

CONCEPTO No. 067

Arauca, agosto quince (15) de dos mil diecisiete (2017).

Doctor

CARLOS ANDRES GALLEGO GOMEZ

JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE ARAUCA

E. S. D.

REF. EXP. No. 81-001-33-33-002-2014-00240-00.-

Acción: Reparación Directa.

Actor: ADELA SANABRIA DIAZ Y OTROS.

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Previo traslado para alegar, procede esta Agencia del Ministerio Público a rendir concepto de fondo.

Pretenden los actores mediante apoderado judicial, a través del medio de control de reparación directa, consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, por los perjuicios materiales y morales causados a los actores como consecuencia de la muerte del señor NJOSE LUIS AYALA CONTRERAS (q.e.p.d.).

SUPUESTOS FACTICOS

En síntesis manifestó el apoderado judicial de los demandantes:

1.- El núcleo familiar conformado por ADELA SANABRIA DIAZ Y JOSE LUIS AYALA CONTRERAS (Q.E.P.D) y sus hijos NIXSON SMITH AYALA SANABRIA, MILENA ASTRID AYALA SANABRIA Y SURY BELLANID AYALA SANABRIA, tenían para la fecha de los hechos, su domicilio en la ciudad de Saravena – Departamento de Arauca, siendo esta familia de origen campesino conocida en la región como personas muy humildes, quien a la fecha de los hechos vivían en un predio rural denominado el “REPOSO”, situado en la “Isla del Charo” Municipio de Saravena, anteriormente. Intendencia Nacional del Arauca.

2.- El 18 de agosto de 1984, cuando el señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS (Q.E.P.D), de 26 años de edad, fue reportado a las 2:03 p.m, fallecido en la base militar de esa localidad, y que la causa de su deceso, fue según lo manifestado por el alcalde de Saravena de la época , señor “LUIS ALBERTO CERMEÑO” quien expidió copia autentica del acta de defunción que a letra dice: “En el Municipio de Saravena intendencia Nacional de del (sic) Arauca a veintiún (21) días del mes de agosto de mil novecientos ochenta y cuatro (1.984) se presentó oficio Nro 392 del Juzgado Promiscuo Territorial y manifestó que a las 2:03 p.m del día 18 murió el señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, de sexo masculino a la edad de 26 años, natural de Labateca (N.S.), Republica de Colombia, de estado civil soltero, que su última ocupación fue la de comerciante y que la muerte ocurrió en la base militar de la localidad, es hijo legítimo de Alejandro Ayala y Eloísa Contreras, que la causa principal de la muerte fue Anemia Aguda, ruptura de Aorta que la certifico el D. Dora Luz Zapata – en constancia se firma ante testigos”.

3.- Las causas en que falleció el señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS (Q.E.P.D.), el día 18 de agosto de 1984 en la base militar de Arauca, no se han esclarecido, según lo que se desprende del material probatorio que se allega con esta demanda, se prueba que JOE LUIS AYALA CONTRERAS (Q.E.P.D), estaba

detenido en la base militar de la mencionada localidad, y según acta de formato de medicina legal, de fecha 18 de agosto de 1984, se trasladaron al lugar de los hechos, con el señor Juez Promiscuo Territorial de Saravena, para hacer un levantamiento de cadáver, donde se deja como constancia en la observación del mencionado levantamiento que el occiso se encontraba dentro de la misma caseta antes descrita, con otros cuatro presos (DIOMEDEZ ROJAS, HENRY GRANADOS, CARLOS COLINA Y NATANAEL PEÑARANDA), por el presunto delito de porte ilegal de armas, porque supuestamente les habían encontrado dos revólveres. Según el acta de levantamiento de cadáver, al occiso se le encontró “tenía los siguientes documentos en el bolsillo izquierdo del pantalón, un pañuelo blanco y una peinilla, en el bolsillo derecho un esfero papermate color rojo, una billetera color rojo, al parecer de plástico, con los siguientes documentos, un recibo de caja agraria perteneciente a José Luis Ayala deposito No. 1070 del 17 de agosto de 1984 por un valor de \$100.000, un carnet de organización laboral popular, un carnet registro correspondiente a José Luis Ayala, una tarjeta de Agrotienda Ltda. En el reverso dice Carrera 32 No. 18-17. Tel. 52133 Bucaramanga, cédula de ciudadanía No. 17826 de Saravena, libreta militar D443117 distrito No. 16, carnet de fiebre amarilla, todo a nombre del occiso, un registro comprobante de inscripción de nacimiento No. 6660759 inscripción especial de Nariño a nombre de Suri Bellanide Ayala Sanabria, otro comprobante de nacimiento No. 830285 alcaldía Municipal de Saravena a nombre de Nixon esmith Ayala, en el bolsillo delantero del pantalón se encontró el siguiente dinero trece (13) billetes de \$1.000, un billete de \$ 200, un billete de \$ 100, dos billetes de \$ 50 y un billete de 20 bolívares”, según el informe se señala “El sitio en donde se encontraba el occiso detenido era vigilado por los soldados MORENO OSCAR JAVIER, MORALES LOPEZ OLVAR, ARDILA FONSECA DENANCIO, los cuales manifestaron que el occiso salió corriendo y lo prendió el soldado MORALES LOPEZ, lucharon y el soldado recupero su fusil y siguió corriendo le gritaron alto, no paro y fue cuando le dispararon los soldados, estos manifiestan que no saben qué, fue lo que lo asusto”.

