, lo cual aumentaba su confianza al haberse expedido la respectiva disponibilidad presupuestal.

Que no se puede justificar que se desconozca de la normatividad contractual, pero solicita que se evalúen las circunstancias de inferioridad en las que se encontraba la parte actora, y la posición dominante de la demandada, quien además certificó que las cantidades recibidas y las firmas de los que recibían eran auténticas, pero que no se cancelaba la deuda por ausencia de la formalidad.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Parte demandante

Sostiene que la entidad demandada actuó de mala fe al solicitar y recibir los insumos de la sociedad actora, y con posterioridad aceptarlos pero reservarse la facultad de contratar los precios ofertados.

Reitera sus argumentos planteados en el recurso de apelación, y solicita que se realice un estudio de los documentos aportados con la demanda, los cuales permiten establecer el abuso de la parte de la demandada, quien con la falsa promesa de solemnizar el contrato recibió el suministro de los materiales requeridos.

5.2. Parte demandada

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y solicita sea confirmado el fallo de primera instancia.

5.3. Concepto del Agente del Ministerio Público

Rindió Concepto No. 127 de 2011³ en el que solicita que se confirme el fallo de primera instancia, debido a que a su parecer no hay elementos probatorios que permitan tener por celebrado y perfeccionado el contrato cuya declaratoria de existencia e incumplimiento se solicite.

³ Folios 210 – 215

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 28 de marzo de 2011 se admitió el recurso de apelación (folio 193).

El 31 de mayo de 2011, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; este último, quien desistió expresamente de hacerlo (folio 195).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 30 de septiembre de 2010, por medio de la cual se niegan las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

2. La caducidad

La demanda que se estudia, fue presentada oportunamente, esto es, en fecha 23 de abril de 2009⁴, toda vez que el contrato cuya existencia pretende la parte actora que sea reconocida, tuvo ocurrencia en el lapso comprendido entre el 18 de octubre de 2007 y el día 7 de marzo de 2008; cuando fue entregado el último suministro de papelería a la entidad demandada. Lo anterior, ocurrió dentro del término legal previsto en el numeral 10º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁵.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso, la parte actora prestó o no al Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes DATT, el servicio suministro de papelería, impresión y publicidad, sin contrato perfeccionado, durante el lapso comprendido entre el 18 de octubre de 2007 y el 7 de marzo de 2008; y

⁴ Ver folio 4

⁵ "Art 136 Caducidad de las acciones

()

¹⁰ En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento "

además –en caso de que lo anterior esté probado-; si esa circunstancia es imputable a la entidad estatal, a título de enriquecimiento sin causa, o si el hecho obedeció a la culpa grave del contratista, y por ende debe asumir las consecuencias patrimoniales de su comportamiento.

Para resolver el anterior planteamiento, la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* el valor probatorio de las copias simples, *ii)* la acción incoada; y finalmente, *iii)* examinará de manera conjunta, los elementos probatorios arrimados al proceso para definir el asunto *sub examine*.

4. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión revocará el fallo de primera instancia de fecha 30 de septiembre de 2010, y en consecuencia, condenará a la entidad demandada a la indemnización de los perjuicios; pues en primer lugar se otorgará valor probatorio a los documentos aportados por la parte actora en copia simple, debido a que algunos de ellos provienen de la parte demandada y no fueron tachados de falsos; y en segundo lugar, porque tales documentos demostraron no solo el suministro de los implementos de papelería a la entidad demandada, sino que tales hechos no se hicieron a espaldas de la misma; sino todo lo contrario, con la anuencia de sus funcionarios responsables, configurándose un enriquecimiento de la entidad y un correlativo empobrecimiento del contratista.

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

5. Análisis del caso

5.1. Sobre el valor probatorio de las copias simples.

El fallo de primera instancia desestimó las pretensiones de la demanda, pues consideró que las pruebas aportadas, por carecer de autenticidad, no se les podía dar mérito para demostrar ninguno de los hechos narrados en la demanda.

Por su parte, el recurrente afirma que los documentos aportados no fueron tachados de falsos por la entidad demandada, por lo que considera que deben ser valorados en su integridad.

Al respecto, se advierte que si bien las pruebas aportadas por la parte actora en su mayoría fueron traídas al proceso en copia simple; lo cierto es que la entidad demandada en ningún momento las tachó de falsas, y en esa medida, serán valoradas por la Sala en aplicación a la postura unificada de la jurisprudencia del Consejo de Estado la cual acoge esta Sala; ya que no sería lógico desconocer el valor probatorio de los documentos allegados al plenario, si las partes a lo largo de la actuación no los han tachado de falsos.

En ese sentido, la Sala Plena de la Sección Tercera del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁶, unifica su jurisprudencia, en el sentido de otorgarle valor probatorio a los documentos que fueron allegados al proceso y han permanecido en él en copia simple; consideró que no sería lógico desconocer el valor probatorio de tales elementos probatorios, si las partes a lo largo de la actuación no los han tachado de falsos. Precisó la jurisprudencia lo siguiente:

“Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por tanto en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.”

5.2. La acción incoada

En el presente asunto, la parte actora manifestó estar ejerciendo la acción de controversias contractuales regulada por el artículo 87 del C.C.A., norma que consagra lo siguiente:

“Art. 87. De las controversias contractuales -Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas (...).”

⁶ Boletín No. 130 del 17 de septiembre de 2013 del Consejo de Estado - Sentencia del 22 de agosto de 2013. Exp 25000-23-26-000-2000-01714-01 (28660) M P Hernán Andrade Rincón

La jurisprudencia del Consejo de Estado⁷, ha expuesto que mediante la acción de controversias contractuales prevista en el citado artículo 87, es posible controvertir todas aquellas diferencias que se susciten entre la entidad pública contratante y el particular contratista referidas a: *i)* La existencia o inexistencia del contrato; *ii)* La validez del negocio jurídico o de alguna de sus cláusulas cuando quiera que se encuentre viciado de nulidad absoluta o relativa; *iii)* La revisión económica encaminada a determinar si se presentó desequilibrio en las condiciones que fueron previstas al momento de contratar o de presentar oferta; *iv)* El incumplimiento en el evento de que las partes de la relación comercial incurran en conductas que configuren el desconocimiento de las prestaciones a su cargo o el cumplimiento tardío de las mismas; *v)* La condena al pago de perjuicios para la parte responsable del daño y *vi)* Otras declaraciones y condenas que necesariamente deben estar relacionadas con el contrato celebrado, dada la naturaleza de la acción.

Por consiguiente, se examinará si en el caso *sub examine*, las pretensiones y condenas tenían como finalidad resolver diferencias surgidas entre la entidad pública contratante y el particular contratista, con ocasión de la presunta celebración de un contrato celebrado entre ellas; o por lo menos, si estaban encaminadas a establecer la existencia misma de la relación contractual, de tal manera que pueda concluirse que la acción ejercida por la parte demandante, efectivamente, fue la de controversias contractuales.

Entre las declaraciones y condenas impetradas por la parte actora, se encuentran: *i)* la de declarar la existencia de la obligación contenida en la Factura Cambiaria No. 0365 por valor de \$35.675.220.00; y la de *ii)* declarar que se cancele la suma de \$35.675.220.00 debidamente indexada, por concepto de suministro de papelería por cuenta de la firma GRAFITEC LTDA a cargo del DATT.

Se observa además, que la parte demandante no formuló pretensión alguna orientada a la declaratoria de la existencia del contrato; tampoco aportó al proceso documento que demostrara haber celebrado con el Distrito de Cartagena o con el DATT, un contrato que cumpliera con la formalidad del escrito para su existencia y como prueba de su perfeccionamiento; o de una orden escrita en este sentido que demostrara el vínculo contractual entre las partes, circunstancia que fue alegada por la misma entidad

⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009 Rad 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662) Actor Droguería Santa Fe de Arauca – Demandado ISS C P MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR

demandada al momento de contestar la demanda, por lo que solicitó que se desestimaran las pretensiones de la demanda.

Por lo anterior, la Sala encuentra acreditado que el contrato escrito no existió, pero que la parte demandante entregó insumos a la demandada destinados a la papelería destinada para el cumplimiento de las labores propias de la entidad demandada, supuestamente por solicitud de varios funcionarios responsables de las dependencias de la demandada; e igualmente, que la entidad pública a través del Subdirector Administrativo y Financiero del DATT, reconoció la prestación del servicio y los montos solicitados mediante Oficio del 4 de diciembre de 2008; sin embargo, afirmó su imposibilidad de cancelar dicho monto por la ausencia del acuerdo de voluntades.

El conjunto de estas circunstancias, evidencia que la acción que fue incoada, así se hubiere denominado de controversias contractuales por la parte actora, realmente no corresponde a las características que identifican a dicha acción, ni las pretensiones tienen como finalidad la solución de controversias suscitadas en relación con un contrato estatal concebido en los términos establecidos por el Estatuto Contractual; sino que realmente se trata de una acción muy diferente, denominada acción de enriquecimiento sin causa o *“actio in rem verso”*; toda vez que no es posible discutir, por vía de la acción contractual, el reconocimiento económico causado por la ejecución de una prestación, cuando no existe de por medio un contrato en los términos previstos por la ley contractual, es decir, cuando su fuente no es contractual.

Sin embargo, la anterior circunstancia no es obstáculo para que esta Sala continúe con el estudio del fondo de este asunto, toda vez que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha estudiado la posibilidad de que con fundamento en el principio *“iura novit curia”* -exponed el hecho que el juez conoce el derecho-; el juez está facultado para interpretar si la acción es o no de naturaleza contractual, respetando la causa *petendi*, con el fin de que la inadecuada escogencia de la acción por parte de la actora, no impida emitir un fallo de fondo.

Precisó la Sección Tercera de dicha Corporación⁸, lo siguiente:

“Asumir una posición contraria sería rendirle un culto injustificado a la forma por la simple forma, con desconocimiento del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial consagrado en el artículo 288 superior,

⁸ Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009 Rad 07001-23-31-000-1997-00705-01(15662)

en virtud del cual el juzgador está en el deber de interpretar la demanda, establecer la materia del litigio, con prescindencia de la forma.”

En ese orden de ideas, con fundamento en el principio *iura novit curia*, la Sala continuará con el estudio del caso *sub examine*, pues se infiere de los hechos y de las pretensiones formuladas en la demanda, que la naturaleza de este asunto no es de naturaleza contractual.

El enriquecimiento sin causa y la actio de in rem verso - Elementos de la figura.

Cuando un particular ejecuta prestaciones en favor de la Administración, sin que previamente se hubiere formalizado un contrato o impartido la orden correspondiente, con los requisitos indicados en la ley, dicho particular tiene derecho a un reconocimiento económico pero no con fundamento en el contrato, debido a que éste nunca se ha perfeccionado o existido, sino, en virtud del **principio del no enriquecimiento sin causa**.

Así, cuando la Administración no ha formalizado un contrato, tal hecho no puede convertirse en fuente de enriquecimiento de su patrimonio, en detrimento del patrimonio del particular que ha ejecutado las correspondientes prestaciones, puesto que en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa, la Administración se encuentra obligada a restituir aquella parte que fue objeto de su enriquecimiento siempre y cuando se den los elementos de la figura y por ende, se acrediten los presupuestos para la procedencia de la *actio de in rem verso*.⁹

El enriquecimiento sin causa constituye fuentes de obligaciones, según lo ha determinado la jurisprudencia¹⁰ y lo ha entendido así la doctrina nacional, a la par con el contrato, el cuasicontrato, los actos jurídicos, los actos ilícitos (delito y cuasi-delitos) y la ley, (artículo 1494 del C.C.).