4.- Según el acta No. 000024, “acta de levantamiento de cadáver” de fecha 18 de agosto de 1984, en su numeral 5 hace una descripción del lugar de los hechos donde ocurrió la muerte como la fecha y hora señalados anteriormente, en el numeral 6 hace una descripción del lugar de los hechos así “el cuerpo del occiso se encontraba tirado en un prado verde dentro de las instalaciones de la base militar, el cuerpo quedo a una distancia de unos 35 metros de una caseta construida en madeflex , lata y Parodi, donde versiones del occiso se encontraba detenido, en el numeral 6..1 de la mencionada acta señala que la orientación del cadáver es pies al norte, cabeza al oriente”, en el numeral 6.2 de la mencionada acta señala que la posición del cadáver es de cubito dorsal, en su numeral 6.3 de la mencionada acta, el occiso José Luis Ayala Contreras vestía camisa roja a rayas blancas, pantalón naranjado claro, correa negra, zapatos negros” y en el numeral 6.4. Se hace una descripción de las heridas del occiso donde señala “al parecer presenta orificio de salida en el pecho, altura espinal. Un orificio al parecer de entrada en la espalda lado izquierdo”, en el numeral 7 señala que la muerte fue violenta que al parecer con arma de fuego tipo fusil, acta de levantamiento practicada por la inspectora de policía de la época y el Juez promiscuo territorial de la época.

5.- Con fecha 23 de agosto de 1984 la señora ELOISA CONTRERAS DE AYALA, madre de José Ayala Contreras, remitió oficio al abogado visitador de la Procuraduría Seccional Arauca, donde denunció “que su familia como a muchos de la región nos preocupa el procedimiento del ejercito con relación a los muertos que se han presentado en la base militar de Saravena, ya que todos los que caen detenidos son catalogados de guerrilleros, sin investigación previa que así lo demuestre y sin los procedimientos sean investigados” que “José Luis Ayala, mi hijo estaba residenciado en la isla del charo, nació en 1958, en el fundo de su propiedad, en compañía de ADELA SANABRIA, su esposa y sus hijos MILENA ASTRID AYALA y demás hijos, se dedicaba al lauro de la tierra, y que supo por intermedio de otro de sus hijos, que JOSE LUIS había muerto y que no sabía cuáles eran las causas de la muerte de su hijo a manos de la autoridad, solicito que se remitan las diligencias al funcionario competente para que se investigue las causas de la muerte”.

6.- Después de transcurridos los hechos manifiestan mis prohijos que tuvieron que huir de Saravena – Arauca, en virtud de que a los hermanos del señor José Luis Ayala Contreras fueron asesinados en extrañas circunstancias (Luis Francisco Ayala Contreras, Ciro Ayala Contreras Q.E.P.D.) en fecha 10 de julio de 1993 y 16 de septiembre del mismo año, desafortunadamente eventos que han conllevado a que la familia Ayala Sanabria, tengan un temor fundado para reclamar de las autoridades, una investigación exhaustiva sobre los hechos en los cuales falleció su ser querido.

7.- De todos los hechos y las circunstancias en los que se señala la forma como falleció JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, no existe claridad, respecto de los procedimientos que emplearon los agentes del Estado Ejército Nacional, para demostrar que el mencionado estuviera incurrido en algún delito penal tal como lo hicieron saber a la opinión pública por intermedio de los medios de comunicación, es decir no se prueba responsabilidad penal de JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, sobre los hechos en los cuales supuestamente fue capturado por el Ejército Nacional, mucho menos existe o se evidencia investigación penal, en contra de los militares que efectuaron el procedimiento de captura y las circunstancias que dieron de baja presuntamente al señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, situación está que lo único que hace es atentar flagrantemente contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

8.- Para la época en que ocurrieron los hechos no es difícil deducir que el Estado Colombiano se regía por la Constitución Política de 1886, que pese a que es anterior a la que nos rige actualmente, en esa oportunidad el Estado Colombiano no era ajeno a su obligación y deber, de garantizar el derecho a la vida y a la honra de todas las personas de nuestro territorio, para la época de los hechos existían instituciones y entes gubernamentales creadas con el marco legal de la constitución política de 1886, es decir, existían entes de control de las funciones de las autoridades, para el caso de la época Procuraduría General de la Nación, quien fue indiferente a las denuncias que para la fecha de los hechos se hizo por la señora madre del señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, y en entrada en vigencia de la Constitución Política Colombiana de 1.991, donde se crea la Fiscalía General de la Nación, no se tiene investigación alguna sobre este hecho, teniendo en cuenta que para la época de los desafortunados hechos, existían los instrumentos legales para ejercer un control específico sobre las actuaciones de la autoridades estatales, es así que el Decreto Ley 100 de 1980 Código Penal de la época al igual que el Estatuto Penal actual señalaba para la época de los hechos, procedimientos específicos cuando una persona era capturada no solo para brindarle su seguridad personal, sino también para garantizar derechos que hoy son del orden de derechos fundamentales y frente a los hechos que se investigaban en su época, es decir por la supuesta captura del señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, se omitió ponerlo a órdenes de la autoridad competente, es decir, ante un juez de la república, a efectos de que se le garantizara un juicio justo y un debido proceso, situación que no se presentó y en lugar de ello fue privado de su libertad en una guarnición militar, situación que genera muchas dudas respecto del procedimiento empleado por los militares para con JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, quien fue víctima de una ejecución extrajudicial, con todas las consecuencias que ello conlleva en la violación de sus derechos humanos, convirtiendo su caso para el Estado Colombiano como de lesa humanidad ante la gravedad de los hechos.

P R E T E N S I O N E S

Solicitó lo siguiente:

1.- Se declare administrativa y extracontractual responsable a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes como consecuencia y con motivo de la ejecución extrajudicial, del señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS.

2.- Que reconocida la responsabilidad de la nación Colombiana – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, se reconozca y pague a favor de los demandantes los perjuicios morales y materiales.

3.- Que la suma de dinero por la cual se condene a pagar los perjuicios materiales, en favor de los demandados se indexe mes a mes, a partir de la fecha en que sucedieron los hechos de acuerdo a la fórmula matemática, financiera, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor, aplicando al corrección monetaria.

4.- Que el Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por medio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, dictara dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento y pague intereses moratorios desde la ejecutoria del fallo hasta cuando efectivamente se cancela la condena.

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico se centra en determinar si, opera el fenómeno de la caducidad, en hechos acaecidos como el aquí planteado y si a raíz de la ocurrencia de los hechos que originaron la presente demanda, resulta viable imputar responsabilidad administrativa a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, o si por el contrario existe alguna causal eximente de responsabilidad.

2.- Análisis fáctico-probatorio.

En el proceso se encuentra probado lo siguiente:

- Registro civil de nacimiento de José Luis Ayala Contreras. (Fol. 28)
- Registro civil de nacimiento de Nixon Smith Ayala Sanabria. (Fol. 30)
- Registro civil de nacimiento de Milena Astrid Ayala Sanabria. (Fol. 31)
- Registro civil de nacimiento de Sury Bellanid Ayala Sanabria. (Fol. 32)
- Registro civil de defunción de CIRO AYALA CONTRERAS. (Fol.39)
- Registro civil de defunción de LUIS FRANCISO AYALA CONTRERAS. (Fol. 40).
- Declaración extra-juicio de Misael Sanguino Ramírez e Isabel Cadena Díaz. (Fol. 41 a 42).
- Certificación expedida por el Registraduría Nacional del Estado Civil. (Fol. 43).
- Oficio expedido por el Fiscal Jefe de Unidad Seccional Saravena del 16 de enero de 2.009. (Fol. 44).
- Formato Nacional de Acta de Levantamiento de Cadáver. (Fol. 45 y 46).
- Recorte de Periódico del Diario El Espectador. (Fol. 47).
- Certificado de compraventa de Ganado. (Fol. 48).

- Piezas procesales de la sucesión intestada del señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS. (Fol. 49 a 55).
- Copia simple de la escritura No.467 del 27 de octubre de 1983. (Fol. 56 al 58).
- Constancia de requisito de procedibilidad. (Fol. 59 a 61).
- Testimonio de los señores JOSE DEL CARMEN GOMEZ ESTUPIÑAN, JOSE GUILLERMO PICO CHAPARRO y LUIS JIMENEZ SIERRA.
- Respuesta Fiscalía General de la Nación (Fol.139 a 141)
- Oficio Batallón Grupo Reveiz Pizarro (Fol. 133)

3.- Análisis jurídico:

El artículo 90 de la Carta Política, consagra la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en los siguientes términos: *“Art. 90.- el estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”*

En primer lugar, se hace necesario, tener como premisa mayor el concepto de caducidad, expuesto por el H. Consejo de Estado; entidad que *“reiteró que la prescripción es una institución jurídica en virtud de la cual se adquieren o se extinguen derechos, mientras que la **caducidad** se relaciona con la oportunidad de acudir a la jurisdicción competente para instaurar la correspondiente acción legal, según sea el caso”*

Ahora bien, es claro precisar que en el caso sometido a estudio, se encuentra acreditado con medios de convicción de suficiente entidad, que el señor JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, de tiempo atrás a su deceso, se encontraba privado de su libertad en la guarnición militar de Saravena; dicha señalamiento se fundamenta en el formato nacional de acta de levantamiento de cadáver obrante a folio 45 a 46 del expediente, *“DESCRIPCION DE LUGAR DEL HECHO: el cuerpo del occiso se encontraba tirado en un prado verde, dentro de las instalaciones de la base militar, el cuerpo quedó a una distancia de unos treinta y cinco metros de una caseta, construida madeflex, lata y paroy dondeversiones el occiso se encontraba detenido”.*

Del mencionado documento se desprende, que no solo la víctima directa se encontraba privada de la libertad a órdenes del Ejército Nacional, sino que su muerte se produjo al interior de la base militar ubicada en el municipio de Saravena.

Así mismo, se advierte que la muerte de JOSE LUIS AYALA CONTRERAS, fue realizada por un miembro en servicio del Ejército Nacional, con arma de dotación oficial. De lo que se desprende del ítem de observaciones del formato nacional de acta de levantamiento de cadáver, en el que se señala *“..(..) E el sitio donde se encontraba el occiso detenido, era vigilado por los soldados MORENO OSCAR JAVIER, MORALES LOPEZ OLVAR, ARDILA FONSECA...(..), los cuales manifestaron que el occiso salió corriendo y lo prendió él al soldado MORALES LOPEZ, lucharon y el soldado recuperó su fusil y siguió corriendo, le gritaron alto no paró y fue cuando dispararon los soldados.-...”* (Folio 45 y 46)

En el derecho interno colombiano, el recurso judicial efectivo para reclamar los perjuicios causados por los actos cometidos por las autoridades del Estado, es la acción de reparación directa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Dicha acción de carácter individual, busca el reconocimiento de la responsabilidad objetiva del Estado y por tanto la tasación de los perjuicios causados por la acción o la omisión de la entidad causante del daño antijurídico.

Dicha acción cuenta con una caducidad de dos años, contados desde que acaeció el hecho o desde que se tuvo conocimiento del mismo y, para los casos en los que se configure el delito de ejecución extrajudicial, no opera el fenómeno de la caducidad.

Esto es atendiendo los instrumentos internacionales integrados al ordenamiento interno mediante el bloque de constitucionalidad a través del artículo 93 superior, así como los instrumentos normativos de interpretación de los derechos humanos y del derecho

internacional humanitario, además de los artículos de la Constitución Política de 1991, referentes a la dignidad humana, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Por tanto se tiene en suma, que nos encontramos, frente a una ejecución extrajudicial, atendiendo el artículo 135 del Código Penal, el medio de control no caduca, por cuanto dicha conducta se enmarca dentro de la definición de crímenes de lesa humanidad. Es decir, actos que se realizan contra la población civil.

Entendiendo la ejecución extrajudicial o extralegal, según el [derecho internacional humanitario](#), como la vulneración a los [derechos humanos](#), consistente en el [homicidio](#) de manera deliberada de una persona por parte de un servidor público que se apoya en la potestad del [Estado](#) para justificar el crimen. Pertenece al género de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Una ejecución por parte de agentes del Estado es extrajudicial cuando no está dentro de los siguientes parámetros:¹

- La [legítima defensa](#).
- En combate dentro de un [conflicto armado](#).
- El uso racional necesario y proporcionado de la fuerza para hacer cumplir la ley.
- Por imprudencia, impericia, negligencia o violación del reglamento.