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, Exp 15662 C P Myriam Guerrero de Escobar

¹⁰ En sentencia de 6 de septiembre de 1940, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que el enriquecimiento sin causa constituye una fuente de obligaciones, así discurrió. “*Dentro de la ciencia jurídica moderna ha prevalecido, entre las diversas clasificaciones que se han hecho de las fuentes de las obligaciones, unas excesivamente complejas y muy sintéticas otras, la que vincula su nacimiento a una de estas cuatro fuentes 1) El acto jurídico, que es el ejecutado por las personas con el propósito deliberado de producir consecuencias en derecho, comprensivo del contrato, del cuasicontrato, y del hecho voluntario de la persona que se obliga, en la enumeración del artículo 1494 del C C 2) El hecho ilícito, o sea el calificado legalmente como delictuoso y el simplemente culposo, que comprende el delito y el cuasidelito de nuestra clasificación legal. 3) La ley, que impone a quien se halle en determinada situación jurídica ciertas obligaciones, enunciadas también en el sistema del código 4) El enriquecimiento sin causa.*”

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹¹ y de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹², han señalado que los elementos constitutivos de la figura del enriquecimiento sin causa, son los siguientes:

1. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial.
2. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido.
3. Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³, ha señalado que la mera liberalidad del particular no tiene la virtud de comprometer la responsabilidad patrimonial de la entidad, porque en tal caso se trataría de una imprudencia, culpa y hasta dolo que tendría por finalidad provocar un gasto público no consentido ni deseado por la entidad.

En sentido contrario, la misma Sección Tercera - Subsección "C"¹⁴, ha considerado que cuando la administración *"sugiere, invita, provoca y en general es la causa eficiente de una erogación del contratista, a favor de la entidad, asume la obligación de pagar el valor de los trabajos, bienes o servicios, que con su participación se ejecutaron"*.

Destaca esta última postura, lo siguiente:

"Esta posición busca conducir la teoría del enriquecimiento sin causa a un justo medio, que haga responsable sólo a quien con su conducta provoca el desplazamiento económico injustificado de un patrimonio a otro. Si existe pura liberalidad, incluso engaño o dolo del particular, entonces éste debe asumir el perjuicio; pero si la entidad pública es quien incita, provoca y en general se dispone a recibir un beneficio -con mayor razón cuando se

¹¹ Entre otras, las sentencias de 14 de abril de 1937, M P Liborio Escallón, de 6 de septiembre de 1940, de 6 de septiembre de 1940, M P Hernán Salamanca, de 10 de diciembre de 1999, M P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, de 11 de enero de 2000, M P Manuel Ardila Velásquez; de 10 de diciembre de 1999, M P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

¹² Se pueden consultar las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 9 de marzo de 1984, Exp 2850, M P Carlos Betancur Jaramillo, de 11 de diciembre de 1984, del mismo ponente, y en pronunciamientos más recientes, sentencia del 29 de enero de 2009 Exp 15662 C P Myriam Guerrero de Escobar

¹³ Sección Tercera Subsección C – sentencia de octubre 19 de 2011 Rad 18 082 CP Enrique Gil Botero

¹⁴ Sentencia del 30 de enero de 2013 Exp 19045 C P Enrique Gil Botero

compromete a legalizar en el inmediato futuro la situación-, debe pagar el costo del trabajo que recibe.”

Pues bien, bajo el anterior criterio, el Alto Tribunal destacó la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera¹⁵, en la que señala la posibilidad de ordenar la compensación por enriquecimiento sin causa bajo tres supuestos, porque considera que además de esos casos existen otros igualmente evidentes. Precisó la referida jurisprudencia:

“12.2. Con otras palabras, la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

“Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas,

¹⁵ Sentencia del 19 de noviembre de 2012 –Exp 24 897 CP Jaime Orlando Santofimio

así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) *En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.” (Negrillas fuera de texto)*

De acuerdo con lo anterior, el primero de los tres supuestos, es suficiente para condenar a la entidad demandada en este caso y por ello, revocar el fallo de primera instancia; pues al valorar la Sala las pruebas recaudadas, se encuentran acreditados los elementos de un enriquecimiento sin causa, como se pasará a analizar.

5.3. Análisis de hechos probados - caso concreto.

Acorde con las ideas antes expuestas, las cuales se aplicaron al caso concreto, la Sala encuentra demostrado en el presente asunto, que entre el **18 de octubre de 2007 y el 7 de marzo de 2008**, la empresa GRAFICAS TECNICAS LIMITADA – GRAFITEC LTDA, **prestó el servicio de suministro de papelería impresa** al Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes - DATT.

Lo anterior se constató con la copia de los recibos en los que fueron remitidos los insumos por parte de la empresa GRAFITEC LTDA entre las fechas señaladas en el párrafo que antecede¹⁶. Tales documentos aparecen recibidos por quienes en su momento eran los funcionarios responsables de las dependencias del Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes - DATT. Lo anterior, pudo verificarse, luego de que la entidad así lo afirmara, pues la parte actora remitió **Comunicación de fecha 28**

¹⁶ Ver folios 13 a 33

de octubre de 2008¹⁷ dirigida al Subdirector Financiero y Administrativo del DATT, en la que solicita certificación acerca de las firmas de quienes recibieron los insumos y de las cantidades por ellos suministradas. En tal comunicación, se advierte su intención de adelantar el proceso de cobro ante la entidad, pues además se afirma haberse anexado tales recibos.

Posteriormente, en fecha, **4 de diciembre de 2008**, la parte demandante presenta **Factura de Cobro No. 0365** a la entidad demandada por valor de \$35.675.220, relacionando los elementos que fueron suministrados a la entidad demandada, con las cantidades por ellos aceptadas.¹⁸

En efecto, mediante **Oficio de fecha 4 de diciembre de 2008**¹⁹, suscrito por el Subdirector Administrativo y Financiero, la entidad demandada admite la autenticidad de las firmas de los funcionarios que recibieron los insumos, indicándolos con nombres propios (Eduardo Lecompte, Temistocles Sosa y Edgardo Granados); e igualmente se aceptan las cantidades indicadas en la **Factura No. 0365 de diciembre 4 de 2008**; documento en el que incluso, se señala la imposibilidad de reconocer las sumas solicitadas debido a la inexistencia del contrato que así lo justifique; motivo por el cual sugieren reclamar el pago de tales obligaciones por la vía legal correspondiente.

Los anteriores documentos, ratifican que la entidad demandada tuvo conocimiento de los hechos durante todo el tiempo en que se realizaron los suministros. Por consiguiente, a tales elementos la Sala le otorga plena validez, pues como se anotó en la parte preliminar de esta sentencia, permanecieron en el proceso y se les trasladó a la demandada sin que ésta los tachara de falsedad, y en esa medida se presume su autenticidad.

Ahora bien, precisa la Sala, que los hechos narrados en la demanda se corroboran con las pruebas antes mencionadas, las cuales fueron aportadas por la parte actora con la demanda, demostrando que el suministro de los implementos de papelería no se hizo a espaldas de la entidad, sino todo lo contrario, con la anuencia de los funcionarios responsables y, sobre todo, por la necesidad, tal como se advierte del Certificado de Registro Presupuestal No. 739 en el que se establece como beneficiario a la sociedad Grafitec Ltda, para contratar el servicio de *“Impresos y Publicaciones – Impuesto de Tránsito y Transporte”*. El anterior documento, tampoco fue tachado de falso, y el mismo

¹⁷ Ver folios 10 Comunicación de fecha 28 de octubre de 2008

¹⁸ Ver folios 35 a 37

¹⁹ Ver folio 38

está suscrito por el funcionario responsable del presupuesto en la entidad demandada, evidenciando con éste la necesidad de contar con este servicio, tal como lo señaló la parte actora en los hechos de la demanda.²⁰

Además, no es difícil inferir que la entidad estimuló a la sociedad actora para que continuara suministrando los elementos de papelería, por cuanto los mismos eran recibidos por los funcionarios responsables de las respectivas dependencias, como consta en el oficio de 4 de diciembre de 2008, y donde admite que los elementos relacionados en la Factura No. 0365, fueron efectivamente las cantidades suministradas.

Por lo anterior, no es posible imputarle al contratista un grado de culpa, cuando primero que todo la entidad demandada se encontraba necesitada del suministro de papelería; y tales imputaciones corresponderían a un análisis desafortunado de la realidad de las cosas, pues si la entidad hubiera tenido resuelto el problema de papelería no cabe la menor duda de que la actora no habría tenido que remitir insumos de tales materiales.

En estos términos, la Sala entiende que concurren los supuestos de la circunstancia primera que se describe en la sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera, del 19 de noviembre de 2012 citada, el cual exige para la configuración del enriquecimiento sin causa que *“... se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo”*; lo que en el caso concreto se presentó, de lo cual no hay duda por las pruebas que antes analizaron; ya que fue la entidad demandada quien condujo al contratista a mantener el suministro de los insumos sin que dicho acuerdo fuera elevado por escrito.

En ese orden, se considera que la entidad sí le impuso al contratista la ejecución del trabajo, presión que, sin duda, se ejerció en virtud de que con la papelería suministrada se realizaban las labores propias del Departamento de Tránsito y Transportes Distrital – DATT (Planillas, hojas de actas de inspección, Hojas de investigador de campo, hojas de valorización de lesiones, libretas de Dictamen de Embriaguez, etc), material éste sin el cual la entidad no desarrollaría normalmente sus actividades. Claro está que esto riñe con la legalidad de las formas de actuación de la administración, porque se debió

²⁰ Ver folio 34

adelantar un proceso de selección para realizar una contratación, tema que, en todo caso, no es necesario analizar aquí, porque carece de importancia para establecer si la demandada se enriqueció o no sin justa causa.

Finalmente, en relación con los medios probatorios del enriquecimiento de la entidad y del empobrecimiento del contratista, la prueba es evidente de acuerdo con la **Factura de Cobro No. 0365** por valor de \$35.675.220; circunstancia en la que la empresa contratista dejó de recibir un dinero por sus materiales, y en la que la demandada se enriqueció toda vez que dejó de pagar un servicio recibido.

Por todo lo antes dicho, las pruebas aquí analizadas ofrecen a la Sala Plena credibilidad de lo que hacen constar, ya que incluso provienen de la parte demandada, y en esa medida se echan de menos las apreciaciones realizadas por la juez de primera instancia que las desestimó por encontrarse en copia simple. En esos términos, la Sala comparte los argumentos del recurrente, al señalar que a las aludidas pruebas no se les hizo juicio de autenticidad por parte de la entidad demandada en la oportunidad procesal pertinente y en consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia.

Indemnización del perjuicio

Para cuantificar el daño que debe indemnizarse, la Sala tomará como referente la **Factura de Cobro No. 0365** a que nos hemos venido refiriendo, la cual fue aceptada por la entidad demandada conforme se dijo, en las cantidades allí relacionadas, y cuyo valor ascendía a la suma de **\$35.675.220** que es el valor representado de los insumos que fueron suministrados.

La anterior suma a cancelar, deberá ser indexada en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}} \text{ VH}$$

En la que el valor presente (VA) se determina multiplicando el Valor Histórico (VH) que es lo dejado de percibir por la demandante por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de la ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en que debió reconocerse y pagarse dicha suma.

En consecuencia,

$$Va = \$35.675.220 \times \left(\frac{\text{IPC final - septiembre de 2013}}{\text{IPC inicial - octubre de 2007}} \right)$$

$$Va = \$35.675.220 \times \left(\frac{114,23}{91,98} \right)$$

$$Va = \$44.305.070,45$$

De este valor, la entidad demandada debe deducir los impuestos, tasas u otros conceptos que normalmente se descuentan a las cuentas de cobro o facturas que presentan sus contratistas durante la ejecución del contrato, tal como lo ha precisado la jurisprudencia en otros casos. De no hacerlo, y si acaso este objeto contractual estaba gravado con algún impuesto nacional o territorial, se enriquecería ahora el contratista, porque recibiría un dinero neto, sin los descuentos que habría tenido que pagar, si se hubiera celebrado el contrato en forma normal.²¹

5.5. Pretensión de indemnización de perjuicios

En lo que tiene que ver con la pretensión de condenar a la entidad demandada a la indemnización de perjuicios equivalente al 20% del valor de la obligación contenida en la Factura de Cobro No. 0365, derivado del incumplimiento por el pago de los materiales suministrados y no cancelados; deberá decirse que en el expediente no se encontraron elementos de juicio que permitieran demostrar la ocurrencia de tales daños causados a la parte actora, por lo que no se accederá al reconocimiento de los mismos.