La prevención de las ejecuciones extrajudiciales fue adoptada el [15 de diciembre de 1989](#) por la Asamblea General de la [Organización de las Naciones Unidas](#) bajo Resolución 44/162.² En dicha resolución también se establecen las responsabilidades que debe asumir un Estado para prevenir dichos asesinatos que son: el establecer prohibiciones legales a dichas ejecuciones, evitarlas al garantizar un control sobre los funcionarios autorizados por la ley para usar la fuerza y las armas de fuego, garantizar la protección de personas que estén en peligro de sufrir dichas ejecuciones y prohibir a funcionarios superiores la autorización o incitación de las mismas.

Lo anteriormente expuesto, nos permite concluir, que el fallecimiento del señor José Luis Ayala Contreras se enmarca desde el punto de vista jurídico como ejecución extrajudicial u homicidio en persona protegida, conducta tipificada en el Artículo 135 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), que reza:

“El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, ocasione la muerte de persona protegida conforme a los Convenios Internacionales sobre Derecho Humanitario ratificados por Colombia, incurrirá en prisión de cuatrocientos ochenta (480) a seiscientos (600) meses, multa dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666,66) a siete mil quinientos (7.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de doscientos cuarenta (240) a trescientos sesenta (360) meses.

La pena prevista en este artículo se aumentará de la tercera parte a la mitad cuando se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer.

PARAGRAFO. Para los efectos de este artículo y las demás normas del presente título se entiende por personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario:

1. Los integrantes de la población civil.
2. Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa.
3. Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate.
4. El personal sanitario o religioso.
5. Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados.
6. Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga.
7. Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados.
8. Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.”.

Del análisis de los medios de convicción, valorados bajo los parámetros de la sana crítica, es dable concluir que con la conducta realizada por miembros de la fuerza

pública, donde perdió la vida el señor José Luis Ayala Contreras, se configuró una falla del servicio por parte de la entidad demandada, tanto por acción.

Encontrándose configurada la falla del servicio por acción, por la ejecución extrajudicial del señor José Luis Ayala Contreras, en el que participaron directamente orgánicos del Ejército Nacional, los cuales para el momento de los hechos se encontraban en servicio activo, custodiando a las personas aprehendidas, ejecución que realizaron con armas de dotación oficial, uniformados que realizaron la acción contraria a derecho, dejaron de un lado sus obligaciones y desviaron su juramento de cumplimiento de la Constitución y la Ley.

De igual forma, no se acredita en el presente proceso, que la víctima directa, hubiese hecho uso de arma de fuego alguna que atentara o pusiera en peligro los bienes jurídicos en cabeza del Estado y de los miembros de la fuerza pública que tenían una custodia irregular, por cuanto no se avizora la existencia de un proceso penal que se adelantara en su contra, que ameritara la privación de la libertad, decretada por un Juez de la República.

Resulta extraño y exótico que frente a una acción contraria a derecho de tamaño gravedad, no se hubiese adelantado por parte de los superiores del Ejército Nacional, las investigaciones tanto penales como disciplinarias, a fin de determinar los móviles de la acción contraria a derecho y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron los hechos, lo que denota indiferencia y tolerancia frente al comportamiento de los uniformados,

Por lo anteriormente expuesto, están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

Es nuestro concepto,

LILIANA FIGUEREDO AYALA

Procuradora 171 Judicial I Administrativa de Arauca

CONCEPTO No. 013.

Arauca, marzo cinco (05) de dos mil dieciocho (2018).

Doctor

JOSE HUMBERTO MORA SANCHEZ

JUEZ PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE ARAUCA

E. S. D.

REF: EXP NO. 81-001-33-31-001-2017-00499-00
ACCION: DE CUMPLIMIENTO.
ACTOR: EMPRESA DE ASEO DE ARAUCA SA.A. ESP.
DDO: MUNICIPIO DE ARAUCA

Previa notificación del auto admisorio y encontrándome dentro del término legal establecido, procede esta Agencia del Ministerio Público a rendir concepto de fondo.

Pretende la Empresa de Aseo de Arauca S.A. ESP mediante apoderada judicial, a través del medio de control de ACCION DE CUMPLIMIENTO, consagrada en el artículo 146 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; Ordenar al Municipio de Arauca, el cumplimiento de lo decidido en el Acto Administrativo contenido en la Comunicación TRD 140.28.13 – 131.16.0422, emanada de la Secretará de Hacienda Municipal, por medio del cual, se declaró que la empresa EMAAR S.A. ESP, no es sujeto pasivo de la obligación del pago de Estampillas para el BIENESTAR DEL ADUTO MAYOR y la estampilla PRO-CULTURA, por consiguiente se proceda con la devolución de los dineros que por dichos conceptos ha pagado la Empresa de Aseo de Arauca al municipio de Arauca.

SUPUESTOS FACTICOS

Manifestó la apoderada de la Empresa Demandante en el acápite de hechos:

1.- *“EMAAR SA.A. ESP, es la Empresa prestadora del servicio de aseo en el Municipio de Arauca, se trata de una empresa de servicios públicos domiciliarios de Nacionalidad Colombiana, constituida bajo la forma de una Sociedad por Acciones de Naturaleza Comercial, con arreglo a lo dispuesto por la Ley 142 de 1994 y demás leyes aplicables de la Republica de Colombia”.*

2.- *“Al suscribir el Contrato No. 135 de 2012, se incluyó por error en este que debería hacerse el pago de la obligación de estampillar Estampillas para el BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR y la estampilla PRO – CULTURA por parte de EMAAR, desconociéndose la calidad de Empresa de servicios públicos domiciliarios, que de conformidad con lo señalado en la Ley 142/94 Artículo 24 Régimen Tributario, numeral 24.1 que a la letra reza: “Los departamentos y los municipio no (sic) podrán gravar a las empresas de servicios públicos con tasas, contribuciones o impuestos que sean aplicables a los demás contribuyentes que cumplan funciones industriales y comerciales” .*