5.6. Condena en costas

Respecto de la solicitud de condena en costas a la parte vencida, es preciso anotar que en desarrollo del artículo 171 del C.C.A., la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que en materia contencioso-administrativa el juez a diferencia de lo realizado en la jurisdicción ordinaria civil, debe realizar una valoración subjetiva respecto a la conducta asumida por aquélla, observándose que en el presente caso la entidad demandada, no realizó una oposición temeraria, ni realizó actuaciones dilatorias así

²¹ Ver casos como el expuesto en sentencia del Consejo de Estado de fecha 30 de enero de 2013 Exp 19 045

como tampoco mostró una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, por lo que no procede su condena en costas.

6. Cuestión accesoria

Por último, se observa que a folio 218 el Doctor Emilio Aguilar Gómez, presenta escrito manifestado renunciar al poder conferido por la parte demandada dentro del proceso de la referencia, el cual se aceptará en la parte resolutive de esta providencia.

Lo anterior, debido a que conforme al artículo 64 del C.P.C., la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino hasta cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita y se haga saber al poderdante por telegrama; razón por la cual la entidad demandada aun cuenta con representación jurídica, toda vez que la renuncia no ha sido aceptada por esta Corporación mediante auto.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

- 1. REVÓCASE** la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2010, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda; y en consecuencia, se dispone:

***“PRIMERO: DECLÁRASE** la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte del Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes DATT y en contra de la empresa GRAFICAS TECNICAS LIMITADA – GRAFITEC LTDA, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: En consecuencia, CONDÉNASE** al Distrito de Cartagena a pagar a la parte actora como reparación del daño, la suma de **\$44.305.070,45** por concepto de suministro de papelería en el Departamento Administrativo de Tránsito y Transportes Distritales - DATT. La entidad*

demandada deberá deducir de este valor los impuestos, tasas u otros conceptos que normalmente se le descuentan a los contratistas.

TERCERO: *NIÉGANSE las demás pretensiones.*

CUARTO: *Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.*

QUINTO: *Ejecutoriada esta providencia, expídase por Secretaría primera copia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.”*

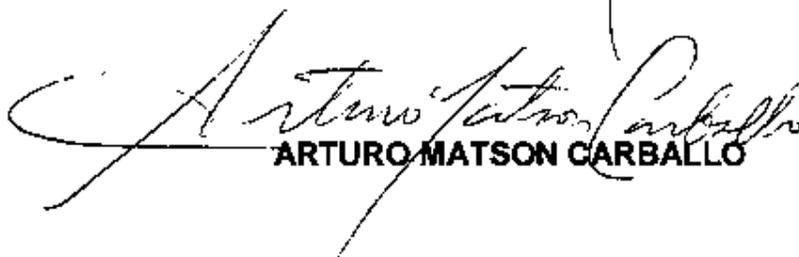
2. Aceptar la renuncia de poder presentada por el Doctor Emilio Aguilar Gómez, como apoderado de la entidad demandada. En consecuencia, dese cumplimiento al artículo 64 del C.P.C.
3. Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

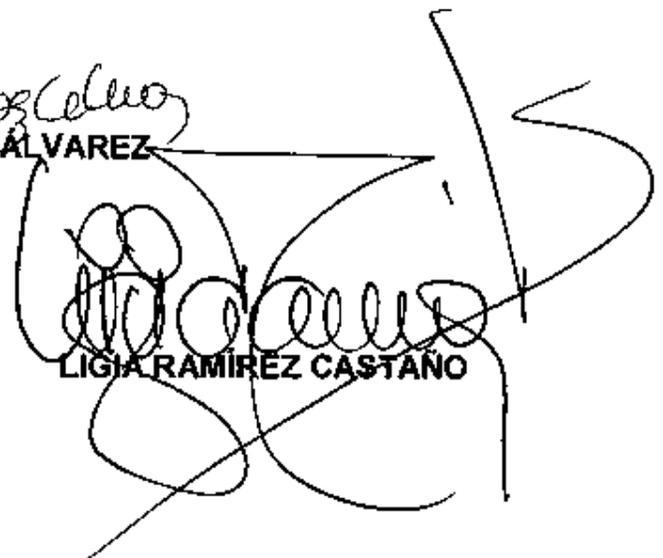
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas: sentencia de segunda instancia, demanda instaurada en ejercicio de la acción de controversias contractuales Rad. No. 13001-33-31-006-2009-00137-01.



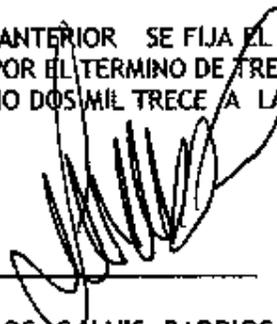
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1347
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: BENJAMIN ALFREDO SALOM FRANCO
DEMANDADO	: NACION-PROCURADURIA GENERAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2008-00135-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

FP: 243
4
253
(1.0)



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

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 30512013

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

TEMA: Renuncia provocada del cargo – situación administrativa negada de comisión especial para ocupar empleo de libre nombramiento y remoción

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 012 2008 00135 01

II. PARTES

Demandante: BENJAMIN ALFREDO SALOM FRANCO

Demandado: NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

En oportunidad legal procede esta Sala de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veintinueve (29) de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- PRETENSIONES

"1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto No. 570 de fecha 1 de abril de 2008, expedido por el señor Procurador General de la Nación, por medio del cual se me desvinculó del cargo de Profesional Universitario Grado 17, que venía desempeñando en la Procuraduría Provincial de Cartagena desde el 2 de julio de 1992, de igual forma se declare la nulidad de los oficios No. 1010 del 14 de marzo de 2008 y 1140 del 2 de abril de 2008, con los cuales se niega la Comisión Especial solicitada, suscritos por el señor Iván Darío Gómez Lee, en su condición de Secretario General de la Procuraduría General de la Nación.

2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se ordene el reintegro del doctor Benjamín Alfredo Salom Franco, en el empleo de Profesional Universitario grado 17, que venía desempeñando en la Procuraduría Provincial de Cartagena, que ocupaba al momento de expedirse el acto administrativo cuya nulidad se solicita, o en otro de similar categoría o equivalente, pero en todo caso de funciones afines al que ejercía al momento de ser retirado irregularmente del servicio.

3. Así mismo y también como consecuencia de la nulidad, que se condene a la Procuraduría General de la Nación, a reconocer la Comisión Especial, para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción, que establece el artículo 105 del decreto 262 de 2000, para el cual fue nombrado por la señora Alcaldesa del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, como Jefe de la Unidad de Control Interno Disciplinario.

Que en el evento de quedar cesante en el cargo que desempeñaba como Jefe de la Unidad de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Distrital de

Cartagena y como consecuencia del reintegro se ordene pagarle los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías, aumentos de salarios y demás emolumentos concurrentes al cargo que ejercía y que le correspondan desde la fecha de su vinculación hasta cuando sea efectivamente reintegro al servicio, sumas de dinero que solicito expresamente ordenen reconocer y pagar debidamente indexadas y con los intereses de rigor, pues el aumento anual no cubre el índice de devaluación.

4. También pido que se declare que para todos los efectos legales y especialmente, para lo relacionado con el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, que no ha existido solución de continuidad en el tiempo de servicio durante el cual permanezca separado del cargo que ejercía.

5. Que se ordene que a la sentencia favorable se le de cumplimiento en el término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y se haga efectiva de conformidad con el artículo 177 ibídem.

6. Que se condene en costas a la Procuraduría General de la Nación, incluyendo las agencias en derecho correspondiente.

B. HECHOS

Manifiesta el apoderado de la parte actor que el Dr. Benjamín Alfredo Salom Franco, fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario Grado 17 de la Procuraduría General de la Nación, inscrito en carrera administrativa y habiéndose posesionado el día 2 de julio de 1992.

Así mismo, afirma que apoderado de la parte demandante que durante el tiempo que estuvo vinculado a la institución, desempeñó su cargo con lealtad, honestidad, disciplina, rectitud y profesionalismo.

Menciona que mediante oficio No. 753 de fecha 29 de febrero de 2008, el Dr. Benjamín Alfredo Salom Franco solicitó al señor Procurador General de la Nación,

doctor Edgardo Maya Villazón, el derecho a recibir y disfrutar de una Comisión

Especial para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual fue nombrado mediante decreto No. 0154 del 28 de febrero de 2008, por la señora Alcaldesa del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, Dra. Judith Pinedo Flórez.

Mediante oficio No. 1010 de fecha 14 de marzo de 2008, el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, sin motivación alguna, le niega el derecho a recibir y disfrutar de una Comisión Especial para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, para el cual fue nombrado mediante decreto No. 0154 del 28 de febrero de 2008.

Aduce la parte actora, que mediante oficio No. 1140 del 2 de abril de 2008, se le volvió a negar la solicitud de comisión. En vista de lo anterior, presenta renuncia al cargo, la cual califica de provocada, forzada e inducida, como se puede deducirse de los escritos de solicitud de comisión al manifestar que su deseo no era retirarse de la institución.

De la solicitud de renuncia, el Secretario General la devuelve exponiendo: *“De manera atenta me permito devolverle el escrito de renuncia, presentado por usted el 27 de marzo de 2008. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 161 del Decreto-Ley 262 de 2000 establece que la voluntad de renuncia debe ser libre y espontánea. En los términos presentados no es posible adelantar ningún trámite ante el Procurador General de la Nación.”*

A raíz de lo anterior, el actor presenta renuncia irrevocable al cargo de Profesional Universitario Grado 17 que desempeñaba en la Procuraduría Provincial de Cartagena a partir del 1 de abril de 2008, y así poder aceptar el cargo para el cual fue nombrado por la Alcaldesa de Cartagena.

Por medio del Decreto No. 570 del 1 de abril de 2008 le fue aceptada la renuncia. Su asignación salarial correspondía a \$2.970.623.00.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El actor relaciona las siguientes disposiciones como violadas:

Constitución Política: Preámbulo, Arts. 2, 4, 25, 29, 53, 58 y 15.

En el concepto de violación entre varios argumentos los siguientes:

“La anterior disposición constitucional igualmente fue quebrantada por cuanto el derecho al trabajo que tenía protegido mi mandante, antes que garantizárselo, por el contrario, lo que se ha hecho es vulnerárselo al aceptar la renuncia provocada e inducida por la negativa de concederle una Comisión Especial para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción para el que fue nombrado el Dr. Benjamín Alfredo Salom Franco por la Alcaldesa Mayor de Cartagena de Indias, del cargo como Profesional Universitario, Código 105, grado 17 asignado a la Procuraduría Provincial de Cartagena sin haber expresado los motivos para que el procurador tomase esa drástica e insólita decisión.

(...)

En efecto, el doctor Benjamín Alfredo Salom Franco, gozaba de inamovilidad relativa, por la calidad de empleado inscrito en carrera administrativa, por lo que la competencia de la administración era reglada inequívocamente; y para poder prescindir de su servidor público tenía que sujetarse a las normas que regulan estas situaciones. Valga decir, el ente administrativo tenía que utilizar los procedimientos determinados en la ley; y a la culminación de ellos, expedir el acto debidamente motivado, previo el agotamiento de haber sido escuchado en descargos y obtenerse el concepto de la comisión de personal; proceder que no realizó el órgano estatal, vulnerando, por consiguiente, la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 29 de la Carta Fundamental.