3.- *El Contrato No. 135 de 2012, estableció que este pago debería ser anualizado rompiendo con esto lo establecido en los Acuerdos No. 200.02.014 de agosto 14 de 2004 (BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR) Y No. 200.02.015 de 2011 (PRO CULTURA), en cuanto al hecho generador y sujetos pasivos, tal y como ha sido reconocido en el Acto Administrativo de respuesta de petición, del cual hoy se exige su cumplimiento”.*

4.- *Mediante comunicación AM-DC-16-141, radicado en la ventanilla única de la Alcaldía Municipal de Arauca, el día 13 de julio de 2017, dirigido al Doctor HERIBERTO VILLAMIZAR BAREÑO, teniendo en cuenta la especialidad del contrato de operación, el cual no se encuentra enmarcado do en el hecho generador de las Estampillas para el BINESTAR DEL ADUTO MAYOR y la estampilla PRO – CULTURA, se solicitó a dicha entidad estatal la devolución de los dineros que por dichos conceptos fueron descontados con la suscripción del contrato de operación que hoy día es ejecutado pro EMAAR S.A. ESP.*

Debe recordarse que en materia tributaria los elementos del tributo, (entre ellos los sujetos pasivos y los hechos generadores), son taxativos y no admiten interpretaciones por analogías, extensiones, similitudes o parecidos, es decir que se debe expresamente anotar la modalidad contractual y/o tipo de contrato para ser sujeto del tributo”.

5.- *“Con fecha 01 de septiembre de 2016, mediante comunicación EMA-DC-16-182 dirigida al señor Secretario de Hacienda Municipal, se presentaron algunas consideraciones respecto al cobro de las estampillas aludidas y reiteración de la solicitud de devolución de los dineros pagados por dichos conceptos al fisco Municipal”.*

6.- “Mediante comunicación de 23 de noviembre de 2016, radicado interno EMA-CG-16-250, fue reiterada la solicitud presentada en la comunicación anunciada en el hecho anterior, dado a que a dicha fecha, no se había dado la respectiva respuesta a la petición elevada, el 01 de septiembre de 2016, superando los términos legales dados para resolver, derechos de petición.

7.- “El día 15 de diciembre de 2016, fue radicado en la ventanilla única de la empresa EMAAR S.A. ESP, comunicación TRD-140-28-13 – 131.16.0398, de conformidad con la norma contenciosa administrativa relacionada con atención a los derechos de petición, y dada la necesidad de verificar en detalle la situación y emisión de concepto jurídico por parte de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal, se informó la prórroga para atender la petición elevada.

8.- “Como respuesta definitiva al derecho de petición, por el cual se solicitó la devolución de los dineros girados a favor del Municipio por concepto de Estampillas para el BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR y la estampilla PRO CULTURA, con fecha 30 de diciembre de 2016, fue presentada la comunicación TDR.140.28.13 – 131.16.0422, proferida por la Secretaria de Hacienda Municipal, fue concedido lo solicitado, con fundamento en los siguientes puntos:

1. No se cumple con el hecho generador de las estampillas, por cuanto se trata de un contrato de operación especializada, no determinado expresamente en los acuerdos municipales que dieron origen a dichas contribuciones. (Estampillas Pro bienestar del adulto mayor y pro cultura).
2. Se trata de una Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios.

9.- “Debido al incumplimiento respecto a la devolución concedida por la administración municipal, el día 01 de febrero de 2017, fue radicado requerimiento EMA-GG-16-024, por el cual además de solicitar la efectividad de la devolución y por tratarse de dineros que están en las arcas del Municipio, las cuales ascienden a la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS, se solicitó adelantar un cruce de cuentas contra los impuestos adeudados por EMAAR al municipio específicamente el espíritu sería el pago del impuesto de industria y comercio adeudado, sin que se signifique que se esté solicitando algún tipo de descuento o exoneración sobre este gravamen municipal.

10.- “Dado el silencio a la solicitud relatada en el hecho anterior, se reiteró la solicitud de lo que se denominó “cruce de cuentas”, mediante radicado interno EMA-GG-17-046, del día 15 de marzo de 2017, por cuanto a dicha fecha no se había producido aun la devolución de los dineros, tal y como fue reconociendo en el mes de Diciembre de 2016 ni se había hecho pronunciamiento alguno sobre la solicitud en dicha comunicación fue presentada la liquidación de lo adeudado, esto teniendo en cuenta que los dineros aun no devueltos han generado intereses por mora en su devolución.

11.- “Teniendo en cuenta el silencio en la devolución efectiva de los recursos, esto dado al reconocimiento que se hiciera en la devolución en el mes de diciembre de 2016, se envió nuevamente comunicación el día 04 de abril de 2017, EMA-GG-17-070, y dado el aplazamiento de reunión para tratar tal situación, se requirió al señor Secretario de Hacienda Municipal para reprogramación de reunión con el fin de definir el procedimiento necesario que permitiera la efectiva devolución de los recursos.

12.- “Nuevamente y dado el silencio a las diversas solicitudes, con fecha 26 de abril de 2017, se reiteró la devolución de los recursos por concepto de estampillas, dineros que están en las arcas del municipio luego que EMSERPA hiciera una retención sobre nuestros recaudos y girara directamente al Municipio, devolución reconocida mediante acto administrativo del mes de diciembre de 2016, manifestándose por parte de EMAAR, la solicitud efectiva de los recursos e incluso el no cobro de intereses moratorios, si se produjere en el término de 20 días a partir del recibido de dicha comunicación.