Expone como cargos de ilegalidad de los actos acusados la desviación de poder, y la falsa motivación.-

Sobre el primero sostiene que se debió expresar sumariamente los motivos para negar la Comisión Especial solicitada y declarar la aceptación de la renuncia, puesto que la discrecionalidad no era absoluta y tenía como límites la arbitrariedad y los fines del buen servicio, sobre todo por tratarse de un funcionario inscrito en carrera administrativa y que contaba con el aval del Procurador Provincial de Cartagena.

Y de la falta de motivación alega que: *“En los oficios cuestionados se dice que fue negada la solicitud de comisión, sin dar una explicación que justifique la decisión, amparándose en un memorando del Procurador al Secretario General, donde dice que se abstendrá de conceder comisiones especiales “en aras de mantener la independencia y autonomía de la Procuraduría General de la Nación en el desempeño de sus funciones constitucionales y legales”; no se dice que recursos proceden contra esa decisión o que otras alternativas tenía para pedir la comisión que autoriza la propia ley. Por eso, considero que iniciada una actuación administrativa, la Procuraduría por intermedio del funcionario competente debió explicar el porqué no se podía conceder la comisión. La falta de motivación es la que constituye el vicio de expedición irregular, lo cual genera su nulidad.”*

V. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada describió el traslado en forma oportuna mediante el escrito que obra a folios 112 a 117 del expediente. En esa oportunidad manifestó su oposición a cada una de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho al trabajo, sostiene que la misma no existe toda vez que su renuncia estuvo motivada precisamente en obtener una mejor posición laboral al ser Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Distrito de Cartagena de Indias.

Sobre la negación de la Comisión Especial de Servicios, sostuvo que ésta decisión

obedeció a un criterio discrecional de la administración, y que atendiendo a lo dispuesto en el Memorando de fecha 06 de noviembre de 2007, no era posible

conceder la misma, pues ya el Procurador General de la Nación había delimitado que la Procuraduría se abstendría de “conceder Comisiones Especiales a funcionarios de la Procuraduría General de la Nación de nivel nacional, departamental o municipal que haya ejercido vigilancia preventiva o disciplinaria contra funcionario alguno o que potencialmente pueda hacerlo en circunstancias que lo exijan”, en aras de mantener la independencia y autonomía de la Institución en el desempeño de sus funciones constitucionales y legales.

Respecto a la presunta falsa renuncia que endilga la parte actora, el ente demandado se defiende aduciendo que en ninguno de los documentos que se allegan a la demanda presenta evidencias que la Procuraduría General de la Nación haya inducido o conminado la libre determinación de desvincularse de la entidad.

Ante la situación de no poder ocupar dos cargos públicos, el actor optó por presentar su renuncia irrevocable a partir del 01 de abril de 2008, previo agotamiento de la posibilidad de la comisión especial. Indica la parte demandada, que el escrito de renuncia reúne todos los requisitos para que pueda aceptarse la misma.

Presenta las excepciones de i) legalidad de los actos demandados; ii) el cobro de lo no debido y falta de causa y iii) innominada o genérica.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante auto del 26 de Marzo de 2009 se admitió la demanda (FI. 106), al tiempo que se ordenó notificar a la parte demandada, al Agente del Ministerio Público, la fijación en lista del proceso, se señaló una suma para gastos del proceso y se reconoció al apoderado de la parte demandante.

La fijación en lista se surtió entre los días 03 de Noviembre al 17 de Noviembre de 2009 (Fl. 106 respaldo).

La apertura a pruebas del proceso se dispuso mediante auto del 20 de Octubre de 2010.

La oportunidad para alegar de conclusión se dio en forma común a las partes mediante providencia del 03 de Octubre de 2011.

VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primera instancia, al adentrarse al estudio del caso concreto, pone de presente la normatividad que regula la estructura de la Procuraduría General de la Nación, -Decreto 262 de 2000- en particular las formas de retirarse del servicio, siendo una de ellas la Renuncia debidamente aceptada; y la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.

Del estudio de dicha normatividad el *a quo* consideró:

“Observa el despacho, que de la lectura de la renuncia presentada por el actor, se infiere que no hubo ninguna insinuación, inducción, presión o provocación ajena a la voluntad del dimitente ni se insinuó constreñimiento o coacción alguna por parte del nominador. Del contenido del acto de renuncia se puede concluir, que la decisión del actor fue libre y espontánea. Ahora bien, si las circunstancias específicas que acompañaron la determinación del actor hubieran sido coaccionadas, provocadas o inducidas e insinuada hubiera podido dejar consignado ese hecho en el mismo acto de renuncia, como una manifestación clara y expresa de no ser absolutamente consentida o voluntaria.

(...)

Aunado a lo anterior, el despacho no comparte lo señalado por el actor, cuando afirma que su renuncia fue provocada e inducida por la negativa del Procurador de concederle una Comisión Especial para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción para el cual había sido nombrado, argumentando además que el Procurador siempre debe atender las exigencias del buen común y los intereses del servicio publico, por dos razones fundamentales:

1. Porque de la lectura del artículo 97 del decreto 262 de 2000, se infiere que el Procurador General de la Nación, tiene la potestad de conceder o no las comisiones especiales. Veamos la norma:

"ARTICULO 97. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN. El Procurador General de la Nación **podrá** conferir comisión para desempeñar un empleo de libre nombramiento y remoción en la Procuraduría a un servidor inscrito en la carrera de la entidad, sin que ello implique pérdida ni mengua de los derechos inherentes a la carrera. El acto que la confiere deberá señalar los términos de la comisión y su duración, que no podrá ser mayor a tres (3) años.

El servidor inscrito en carrera no será evaluado en el empleo de carrera durante el término de la comisión. "(Negrilla fuera de texto)

2. Porque a juicio de este juzgador, de la lectura del memorando del 6 de noviembre de 2007, expedido por el señor Procurador General de la Nación, la negativa en conceder la comisión especial se fundó precisamente en los principios de moralidad, eficacia, imparcialidad, transparencia que rigen la función pública, cuando señala: A partir de la fecha este despacho se abstendrá de conceder comisiones especiales a funcionarios de la Procuraduría General de la Nación en entidades del nivel nacional, departamental, municipal o entidades descentralizadas del Estado de igual rango, en donde la Procuraduría General de la Nación haya ejercido vigilancia preventiva o disciplinaria contra funcionario alguno o que potencia/mente pueda hacerlo en circunstancias que lo exijan.

La anterior determinación en aras de mantener la independencia y autonomía de la Procuraduría General de la Nación en desempeño de sus funciones constitucionales y legales. (Subrayas fuera de texto).

Por otra parte y estando plenamente probado que la renuncia del accionante se hizo de manera libre y espontánea, no le quedaba otro camino a la demandada que darle cumplimiento a lo establecido en el artículo 162 del decreto 262 de 2000, esto es aceptar la renuncia dentro del termino establecido por la ley, por lo que su actuar se ajusto a derecho. Veamos la norma:

"ARTICULO 163. ACEPTACIÓN DE LA RENUNCIA. La aceptación de la renuncia corresponde al nominador y deberá hacerlo por escrito dentro de los treinta (30) días calendario

siguientes a la fecha de su presentación.

Si transcurre este término y no se ha decidido sobre su procedencia, el servidor podrá separarse inmediatamente del servicio sin que por esto incurra en abandono del cargo, o podrá continuaren el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia perderá su vigencia.

El servidor no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado en el acto administrativo de aceptación de la renuncia, so pena de incurrir en las sanciones a que hubiere lugar por abandono del cargo.

La aceptación de la renuncia no puede tener efectos retroactivos."

Para el despacho esta claro que el retiro del actor no se efectuó por voluntad de la administración sino que obedeció exclusivamente al deseo del demandante de dimitir del cargo, esto es, no fue la administración la que despojó al actor de su empleo sino que él inequívocamente, como quedó demostrado, expresó su deseo de abandonar el cargo. En fin, del material probatorio obrante en el expediente, no podría afirmarse que por parte de la entidad demandada existió algún tipo de provocación o inducción, a la renuncia del cargo presentada por el demandante.

En efecto, no se irradia de los actos administrativos acusados un propósito que pueda calificarse como desviado. De acuerdo con lo expresado, los actos demandados permanecen amparados por la presunción de legalidad que los cobija, por lo tanto se procederá a denegar las pretensiones de la demanda."

Teniendo en cuenta lo expuesto, el juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda.

VIII. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante dentro de la oportunidad legal, presentó recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia. En dicho recurso solicita que la misma sea revocada, toda vez que se desconocieron las circunstancias que originaron la renuncia del actor, de lo cual se sigue la Desviación de Poder y la violación de normas superiores.

Luego de exponer los hechos que se encontraron probados en la demanda y los antecedentes jurisprudenciales con relación a declaratoria de nulidad de los actos administrativos que aceptan renunciaciones en las cuales se evidencia una inducción a que se presente la misma, procede a recordar el concepto de violación presentado en la demanda.

IX. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 25 de julio de 2012, fue repartido el proceso en segunda instancia al Tribunal Administrativo de Bolívar.
- En auto de 13 de septiembre de 2012, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto 28 de septiembre de 2012, se corre traslado a las partes para que aleguen de conclusión.
- El señor agente del Ministerio Público solicitó traslado para emitir concepto, y en el mismo solicita se confirme la sentencia de primera instancia atendiendo que la renuncia presentada por el actor se elevó de manera libre y voluntaria, y la oportunidad que le brindaba la Administración Distrital le era más favorable para sus intereses.
- Finalmente el proceso entra al despacho para su pronunciamiento.

X.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

Precisa además la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia de esta Corporación se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija

el ámbito de competencia del superior, razón por la cual, la providencia que desate dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

2. Caducidad.

La presente acción fue iniciada en tiempo puesto que el Decreto No. 570 de fecha 1 de abril de 2008¹, expedido por el señor Procurador General de la Nación, por medio del cual se desvinculó al actor del cargo de Profesional Universitario Grado 17, que venía desempeñando en la Procuraduría Provincial de Cartagena desde el 2 de julio de 1992; y los Oficios No. 1010 del 14 de marzo de 2008 y 1140 del 2 de abril de 2008², con los cuales se niega la Comisión Especial solicitada, suscritos por el señor Iván Darío Gómez Lee, en su condición de Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, fue notificado el primero de ellos el día **2 de abril de 2008** y la demanda fue presentada el **04 de agosto de 2008**, es decir, dentro del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es (4) meses calendario contados a partir del día siguiente de su notificación (numeral 2º del art. 136 del C.C.A.).

3. Actos acusados.

En el caso bajo estudio el demandante persigue la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Decreto No. 570 de fecha 1 de abril de 2008, expedido por el señor Procurador General de la Nación, por medio del cual se desvinculó al actor del cargo de Profesional Universitario Grado 17, que venía desempeñando en la Procuraduría Provincial de Cartagena desde el 2 de julio de 1992. (Folio 22)
- Oficio No. 1010 del 14 de marzo de 2008, por el cual el Secretario

¹ La anotación de retiro definitivo se hizo efectiva en el Sistema de Información Administrativo y Financiero- SIAF- módulo de administración de personal, el 08 de abril de 2008

² El término de caducidad para demandar los oficios enjuiciados se subsumen con la caducidad del acto administrativo que acepta la renuncia, al ser éste consecuencia inmediata de los primeros

General de la Procuraduría General de la Nación, comunica la negación de la comisión especial solicitada por el señor Benjamín Alfredo Solom Franco. (Folio 25)

- Oficio No. 1140 del 2 de abril de 2008, por el cual se devuelve al señor Benjamín Alfredo Salom Franco, el escrito de renuncia presentado el 27 de marzo de 2008. (Folio 27)

4. Síntesis del caso.

El señor BENJAMIN ALFREDO SALOM FRANCO, desempeñándose como Profesional Universitario grado 17 inscrito en carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación, solicitó se le concediera disfrutar una Comisión Especial para desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción, con ocasión al nombramiento que le hizo la señora Alcaldesa Distrital de Cartagena como Jefe de la Oficina de Control Disciplinario del Distrito de Cartagena.

La entidad demandada, considerando que a la fecha de presentación de la solicitud, no era posible conceder ese tipo de licencias toda vez que habían quedado expresamente "prohibidas" atendiendo al memorando de fecha 06 de noviembre de 2007, denegó lo pretendido por el funcionario.

El señor Benjamín Alfredo Salom Franco, le insiste al señor Procurador General de la Nación, en la solicitud de comisión especial, y manifiesta en caso de negativa se retira del cargo por esas razones, solicitud de renuncia que es devuelta a solicitante por no presentar un escrito de renuncia libre y espontánea.

En virtud de lo anterior, el señor demandante decide presentar renuncia al cargo que venía desempeñando en la Procuraduría General de la Nación; y el ente demandado acepta la misma considerando que reúne los requisitos legales para el efecto.

Dentro de la oportunidad legal, el actor presenta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto que lo desvinculó de la entidad y contra los oficios que negaron le fuera concedida la comisión especial para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción.

El juez de primera instancia, consideró que la renuncia en ningún momento fue producto de la inducción o constreñimiento de la entidad, y que si el actor renunció lo hizo motivado por la mejor oportunidad laboral.

Inconforme con lo decidido, el actor solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se concede las pretensiones.

5. El problema jurídico a resolver.

De acuerdo a lo planteado en el recurso de apelación y las pruebas obrantes en el proceso, esta Sala de Decisión considera que el problema jurídico a resolver consiste en determinar, si la renuncia presentada por el demandante y debidamente aceptada por la entidad demandada, se encuentra viciada o no de algún tipo de nulidad, o por el contrario se encuentra ajustada a derecho.

6. Tesis de la Sala de decisión.

Esta Sala de Decisión No. 003 considera que con los actos administrativos acusados, a través de los cuales se le negó el derecho a gozar de una comisión especial y se le aceptó desvincularse plenamente de la Procuraduría General de la Nación, estuvieron

ajustados a derecho, pues la facultad para conceder o no una comisión especial para desempeñar determinado cargo, se encuentra en cabeza del señor Procurador General de la Nación, quien goza de facultad discrecional para conceder o negar la comisión especial solicitada, de igual forma la decisión de renunciar al cargo fue una disposición propia del demandante, quien tomó la decisión de retirarse del cargo que

desempeñaba en carrera administrativa para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos que pasaremos a explicar.

7. Hechos probados.

- Solicitud de otorgamiento de comisión para desempeñar el cargo de Director de la Oficina Asesora de Control Disciplinario Interno del Distrito de Cartagena de Indias. (Fls. 23- 24).
- Respuesta negativa de conceder lo solicitado, fundamentándose en el Memorial de fecha 06 de noviembre de 2007. (Fl. 25).
- Escrito de insistencia a fin que se concediera la comisión y en el mismo manifestación que en caso de no ser concedida la misma, se entendiera su renuncia al cargo a partir del 1 de abril de 2008. (Fl. 26).
- Devolución del escrito de renuncia al haberse presentado con explicación de motivos, contraviniendo según el ente demandado, lo exigido por la norma para poder tramitarla, es decir, que fuera libre y espontánea-. (Fl.27).
- Escrito de renuncia irrevocable de fecha 1 de abril de 2008.
- Decreto No. 570 de 1 de abril de 2008, mediante el cual se acepta la renuncia presentada por el actor al cargo de Profesional Universitario Grado 17 de la Procuraduría Provincial de Cartagena.

8. Normatividad aplicable al caso.

La renuncia presentada por parte del actor a la Procuraduría General de la Nación, obedeció según señala el actor, a la negativa de concederle la comisión especial que pidió para desempeñarse como Jefe Oficina Asesora del Distrito de Cartagena de Indias, cargo para el cual había sido designado, por lo cual se procederá a adentrarse al estudio de los motivos que tuvo el ente demandado –Procuraduría General de la

Nación- para negar la comisión solicitada.

La Procuraduría General de la Nación, al ostentar un régimen de **carrera especial**, se procederá a revisar lo regulado directamente el -Decreto 262 de 2000- por medio del cual se establece la Estructura y Organización de la Procuraduría General de la Nación.

El Decreto 262 de 2000, respecto a las situaciones administrativas laborales en las cuales puede estar incurso un empleado público, consagra:

CAPÍTULO IV

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS LABORALES

ARTÍCULO 91. Definición. *Las situaciones administrativas laborales son las diversas relaciones laborales que surgen entre los servidores públicos de la Procuraduría General y esta entidad, sea que se encuentren en servicio activo o que estén separados temporalmente de él.*

ARTÍCULO 92. Clases de situaciones administrativas laborales. *Los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación pueden encontrarse en una de las siguientes situaciones administrativas laborales:*

1. *Servicio activo:*

1.1. *En ejercicio del empleo*

1.2. *En comisión de servicio*

1.3. *En comisión de estudios*

1.4. *En comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción*

1.5. **En comisión especial**

1.6. *En comisión por invitación de gobierno extranjero*

(...)"

ARTICULO 105. COMISION ESPECIAL. Tiene por objeto cumplir actividades de asesoría al Estado, Estados Extranjeros, u Organismos Internacionales, desempeñar cargos en cualquier entidad del Estado, o asistir, en calidad de conferencista, a seminarios, foros o cualquier evento académico nacional o internacional por un término no mayor de dos (2) años.

La remuneración para desempeñar empleos en cualquier entidad del Estado, podrá ser asumida por la Procuraduría.

La comisión especial podrá dar lugar al pago de viáticos y gastos de viaje, será conferida por el Procurador General y se sujetará a los procedimientos que para el efecto se contemplen en la regulación interna."

9. Conclusiones del caso.

Según se desprende de la disposición transcrita en el punto anterior, la situación administrativa de Comisión para desempeñar cargos en cualquier entidad del Estado, de los empleados públicos de la Procuraduría General de la Nación, se encuentra como una facultad DISCRECIONAL que ostenta el Procurador General de la Nación, que la otorga a los empleados INSCRITOS EN CARRERA, y al conferirla no implica la pérdida de los derechos inherentes a la misma.

Como bien se observa, la norma no hace mayor precisión sobre los requisitos para acceder a dicha situación, es decir, no precisa si el empleado público ha tenido que obtener una calificación sobresaliente o satisfactoria para hacer uso de la misma, por tanto al no hacer distinción el legislador (en sentido lato) no es dable al intérprete distinguir.

Es así como, el Procurador General de la Nación haciendo uso de su facultad discrecional, puede o no otorgar Comisiones para desempeñar cargos en cualquier entidad del Estado, siendo sólo necesario para el empleado estar inscrito en el

régimen de carrera y en estricto sentido lógico haber sido nombrado ordinariamente por acto administrativo cuando la comisión deba surtirse en otra entidad.

De igual forma, la norma establece que en el acto en que se conceda la comisión se determinarán los términos de la misma y la duración que no podrá ser mayor a dos (02) años.

Para esta Sala la Comisión Especial para el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción ostenta una facultad discrecional del nominador, decisión discrecional en manos del Procurador General de la Nación, pero que debe obedecer siempre al respeto del principio de legalidad y motivarse siquiera tácitamente en el Buen Servicio.

De esta forma, se puede afirmar que cuando la Comisión sea para desempeñarse en una entidad diferente a la que se encuentra vinculado el servidor, y le haya realizado nombramiento ordinario por acto administrativo, la entidad a la que pertenece puede otorgar la comisión especial, siempre que el servidor con derechos de carrera cumpla con los requisitos para que ésta se le otorgue.

Para el caso *sub examine* se verifica que la respuesta negativa suscrita por el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, en cuanto niega la Comisión Especial para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción en otra entidad del Estado, como lo es el Distrito de Cartagena, ostenta como fundamento la existencia de un MEMORANDO de fecha 06 de noviembre de 2007 emanado del Procurador General de la Nación.

En dicho memorial se establece:

*“A partir de la fecha este despacho se **abstendrá de conceder comisiones especiales** a funcionarios de la Procuraduría General de la Nación en entidades del nivel nacional, departamental, municipal o entidades descentralizadas del Estado de*

igual rango, en donde la Procuraduría General de la Nación haya ejercido vigilancia preventiva o disciplinaria contra funcionario alguno o que potencialmente pueda hacerlo en circunstancias que lo exijan.

La anterior determinación en aras de mantener la independencia y autonomía de la Procuraduría General de la Nación en desempeño de sus funciones constitucionales y legales”.

Resulta totalmente pertinente realizar unas breves consideraciones sobre el fundamento jurídico que ostenta la administración para denegar la solicitud de comisión. Pues bien, a juicio de esta Sala las razones por las cuales la Procuraduría General de la Nación no accede a conceder la comisión especial al hoy demandante, fueron razones de independencia y autonomía, pues el señor Procurador de la época no consideraba pertinente conceder comisiones a empleados de la Procuraduría General, a entidades en las cuales se realizaran investigaciones por parte de la entidad, siendo estas unas razones lógicas y entendibles, ya que es normal que en todo momento se pretenda la imparcialidad en un ente de control como lo es la Procuraduría General de la Nación.

En consecuencia, al haberse motivado la decisión negativa de conceder la comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción, en un memorando que establecía la **ABSTENCIÓN** de conceder **COMISIONES ESPECIALES**, se evidencia con total claridad la motivación que existió para la negativa de conceder la comisión solicitada por el actor, no estimando esta Sala que dicha motivación hubiese sido arbitraria o contraria a derecho, no evidenciando esta Sala algún vicio de ilegalidad en las razones en que se fundó la negativa a conceder la comisión especial.

Con relación a la renuncia presentada finalmente por el hoy demandante al cargo que desempeñaba en el Procuraduría General de la Nación, se considera que al no encontrar el afectado el apoyo en la Procuraduría General de la Nación, esta persona tenía la opción de continuar en su cargo de carrera, o renunciar a este para poder

quedar en libertad de ir a desempeñar el cargo de libre nombramiento y remoción en el Distrito de Cartagena, escogiendo libremente esta la opción de retirarse del cargo de carrera administrativa, por consiguiente no existe vicio de ilegalidad en la renuncia presentada, ni en la aceptación de la misma concretada en el Decreto No. 570 de 1 de abril de 2008.

Resulta claro por tanto, que la renuncia presentada por el actor se realizó de forma espontánea y libre, por lo tanto, si bien el actor argumenta que su renuncia debe considerarse como un acto inducido, provocado o competido al haberse negado el otorgamiento de una comisión especial, no existe ninguna prueba que le indique a la Sala que al actor se le coaccionó para que renunciara, pues esta persona bien pudo continuar desempeñando su cargo en la Procuraduría General de la Nación, sin embargo optó por retirarse del cargo y vincularse al Distrito de Cartagena, decisión que no puede entenderse desde ningún punto de vista como una decisión obligada por parte de la entidad demandada, pues fue una decisión propia del empleado.

A partir de lo expuesto, se ha determinado que no existió falsa motivación ni desviación de poder en los actos administrativos demandados, ello por cuanto la decisión de negar la comisión especial para desempeñar un cargo en la administración Distrital, fue una decisión propia del Procurador General, la cual fundó en la necesidad de imparcialidad que debía tener la Procuraduría con las demás entidades del Estado, y con relación a la renuncia, se puede concluir que la misma fue una decisión espontánea tomada por el demandante, quien decidió en últimas al no aceptársele la comisión solicitada, renunciar al cargo que desempeñaba en carrera administrativa para poder aceptar el cargo en el Distrito de Cartagena.