13.- Con fecha 10 de julio de 2017, mediante comunicación EMA –GG-17-179 por parte de la Gerencia de EMAAR S.A. ESP, se presentó nuevamente derecho de petición, en el cual se relataron todos los antecedentes de la situación, solicitando se indicara sobre las dependencias Y/O funcionarios encargados del proceso de devolución y desde que fecha, esto en cuenta a la devolución de los dineros, ya reconocidos, por concepto de estampillas, así como nuevamente la solicitud de cruce de cuentas de los impuestos municipales adeudados por EMAAR S.A. ESP”

14.- “Dado el reiterado silencio, nuevamente mediante comunicación de fecha 01 de agosto de 2017, se solicitó atender de fondo la última petición presentada, esta es la descrita en el hecho anterior EMA-GG-17-179, consistente en hacer la devolución efectiva de los dineros provenientes de las contribuciones municipales adeudadas por EMAAR S.A. ESP (como industria y comercio) al Municipio de Arauca.

15.- Con sorpresa se recibe comunicación el día 13 de octubre de 2017, número 120-17-1223, proveniente del señor Secretario de Hacienda Municipal en la que manifiesta que la empresa EMAAR S.A. E.S.P, no tiene derecho al no pago del impuesto de industria y comercio, cuando en ningún momento por parte de esta empresa se ha solicitado exoneración de dicho impuesto, al contrario con el ánimo de estar al día en el pago de obligaciones a favor del municipio se solicitó realizar cruce de cuentas con los dineros que debe entrar el Municipio a EMAAR por concepto de devolución de los dineros pagados por concepto de estampilla Pro bienestar y Pro cultura.

16.- Con todo lo narrado es claro que mediante acto administrativo fue reconocida una devolución de dineros a favor de EMAAR, de fecha diciembre 30 de 2016, y pese a reiteradas solicitudes de la efectiva devolución, incluso dando soluciones de cruce de cuentas para que los dineros no salgan de las arcas del municipio en su totalidad, a la fecha de presentación de esta acción, primero no se ha resuelto de fondo la devolución del dinero solicitado, ni se ha cumplido con lo decidido en el acto administrativo del cual se pretende su cumplimiento, constituyendo con el silencio de la hoy accionada la renuencia establecida en el inciso segundo del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, por cuanto no han sido atendidos y/o respondido los requerimientos, aunado a que nose ha dado cumplimiento al acto administrativo”

P R E T E N S I O N E S

1.- Ordenar al Municipio de Arauca, el cumplimiento de lo decidido en el Acto Administrativo contenido en la comunicación TRDE 140.28.13 – 131.16.0422, emanada de la Secretaria de Hacienda Municipal, por medio de la cual, se declaró que la empresa EMAAR S.A. ESP, no es sujeto pasivo de la obligación del pago de Estampillas para el BIENESTAR DEL ADULTO MAYOR, y la estampilla Pro cultura, por consiguientes se proceda con la devolución de los dineros que por dichos concepto ha pagado la Empresa de Aseo de Arauca al Municipio de Arauca.

FUNDAMENTO JURIDICO DE LA PRETENSION

Estima que se han vulnerado el artículo 87 de la Constitución Política; Ley 393 de 1997, Ley 1755 de 2015.

1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico se centra en determinar si es la Acción de cumplimiento procedente para lograr la devolución de los dineros ya recaudados por concepto de estampillas para el Bienestar del Adulto Mayor y Pro - Cultura.

2.- Análisis Factivo - Probatorio

En el proceso se encuentra probado lo siguiente:

- Solicitud de aclaración (Fol. 10).
- Respuesta oficio No. 06489 del 7 de junio de 2016. (Fol. 11 a 13).
- Oficio adiado a 12 de julio de 2016. (Fol. 14 a 15).
- Solicitud devolución de recursos girados por concepto de estampillas. (Fol. 16 a 17)
- Derecho de petición. (Fol. 18).
- Prorroga del derecho de petición. (Fol. 19 a 20).
- Respuesta derecho de petición. (Fol. 21 a 24).
- Solicitud cruce de cuentas. (Fol. 25).
- Reiteración solicitud cruce de cuentas. (Fol. 26 a 27).
- Solicitud de reunión. (Fol. 28).
- Reiteración solicitud de devolución de recursos. (Fol. 29).
- Derecho de petición. (Fol. 30 a 31).
- Reiteración derecho de petición. (Fol 32).
- Respuesta a solicitud. 10/10/2017. (Fol. 33 a 37)
- Certificado de existencia y representación legal. (Fol. 39 a 43).

3.- Análisis jurídico:

El artículo 87 de la Constitución Política de Colombia establece que toda persona podrá acudir a la administración judicial, para se haga cumplir una ley o un acto administrativo, en caso de prosperar, en la sentencia se ordenará el cumplimiento del deber a la entidad renuente.

“ARTICULO 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. (...)”.

La acción constitucional de cumplimiento tiene como finalidad el permitirle a los administrados acudir ante la administración de justicia, para que este conmine a la administración al cumplimiento de un acto administrativo o de una norma con fuerza material de ley.

Al respecto se ha pronunciado la Honorable Corte Constitucional de la siguiente forma: *“El objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo (...)”.*

Ahora bien, el acto administrativo sobre el cual se reclama su cumplimiento a través de este mecanismo constitucional corresponde al Oficio TRD 140.28.13 – 131.16.04220 del 29 de diciembre de 2016, por medio del cual se dio respuesta al derecho de petición y se señaló: *“Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, la Empresa de Aseo de Arauca S.A. ESP EMAAR S.A. ESP, no es sujeto pasivo del pago de la obligación de las estampillas municipales (pro – cultura – para el desarrollo del adulto mayor), por la calidad que ostenta como empresa de servicios públicos domiciliarios, la cual se rige por lo estipulado en el artículo 24 de la Ley 142 de 1994, por ende la Secretaria de Hacienda Municipal iniciara el procedimiento correspondiente según lo solicitado en la petición”.*

La Constitución Política de 1991, introdujo la acción de cumplimiento, establecida en el artículo 87, posteriormente fue desarrollada por la Ley 393 de 1997, en la que se señaló

“ARTICULO 8.Procedibilidad. La acción de cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de ley y actos administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho”.

La Acción de Constitucional de Cumplimiento, fue incluida como medio de control en la Ley 1437 de 2011, artículo 146.

Militan medios de convicción dentro del proceso, que dan cuenta que el Municipio de Arauca dio respuesta al derecho de petición presentado por la parte actora, mediante oficio TRD 140.28.13 – 131.16.04220 del 29 de diciembre de 2016 (Fol. 21 a 24), de igual forma obra a folio 33 a 34, oficio 120-17-1223 adiado a 10 de octubre de 2017, por medio del cual la entidad accionada da respuesta a la solicitud de devolución de lo pagado por concepto de estampillas, señalando: *“Así las cosas, la solicitud de devolución de estampillas municipales con fundamento en lo contemplado e en al artículo 24.1 de la Ley 42 de 1994 a favor de EMAAR S.A. E.S.P., no es viable, conforme a los argumentos expuestos anteriormente. Cabe aclarar, que en el historial de esta dependencia no se había presentado un caso similar, razón por la cual acudimos a diferentes instancias como la Dirección de Apoyo fiscal de Ministerio de Hacienda y Crédito Público por tratarse de recursos públicos, que dada su naturaleza requieren su manejo de la máxima diligencia al momento de efectuarse alguna erogación por una entidad del Estado, y que pudiera llevar a la configuración de una responsabilidad de carácter fiscal, al actuarse con ligereza en asuntos como el abordado a lo largo del trámite de respuesta”.*

Es dable resaltar que la Acción Constitucional de Cumplimiento posee unas características específicas, que la convierten en restrictivas en cuanto a su operancia, las cuales se encuentran consagradas en el artículo 9 de la Ley 393 de 1997.

Artículo 9º.- *Improcedibilidad. La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.*

*Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante. **(Inciso 2 declarado EXEQUIBLE, excepto la expresión "la norma o" que se declara INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional [Sentencia C-193 de 1998](#)***

Parágrafo.- *La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos. **Subrayado [Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 157 de 1998.](#)***

De la lectura del artículo anterior, se llega a la conclusión que la Acción Constitucional de cumplimiento al igual que la Acción de Tutela es un mecanismo subsidiario y residual, que solo procede cuando no exista otro medio de defensa judicial, para conseguir que la autoridad cumpla con el deber omitido y así preservar el orden jurídico.

Al respecto el H. Consejo de Estado ha señalado:

“Es de precisar, que esta acción constitucional tiene un objeto particular, no fue instituida para garantizar la ejecución de leyes cuyos mandatos sean generales o abstractos, sino lograr que, frente a deberes omitidos por la administración y que se deriven de un mandato claramente determinado, se ordene su cumplimiento.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha señalado:

“La acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso. Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa, tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el “cumplimiento de un deber omitido” contenido en “una ley o acto administrativo” que la autoridad competente se niega a ejecutar.”.

“Ello es así, si se tiene en cuenta que, lo que buscó el Constituyente era hacer efectivos ciertos actos jurídicos emanados del legislador o de la administración para los cuales el ordenamiento jurídico no había creado un instrumento procesal directo y efectivo para lograr su cumplimiento, de lo cual se desprende que su intención no fue la de suprimir de manera absoluta todos los instrumentos establecidos para el efectivo cumplimiento del acto administrativo (...) ante las autoridades competentes, para buscar el mismo propósito, es decir, la protección de los derechos individuales de las personas.”¹

Esta Sección en sentencia ACU-1756 de 2004 señaló:

“La causal de improcedencia en comento imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario; es decir, su ejercicio no puede suplir las acciones, recursos procedimientos y trámites idóneos y eficaces legalmente preestablecidos, para lograr que el asunto se tramite con prelación sobre cualquier otro, como lo dispone el artículo 11 de la Ley 393 de 1997.”

No es, por lo tanto, la acción de cumplimiento el medio a través del cual sea posible controvertir todo tipo de discrepancias sobre las actuaciones u omisiones de las autoridades administrativas, bajo el argumento del incumplimiento de alguna disposición legal o acto administrativo. Se requiere que sea latente la omisión de cumplir un mandato que tenga carácter concreto y específico, pues de lo contrario se estaría desplazando los mecanismos judiciales ordinarios.”.

De acuerdo a las posiciones jurisprudenciales, enunciadas, se tiene que la acción de cumplimiento persigue el cumplimiento de los deberes omitidos por la autoridad, también lo es, que su creación no se realizó para desconocer los mecanismos ordinarios existentes, que logren conseguir los mismos fines, toda vez que como se ha indicado la acción constitucional al igual que la tutela es un mecanismo residual y subsidiario.

Si bien es cierto, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Arauca, mediante el oficio No. TRD 140.28.13 – 131.16.04220 del 29 de diciembre de 2016, señaló que la Empresa de Aseo de Arauca AMAAR S.A. ESP, no era sujeto del pago de la obligación de las estampillas municipales Pro cultura y para el desarrollo del adulto mayor, también lo es, que con posterioridad a la expedición de dicho oficio, esto es el 10 de octubre de 2017, mediante oficio No. oficio 120-17-1223, manifestó que en atención al concepto rendido por el Subdirector de Fortalecimiento Territorial, Dirección General de Apoyo Fiscal, no es viable la devolución de lo pagado por concepto de estampillas municipales.

Por tanto, considera esta Agencia del Ministerio Público, que la entidad accionante cuenta con otro mecanismo judicial para solicitar la devolución de lo pagado por concepto de estampillas municipales Pro cultura y para el desarrollo del adulto mayor, como es el medio de control de reparación directa por la omisión administrativa y de nulidad y restablecimiento del derecho, provocando un acto administrativo.

Por lo anteriormente expuesto, y ante la existencia de otro mecanismo, la acción de cumplimiento pierde la potencialidad de ser invocada como medio para imponer el cumplimiento del deber omitido, teniendo en cuenta como se indicó que esta acción es de carácter residual y subsidiaria.