Así las cosas, para la Sala se encuentran motivos suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

VIII. DECISION

En merito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión No. 03, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

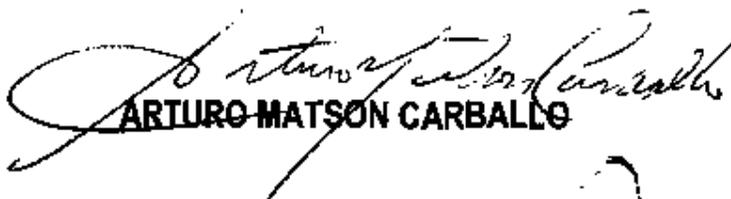
PRIMERO: Confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha 29 de febrero de 2012, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

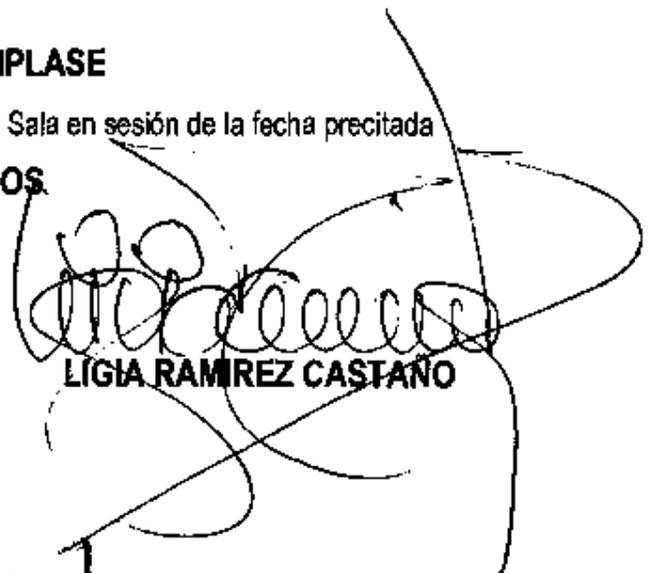
SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, ENVIAR el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE PANDO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1348
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: ROBINSON CALVO BATISTA
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2011-00166-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE 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, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f: 110 a 127
(C.C.)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 30412013

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

TEMA: Prima de actividad -Reajuste de Asignación de Retiro

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-33-31-008-2011-00166-02

II. PARTES

Demandante: ROBINSON CALVO BATISTA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9524, PSAA 12-9537

expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

PRIMERO: *Que se declare nulo el acto acusado contenido en el oficio CREMIL 55184 de fecha 29 de julio de 2010 emanado por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – Subdirección de Prestaciones Sociales que negó el pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD en un porcentaje del 49.5% del sueldo básico como partida computable de la asignación de Retiro devengada por mi poderdante a partir del día 1º de enero del año 2009 tal y como fue ordenado por el artículo 30 del Decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en aplicación del principio de oscilación y derechos adquiridos de ratificación y alcance en la Ley 923 de 2004.*

SEGUNDO: *Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho se condene a la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar a favor de mi poderdante ROBINSON CALVO BATISTA la PRIMA DE ACTIVIDAD por el devengada en un porcentaje del 49.5% sobre el sueldo básico, junto con sus reajustes de ley a partir del día 1º de enero del año 2009 tal y como fue ordenado por el artículo 30 del Decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en aplicación del principio de oscilación y derechos adquiridos de ratificación y alcance en la Ley 923 de 2004.*

TERCERO: Así mismo se ordene a la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar a favor de mi poderdante, de manera retroactiva las diferencias dinerarias indexadas que se hayan generado por concepto de PRIMA DE ACTIVIDAD entro lo pagado y lo realmente debido desde el día 1º de enero de 2009, y las que se generen hacia futuro como consecuencia de la reliquidación de la base pensional hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago.

CUARTO: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de estructuración del derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

QUINTO: La demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A.

SEXTO: Que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho en caso de oposición a lo pretendido.”

2. HECHOS

“PRIMERO: Mi poderdante ROBINSON CALVO BATISTA recibe en la actualidad una asignación de retiro de parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES en calidad de Suboficial Jefe ® de la Armada Nacional, en la cual se le computa y paga la partida denominada PRIMA DE ACTIVIDAD en un 37.5% sobre el sueldo básico, tal y como consta en el acto acusado de nulidad.

SEGUNDO: El último lugar dentro del territorio nacional donde mi poderdante prestó sus servicios fue la ciudad de Cartagena, en la Base Naval ARC Atlántico hoy denominada Fuerza Naval del Caribe.

TERCERO: La Ley 19 de 1983 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.

En ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas, el presidente expidió el Decreto 089 de 18 de enero de 1984 mediante el cual se reorganiza la carrera de oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual en su artículo 80 estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo, equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

El artículo 151 del citado Decreto instauró el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

Mediante el Decreto Ley 1211 de 1990, el Presidente de la República reformó el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y dejó intactas las disposiciones en cuanto a la prima de actividad; este Decreto rige a partir del 8 de junio de 1990 y derogó el Decreto Ley 095 de 1989.

La prima de actividad desde su creación se estableció como un prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que le interesado estuvo en servicio activo.

De conformidad con el Decreto 2863 de 2007 a partir del día 1 de julio de 2007 la prima de actividad fue aumentada en un 50% sin consideración al grado y tiempo de servicio para la fuerza pública. Dicho reajuste fue aplicado por el Gobierno Nacional para el personal en retiro en cumplimiento del Principio de Oscilación consagrado en la misma norma de la siguiente manera: "Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

El Decreto 737 de 2009 promulgado el día 6 de marzo de 2009, modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 y en su artículo 30 dijo lo siguiente: "La Prima de actividad de que trata el artículo 30 dijo lo siguiente: "La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

CUARTO: Como quiera que las asignaciones de retiro y pensiones del personal de la Fuerza Pública están sometidas al principio de Oscilación; definido también por el numeral 3.13 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 como: "El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo". Está hoy por hoy obligada LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a dar aplicación inaplazable a tal principio, reajustando la asignación de retiro de mi

poderdante teniendo en cuenta el aumento del cómputo denominado "PRIMA DE ACTIVIDAD".

QUINTO: Como quiera que a mi poderdante desde el 1º de enero del año 2009 se le viene cancelando la prima de actividad en un porcentaje del 37.5% de su sueldo básico, y no lo correspondiente al 49.5% ordenado por el Decreto 737 de 2009 promulgado el día 6 de marzo de 2009, se han producido diferencias económicas entre lo pagado y lo realmente debido en su asignación de retiro como sueldo básico, teniendo en cuenta lo consignado en el cuadro siguiente:

AÑO	SUELDO BÁSICO PAGADO	PRIMA DE ACTIVIDAD PAGADA AL 37.5%	PRIMA DE ACTIVIDAD DEBIDA AL 49.5%	DIFERENCIA MENSUAL DEL 12%	DIFERENCIA AÑO CORRIDO INDEXADA
2009	\$1.124.130	\$421.549	\$556.444	\$134.895	\$1.961.238
2010	1.146.612	\$429.979	\$567.573	\$137.594	\$1.286.021
2011	1.181.959	\$443.609	\$585.564	\$141.955	\$2.098.009
<i>Total adeudado</i>					\$5.345.268

SEXTO: En aras de agotar la vía gubernativa mi poderdante elevó reclamación solicitando el pago de la PRIMA DE ACTIVIDAD en un porcentaje del 49.5% del sueldo básico como partida computable de la Asignación de Retiro por él devengada a partir del día 1º de enero del año 2009 tal y como fue ordenado por el artículo 30 del decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del decreto 1211 de 1990 en aplicación del principio de Oscilación y Derechos adquiridos de ratificación y alcance en la Ley 923 de 2004. En ese mismo orden de ideas solicitó el pago retroactivo de las diferencias desde el día 1º de enero de 2009, hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago con sus respectivos reajustes, intereses de mora e indexaciones.

SEPTIMO: La Caja de retiro de las Fuerzas Militares en su negativa a la solicitud, respondió mediante OFICIO CREMIL N° 55184 de fecha 29 de julio de 2010 objeto de solicitud de nulidad, negó lo solicitado argumentando lo siguiente:

“En lo relacionado a la prima de actividad, dicho porcentaje se reconoció en la forma y términos establecidos en la ley vigente al momento del retiro, teniendo en cuenta el tiempo de servicio por el militar prestado a las Fuerzas Militares.

Es preciso aclararle que con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro mediante Decreto 2863 del 27 de julio del 2007, el Gobierno Nacional autorizó el aumento de la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto, la cual es retroactiva a partir del 01 de julio de 2007. Adicionalmente las normas que se han expedido y que han modificado el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares, tal es el caso del Decreto 4433 de 2004, si bien es cierto modificaron la forma de liquidación de algunas partidas, no han dispuesto de un aumento en la prima de actividad para el personal retirado con anterioridad al mismo, ni han establecido un efecto retroactivo en su aplicación.

En ese orden de ideas y como resultado de lo establecido en el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad se le viene liquidando en el 37.5%, luego la asignación de retiro viene pagándose de acuerdo a la normatividad legal vigente, no siendo posible atender favorablemente su petición.”

OCTAVO: En ese mismo orden de ideas, la demandada, al negar el pago de dicha prestación, incumple con lo normado en el Decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en aplicación del

principio de Oscilación y Derechos adquiridos de ratificación y alcance en la Ley 923 de 2004. (...)" (SIC)

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 13, 25, 29, 48 y 53
- Artículo 30 del Decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990
- * Ley 923 de 2004.

El concepto de violación expuesto en la demanda básicamente se circunscribe en los siguientes puntos:

" las normas antes indicadas han sido transgredidas en su totalidad al negar a mi poderdante el reajuste de la prima de actividad por el devengada conforme a las reglas establecidas en el decreto 737 de 2009 promulgado el día 6 de marzo de 2009, modificadorio del artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 que en su artículo 30 dice lo siguiente: "La prima de actividad de que trata el artículo 30 dice lo siguiente: "la prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

Es claro que dicha norma, modifica todas las anteriores en lo que respecta al pago de la prima de actividad para los pensionados de las Fuerzas Militares y la misma por aplicación de los principios Constitucionales de Derechos adquiridos y la aplicación prevalente de la condición más beneficiosa para el trabajador como materialización del principio de FAVORABILIDAD LABORAL,

al igual que deja sin efectos lo normado por el Decreto 2863 del 27 de julio del 2007, donde el Gobierno Nacional autorizó el aumento de la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto, la cual es retroactiva a partir del 01 de julio de 2007, donde el Gobierno Nacional para el personal en retiro en cumplimiento del Principio de Oscilación consagrado en la misma norma de la siguiente manera: “Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro de invalidez o a sus beneficiarios y los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

Como quiera que las asignaciones de retiro y pensiones del personal de la Fuerza Pública están sometidas al principio de Oscilación; definido entre otras normas, también por el numeral 3.13 del artículo 3° de la Ley 923 de 2004 como: “el incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”. Es claro que la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES está hoy por hoy obligada a dar aplicación inaplazable a tal principio.”

B. LA CONTESTACION

La entidad demandada mediante escrito con fecha de recibido de fecha 06 de diciembre de 2004 (FL 25-28), contesta la demanda oponiéndose a la misma, pues precisa que no le asiste razón al demandante al solicitar el incremento de prima de

actividad, por cuanto el reconocimiento de su asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época de su retiro, incluyendo dentro de su liquidación las partidas computables de acuerdo a la ley.

Alega como excepción la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dado que las actuaciones de esta se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, al entender que la realizar los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos Ejecutivos expedidos por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para ese sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social. Por lo que considera que sus actuaciones no generan de manera alguna nulidad, tal como lo consagra el artículo 84 del C.C.A., de la manera como lo expresa el demandante al considera la existencia de una falsa motivación.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 68 a 79)

En la sentencia de primera instancia el a-quo decidió negar las pretensiones de la demanda pues consideró que no se le estaba vulnerando derecho alguno al demandante y que le fueron aplicadas a su caso las normas pertinentes, las razones expuestas entre otras fueron las siguientes:

“(…) observa el Despacho que el Decreto 4433 de 2004 empezó a regir a partir de su publicación es decir, el 31 de diciembre de 2004, no siendo aplicable los citados decretos para su caso, por cuanto su asignación mensual de retiro fue reconocida en imperio del decreto 1211 de 1990.

El actor adquirió el derecho a su asignación mensual de retiro a partir del 16 de octubre de 1996 en vigencia del Decreto 1211 de 1990 y no con los decretos 4433 de 2004 y 737 de 2009, se le computa el tiempo establecido y el

porcentaje de asignación consagrada en la norma que tuvo vigencia jurídica para el retiro de la misma habida cuenta que se violaría el principio de la seguridad jurídica, la consolidación pensional y los derechos adquiridos.

Concluye el Despacho que el actor se le han hecho los incrementos de ley, y por lo tanto o tiene derecho a un nuevo reajuste por concepto de prima de actividad, tal y como se puede verificar en los certificados que reposan a folios 45 a 51, en los que se evidencia que a la fecha al actor se le paga la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 37.5%, por haber tenido más de 24 años de servicio, más aumento ordenado por el decreto 2863/07, sin derecho a los cómputos del art. 30 del Decreto 737/09, pues como arriba se indicó el mismo no modificó los porcentajes que por concepto de prima de actividad debían aplicar para liquidar asignación de retiro a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en vigencia del Decreto 1211/90 y establecidos en su artículo 159. (...)"

D. LA APELACION (Folio 83-87)

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, solicitando revocar dicha sentencia y que en su defecto se accedan a las pretensiones de la demanda, pues considera que dicha providencia transgrede las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia objeto de la litis, como quiera que la prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo. En ese mismo sentido argumenta que: *“el Decreto 737 de 2009 promulgado el día 6 de marzo de 2009, modificador del artículo 84 del decreto 1211 de 1990 en su artículo 30 dice lo siguiente: “La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del*

Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%). Establece este porcentaje para el personal en actividad, el cual en aplicación del PRINCIPIO DE OSCILACIÓN debe ser materializado para todo el personal en retiro, al igual que el DERECHO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD, puesto que no habría razón para discriminar normativamente a aquellos que una vez fueron servidores activos de la Fuerza Pública. “

Finalmente solicita que se declare nulo el acto demandado y como consecuencia de ello se proceda al restablecimiento del derecho tal como fue solicitado en la demanda.

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia.

La parte demandada tampoco presentó alegatos en esta instancia.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA (FL 101-107)

El Ministerio Público emitió concepto favorable a la parte demandante solicitado que se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se accedan a las pretensiones de la demanda.

Para llegar a dicha conclusión el agente de Ministerio Público consideró lo siguiente: “ al variar el Decreto 1213/90 al 4433/04 el porcentaje bajo el cual se computará la prima de actividad en la asignación de retiro del actor, con fundamento en el principio de oscilación, el último decreto mencionado (4433/04) resultaría claramente aplicable, debido a que en virtud del mismo se varió el porcentaje aplicable para el cómputo de

la prima de actividad; parte de considerar también la aplicabilidad de los principios de favorabilidad e igualdad al presente caso"

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto de fecha 11 de marzo de 2012³ se admitió el recurso de apelación.¹
- Por auto posterior de fecha 31 de julio de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público rindió concepto en esta instancia.²
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso.

En el presente asunto pretende el demandante que se le ordene el incremento de la prima de actividad por el devengada en un porcentaje del 49.5% sobre el sueldo básico, junto con sus reajustes de ley a partir del 1º de enero del año 2009 tal y como fue ordenado por el artículo 30 del Decreto 737 de marzo 6 de 2009, que modificó el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 en aplicación del principio de oscilación y derechos adquiridos de ratificación y alcance de la ley 923 de 2004.

¹ FL 96

² FL99

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, argumentando que no es de recibo lo pedido por el actor dado que está pidiendo la aplicación de normas que no le son aplicables y por tanto son es viable declarar la nulidad del acto que demanda puesto que el mismo se encuentra ajustado a la ley.

Por su parte la entidad demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas en forma desfavorable, en razón a que al actor le ha sido reconocido lo relacionado con la prima de actividad tal como lo estipula la ley y que su actuación está enmarcada dentro de lo legal

3. Acto administrativo demandado.

El demandante solicita la nulidad del acto administrativo OFICIO CREMIL N° 55184 de fecha 29 de julio de 2010 que negó el aumento de la prima de actividad del hoy demandante en un 49.5%.

4. Problemas jurídicos a resolver.

4.1. El primero se concreta en establecer si el demandante tiene derecho al incremento de la prima de actividad esto es al 49,5% a partir del 01 de enero de 2009 de acuerdo a lo ordenado con la entrada en vigencia de Decreto 737 del 06 de marzo de 2006.

4.2 Una vez superado el primer problema jurídico y dependiendo de este, analizara esta Sala si en consecuencia el señor **ROBINSON CALVO BATISTA**, tiene o no derecho a la Reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro en el sentido de incluir el incremento de la prima de actividad, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 737 de 2009.

5. Marco jurídico

Para resolver el asunto objeto de debate es necesario tener en cuenta las normas reguladoras de la prima de actividad a fin de determinar con claridad cuáles son los factores a tener en cuenta para liquidarla.

1. Naturaleza y Evolución de la Prima de Actividad.

La prima de actividad se consagró como un factor que tiene relevancia, como su nombre lo indica, para aquellos servidores de la Fuerza Pública en estado de servicio activo que es una retribución que se le asigna al servidor como un porcentaje de su sueldo básico.

Así mismo, la prima de actividad por expreso mandato normativo, constituye un factor que integra los conceptos que ha de tener en cuenta la Caja de Retiro correspondiente a efectos de liquidar la Asignación de Retiro de los miembros de la fuerza Pública.-

En ejercicio de la referida por la Ley 19 de 1.983³ se expidió el **Decreto 089 de 1.984**, mediante el cual se reorganizó la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares.

Esta disposición estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo en cuantía equivalente al 33 (%) por ciento del respectivo salario o sueldo básico (Art.80). En el mismo sentido se incluyó la Prima de Actividad como factor o concepto integrante para liquidar la Asignación de retiro (Art.151).-

Posteriormente, como efecto de las facultades conferidas de la ley 5ª de 1.988⁴, se expide el **Decreto 095 de 1.989** regulando la prima de actividad en su artículo 82 con

³“Que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

⁴“Que revistió de facultades al Presidente de la República para reformar los estatutos de carrera de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; el régimen disciplinario para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; el estatuto de Capacidad Psicofísica, Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; y Reformar los Reglamentos de Calificación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

el siguiente tenor literal:

“Art.82: Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”

Igualmente la citada normatividad dispuso incluir la prima de actividad para el cómputo de las prestaciones y en la asignación de retiro, regulados así:

“Artículo 154. Cómputo de la Prima de Actividad. A los oficiales o suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- *Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).-*
- *Para individuos con quince (15) años de servicio pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).-*
- *Para individuos con veinte (20) años de servicio pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).-*
- *Para individuos con veinticinco (25) años de servicio pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).-*
- *Para individuos con más de treinta (30), el treinta y tres por ciento (33%).”-*

Se anota que el Decreto 095 de 1.989 derogó de manera expresa, el Decreto de 089 de 1.984.-

Siguiendo el orden cronológico normativo, el Congreso de la República expide la **Ley 66 de 1989** mediante el cual le otorgó facultades protempore al Presidente de la República para, entre otros, reformar los estatutos del personal de **Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional**, en las siguientes materias: disposiciones preliminares; jerarquía; clasificación, escalafón, ingreso, formación y ascenso; administración de personal; asignaciones, subsidios, primas, dotaciones y descuentos, traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias; suspensión, retiro, separación y reincorporación; régimen general de prestaciones sociales; reservas, normas para alumnos de las escuelas de formación; trámite para reconocimientos prestacionales y disposiciones varias.

Amparado en ella expide el **Decreto 1211 de 1.990** *“por medio el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”*. Este Decreto no tuvo variación en cuanto a la regulación de la Prima de Actividad tanto para el personal en servicio activo como para el retirado, conservando los porcentajes en relación con el tiempo servido para efecto de cuantificar su inclusión en la asignación de retiro respecto de las disposiciones del Decreto 095 de 1.989. En efecto, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1.990 consagró la Prima de Actividad para el personal en servicio activo así:

“ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”.

Por su parte, en relación con su inclusión en la asignación de retiro, sus porcentajes con relación al tiempo servido se reguló en el artículo 159 de la siguiente manera:

“ARTICULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de

asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computara de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).

- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).”

Se tiene entonces que el Decreto 1211 de 1.990 estableció el cómputo de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 en la siguiente forma:

“ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias”.

Hasta este momento se tiene que existen unas disposiciones que regularon de manera uniforme, y más o menos pacífica, la inclusión de la prima de actividad, tanto en el Salario o sueldo básico de los miembros en servicio activo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, y luego como concepto o factor para liquidar las asignaciones de retiro, en un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su pase a retiro.-

Luego de las disposiciones anteriores al Decreto 1211 de 1.990, se expide la **ley 797 de 2.003** mediante el cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

“ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

3. *Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política*”.

En desarrollo de la precitada normatividad, se expide el **Decreto 2070 de 2.003** “*Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares*”. En el Decreto que nos ocupa, al regular la Asignación de Retiro y de manera especial y concreta las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares dispuso:

“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales

13.1.1 Sueldo básico.

*13.1.2 **Prima de actividad.***

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6 del presente decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.

13.2 Soldados profesionales.

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones, y sustituciones pensionales”.

Por su parte, en relación con los porcentajes de las partidas computables para efectos de liquidar la Asignaciones de retiro de las Fuerzas Militares, el artículo 15 del Decreto 2070 de 2.003 señaló:

“ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, **que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto** y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables”.

Debe decirse respecto del Decreto 2070 de 2.003, que fue declarado inexecutable mediante la Sentencia **C-432 de 2.004** con fundamento en los siguientes argumentos:

“Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

15. Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal

e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.”

Y agregó en relación con toda la normatividad en estudio:

“18. En el asunto bajo examen, tanto el Decreto-Ley 2070 de 2003 "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional" como su ley habilitante, al conformar un solo conjunto regulador sujeto a unos mismos principios y reglas, constituyen un sistema normativo entrelazado, frente al cual esta Corporación debe proferir un fallo unívoco.

En efecto, todo el contenido normativo del Decreto-Ley 2070 de 2003, se destina a regular el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública, señalando, entre otras materias: Su campo de aplicación (art. 1°), la garantía de los derechos adquiridos en materia de asignación de retiro y otras pensiones (art. 2°), los principios que regulan las prestaciones de asignación de retiro y otras (art. 3°), los factores salariales susceptibles de constituir el ingreso base de liquidación de las citadas prestaciones (arts. 4°, 5° y 6°), la forma de computar el tiempo de servicio para la debida liquidación prestacional (arts. 7°, 8°, 9° y 10), el régimen de beneficiarios (arts. 11 y 12), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de las fuerzas militares (arts. 13 a 22), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de la policía nacional (arts. 23 a 29), la pensión de invalidez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional (arts. 30 a

33), otras disposiciones relacionadas (arts. 34 a 45) y la vigencia (art. 45).

Por ello, si todo el Decreto-Ley 2070 de 2003 es contrario a la Constitución Política por vulnerar la reserva de ley marco, debe integrarse cabalmente la unidad normativa, en el entendido que conforma un sistema normativo integral con la ley habilitante. Lo anterior, con el propósito de impedir que en el ordenamiento jurídico continúen produciendo efectos en derecho disposiciones que desconocen la naturaleza jerárquica del Texto Superior.

Por lo anterior, la Corte declarará en la parte resolutive de esta providencia inexecutable tanto el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, como el Decreto 2070 de 2003, por vulnerar la reserva de ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición del Texto Superior.“

Por manera que, el Decreto 2070 de 2003 en su integridad, fue declarado inexecutable por la Honorable corte Constitucional generando como efecto de derecho, el que la legislación que le precedía y que regulaba las asignaciones de retiro, concretadas en el Decreto 1211 de 1.990, recobrarán toda su vigencia y validez. Así lo dispuso la sentencia que viene relacionada en los siguientes términos:

24.Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que "la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta"³⁶.

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia.

Surge como ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad que se cita, que el régimen prestacional de la Fuerza Pública sólo puede ser expedido en desarrollo de una ley marco creada por el Congreso de la República y por tanto, el Presidente de la República carece de facultades para regular la materia mediante una norma jurídica distinta.

El discurrir normativo nos conduce a la expedición de la **Ley 923 de 2.004** "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política". Con apoyo en la citada ley, se expide el **Decreto 4433 de 2.004**, que en su artículo 13 dice:

ARTICULO 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

3.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

*13.1.2 **Prima de actividad.***

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARAGRAFO: - *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.*

Del artículo anterior, la Sala observa que hubo un cambio frente a la redacción que tenía el artículo 158 del decreto ley 1211 de 1990, puesto que en el nuevo artículo se expresa que entre las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro, está la prima de actividad, pero sin agregarle lo atinente a los porcentajes que entre el 15% y el 33% que traía el artículo 159 del Decreto ley 1211 de 1990.

Adviértase además que tanto el declarado inexecutable Decreto 2070 de 2.003, como el Decreto reglamentario 4433 de 2.004, son explícitos y claros en señalar el ámbito de aplicación temporal y material de sus disposiciones. En efecto, todos los Decretos que vienen enunciados con posterioridad al 1211 de 1.990, apuntan a prescribir, que la regulación en ellas contenidas⁵⁶, desde el punto de vista material y personal, comprenden a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos, o que se encuentren en servicio activo la entrada en vigencia y sean retirados.

De manera pues que si bien es cierto que el numeral 13.1.2. del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, tuvo una redacción diferente a la del artículo 158 del Decreto ley 1211 de 1990, pues en el primero nada se dijo referente a porcentajes atados a tiempo de servicios para incrementar la prima de actividad como factor computable de las asignaciones de retiro, no obstante la Sala considera que ello no significó que el gobierno hubiese derogado mediante dicho decreto las disposiciones que sobre la materia trae el art. 159 del Decreto Ley 1211 de 1.990.

Así las cosas, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2.004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo a la variación porcentual de la misma para

⁵ "Art. 13 del Decreto 2070 de 2.003 "que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto" artículo 14 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, que sean retirados ..." y artículo 15 Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto

⁶ "Artículo 14 del Decreto 4433 de 2 004 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados"

su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo tanto en ese aspecto, a juicio de la Sala siguió en plena vigencia y eficacia, el contenido de los artículos 84, 159 y concordantes del Decreto 1211 de 1990.

En ese mismo orden de ideas, para todos los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la Asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el status de retirado antes del Decreto 1211 de 1990, hasta ese momento debía estarse a la normativa bajo cuya vigencia el Oficial y suboficial alcanzó el reconocimiento de dicha prestación, normas estas que en nada se oponen al contenido del Decreto 4433 de 2.004.-

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, tenemos que ya más recientemente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, el cual en su artículo 2º dispuso:

“Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)”. (Negrillas fuera del texto)

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

“En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la

Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones”.(Negrillas fuera de texto)

Es decir, que a partir de la expedición del decreto reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares obtenidas antes del 1° de julio de 2007, y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

Finalmente se expidió con relación a la prima de actividad, el decreto 673 de marzo 4 de 2008, que en el artículo 31 dispuso lo siguiente:

“Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68 del decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%)

Para el computo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del decreto ley 1211 de 1990 y 141 del decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)”. (Negrillas fuera de texto)

En ese mismo sentido fue expedido el Decreto 737 de 2009 de fecha 06 de marzo de 2009, el cual en su artículo 30 dispuso lo siguiente:

“Artículo 30. *La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).*

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).”

Ahora, con relación al denominado principio de oscilación, cabe señalar que el mismo es un sistema de reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares de acuerdo con las variaciones o modificaciones que se introduzcan anualmente en las asignaciones de actividad para cada grado por el gobierno nacional y que tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro.-

Dicho principio de oscilación, para el ramo de las fuerzas militares, ha venido consagrado de forma inalterable desde hace varios años pudiendo citar por ejemplo el art. 139 del Decreto 2337 de 1971, que decía lo siguiente:

“Artículo 139. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. *Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de este decreto. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.*

Otras disposiciones como el artículo 169 del decreto ley 1211 de 1990 lo consagraron de la siguiente manera:

“Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.

Posteriormente los decretos 2070 de 2003 art. 42 y 4433 de 2004 artículo 42, mantuvieron la misma redacción que tenía el principio de oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.

6. Caso concreto.

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Revisada la foliatura se observa que a páginas 39 a 41 al actor le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 1557 del 02 de septiembre de 1996 que fue allegada por la parte demandada, observamos que precisamente en la liquidación de la asignación de retiro del actor, se tuvo en cuenta que este laboró al servicio de las Fuerzas Militares un total de 24 años, 06 meses y 14 días; también se tuvo en cuenta su grado de suboficial Jefe de la Armada con que se retiró del servicio y además se le tuvieron en cuenta las siguientes partidas computables: prima de

actividad 25%, prima de antigüedad 24%, y prima de navidad 1/12, subsidio familiar del 43%.

Se decidió entonces en el artículo 1º de la parte resolutive de dicha Resolución que a partir del 16 de octubre de 1996 se reconocía y pagaba al demandante una asignación mensual de retiro en un porcentaje del 85%.

Se puede corroborar en el certificado expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que el actor en principio le fue reconocida en la precitada Resolución un porcentaje de prima de actividad del 25%, sin embargo se observa que en tal certificación que inicia en el año 2009 dicha prima esta liquidada en un 37.5% quiere decir esto que la misma fue aumentada.

Se tiene, que si bien no yace certificación que permita corroborar a partir de qué momento la prima de actividad del actor fue elevada, en los considerandos de la demanda y en el acto administrativo demandado visible a folio 9 del expediente, se puede verificar que la entidad demandada con la entrada en vigencia del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, aumentó la prima de actividad del actor en un porcentaje del 50% y por tal razón la prima que devenga actualmente ya no es del 25% como fue reconocida en principio, sino del 37.5% en razón a la entrada en vigencia del decreto que autoriza el aumento de dicha prima al personal retirado. Es decir, que se aumentó en un 50% lo que se le venía cancelando al señor ROBINSON CALVO BATISTA, por concepto de prima de actividad.

El señor ROBINSON CALVO BATISTA, interpone demandada de nulidad y restablecimiento contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que se le reconozca, reliquide y pague la prima de actividad del 37.5%% al 49.5%% a partir del 1º de enero de 2009 conforme al Decreto 737 de 2009.

El A quo en su sentencia negó las pretensiones de la demanda al considerar que el porcentaje devengado por el actor por dicho concepto se encuentra ajustado a derecho y que el aumento que solicita no le es aplicable dado que el artículo 30 del Decreto 737/2009, no modificó los porcentajes que por concepto de prima de actividad se debían aplicar a las asignaciones de retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en vigencia del Decreto 1211/90 y establecido en su artículo 159. Por lo que consideró que no existió vulneración de derecho alguno.

El demandante al no encontrarse de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia interpone recurso de apelación contra la misma, en el que sostiene que la sentencia impugnada quebranta la ley pues considera que, el A quo no realizó el ejercicio jurídico correspondiente y que su poderdante tiene derecho al aumento solicitado, agrega que el Juez no realiza el análisis y ponderación de los principios como el de la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, la igualdad y la oscilación.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos que se encuentran probados, así como las precisiones normativas que han sido efectuadas respecto de la figura jurídica de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y del principio de oscilación de la asignación de retiro o pensión, esta Sala considera que no hay duda alguna que en su momento, cuando se le reconoció al actor la asignación de retiro, el porcentaje que se tuvo en cuenta por concepto de prima de actividad para liquidar su asignación de retiro era del 25% y ese fue el aplicado.

La parte demandante reclama en su apelación, el aumento del porcentaje de la prima de actividad en un 49.5% a partir del 1 de enero de 2009, conforme al Decreto 737 de 2009, frente a esta situación la Sala precisa que el incremento del porcentaje de la prima de actividad al 49.5% a partir del 1º de enero de 2009, con fundamento en el decreto 737 de 2009 y por aplicación también del principio de oscilación, no es procedente, toda vez que el mencionado decreto expedido por el gobierno nacional en

ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permitiese que la asignación de retiro del demandante fuese reajustada como consecuencia de incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro que ya vienen reconocidas, sino que el decreto 737 de 2009 únicamente dispuso incrementar el porcentaje de la prima de actividad como prestación social para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en servicio activo, y hemos visto que cuando se ha querido que a individuos como es el caso del actor, que ya vienen gozando de asignación de retiro o pensión, les sea reajustada la prima de actividad como partida computable, se ha dicho en forma taxativa y expresa y limitando además al grupo de personas retiradas beneficiarios de ese reajuste.

Así las cosas la Sala considera acertada la decisión del A quo, al no acceder a declarar la nulidad del acto demandado, porque al demandante se le realizó un aumento en un porcentaje del 50% de conformidad con el Decreto 2863 de 2007 y no por el Decreto 737 de 2009, pues como ya se precisó tal decreto no es aplicable al actor por cuanto, el mismo no ordena que la prima deba ser aumentada en tal proporción sino que fija los parámetros para aquellos oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que ostenten la calidad de activos. Así las cosas la entidad demandada ha realizado los aumentos que la normatividad le ha permitido realizar.

Por consiguiente esta Corporación confirmará en todos sus apartes la sentencia de fecha treinta (30) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha treinta (30) de mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del trámite procesal de la demanda de Nulidad y Restablecimiento de Derecho interpuesta por el señor ROBINSON CALVO BATISTA, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que denegó las pretensiones, por las razones expuestas en esta providencia.

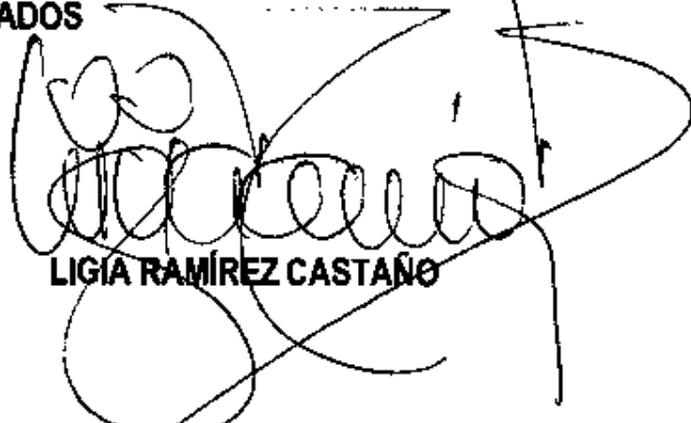
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

SU(Descongestión)