Es nuestro concepto,

LILIANA FIGUEREDO AYALA

Procuradora 171 Judicial I Administrativa de Arauca.

CONCEPTO No. 106

Arauca, dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Doctor

CARLOS ANDRES GALLEGO GOMEZ

Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Arauca

E. S. D.

REF. EXP. No. 81-001-33-33-002-2017-00302-00.-

Acción: Popular

Actor: Adolfo Soraca Martínez.

Demandado: Departamento de Arauca – Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca U.A.E.S.A.

Previo traslado para alegar, procede esta Agencia del Ministerio Público a rendir concepto de fondo.

Pretende el actor, a través del medio de control de Protección de Derechos e Intereses Colectivos, consagrado en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, se termine la Unidad de Radio Terapia de Alta Complejidad del Hospital de Arauca.

SUPUESTOS FACTICOS

En síntesis manifestó el demandante:

Primero: En el año 2015 la Unidad Administrativa Especial de Arauca suscribió contrato con la Unión Temporal Radioterapia Hospital para la construcción de la primera etapa de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad, por valor de \$1.792.452.830.19.

Segundo: Afirma el accionante que desde hace 2 años que termino la construcción de la primera etapa, no se han girado recursos para su terminación, lo que ha generado el deterioro de la estructura.

PRETENSIONES

Solicitó lo siguiente:

- 1.- “Que los entes demandados entiendan que los Araucanos queremos que se nos termine la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad del Hospital de Arauca.”
- 2.- “Para que los Araucanos podemos gozar de un buen servicio y que los recursos ya invertidos sirvan de algo.”
- 3.- “Ordenar con cargo de fondo de la defensa de los derechos colectivos los estudios necesarios para establecer y adoptar las medidas para que cese el agravio por la omisión de dichas entidades y el amparo de pobreza para el accionante.”

CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- Problema Jurídico.

El problema jurídico se centra en determinar si, existe o no amenaza o vulneración de los derechos colectivos a i) la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, ii) el acceso a los servicios públicos, por parte de las entidades accionadas, y que su prestación sea eficiente y oportuna, a fin de obtener la

culminación de la construcción de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad de la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca.

2.- Análisis fáctico-probatorio.

En el proceso se encuentra probado lo siguiente:

- .- Solicitud radicada el 18 de octubre de 2016. (Folio 4 y 5)
- .- Respuesta a Derecho de Petición. (Folio 6 y 7)
- .- Fotográficas (Folio 8 y 8)
- .- Listado de firmas de la comunidad. (Folio 10 a 45)
- .- Testimonio de José Ali Domínguez Martínez, Ángela Milena Díaz Rosas y Anyi Yoleida Martínez Castillo.
- .- Documentos de la etapa precontractual y contractual del contrato suscrito por la UAESA con la Unión Temporal Radioterapia en el año 2015.

3.- Análisis jurídico:

La acción Popular se encuentra consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política, como un mecanismo de protección para los derechos e intereses colectivos.

En desarrollo de lo preceptuado en la Constitución Política, se expidió la Ley 472 de 1998, que reza:

“Artículo 2º.- Acciones Populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Artículo 4º.- Derechos e Intereses Colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
- b) La moralidad administrativa;*
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;*
- e) La defensa del patrimonio público;*
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;*
- g) La seguridad y salubridad públicas;*
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;*
- i) La libre competencia económica;*
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;*
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;*
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;*

m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.

Parágrafo.- Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente Ley.

La acción popular es un mecanismo de carácter preventivo, con el objeto de permitir su ejercicio para hacer cesar una amenaza o evitar un daño a los derechos e intereses colectivos, así mismo, tiene una naturaleza de orden restaurativo, dado que ante la vulneración de aquellos derechos, es posible perseguir el restablecimiento de la situación a su estado anterior, cuando fuere posible.

Al respecto el H. Consejo de Estado, ha señalado:

"los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley, diferenciando los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables.

Por tanto, los derechos colectivos a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar.

"El derecho colectivo, no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada. Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses".

Consejo de Estado - Sección Tercera. Sentencia de 15 de julio de 2004. C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

"el derecho colectivo no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada."

Luego entonces, sólo si se hallan acreditados los presupuestos probatorios suficientes para verificar la vulneración de los derechos colectivos de una comunidad es posible proceder a garantizar su protección y hacer cesar su vulneración mediante un fallo judicial, pues esta función está radicada en el poder judicial por expresa disposición legal".

De conformidad con el artículo 40 numeral I de la ley 472 de 1998, es un derecho colectivo. Su naturaleza es preventiva, en torno a que las pérdidas de vidas y los precios materiales derivados del desastre dependen en su gran mayoría de la adecuación de los planes y programas de prevención del riesgo.

Impone al Estado 'Ya obligación de defender y proteger el patrimonio común y público así como a todos los residentes en el país frente a posibles o inminentes alteraciones, daños graves, o significativa desestabilización de las condiciones normales de vida causadas

por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social... ".

Por desastre han de entenderse los daños graves o alteraciones graves "de las condiciones normales de vida en un área geográfica determinada, causada por fenómenos naturales o por efectos catastróficos de la acción del hombre en forma accidental, que requiera por ello de la especial atención de los organismos del Estado y de otras entidades de carácter humanitario o de servicio social. Precizando que su carácter es meramente preventivo porque busca garantizar la protección de los residentes en el país, adoptando medidas como el desalojo, la reubicación y ayudas, en dinero como en especie, ante la inminencia o posibilidad de un fenómeno desestabilizador".

El actor pretende a través del mecanismo constitucional, que se protejan los derechos colectivos a la Seguridad, a la prevención de desastres previsibles, previstos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, y ordenar al Departamento de Arauca y a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca – U.A.E.S.A – se realice al apropiación de los recursos necesarios para continuar con la siguiente etapa del proyecto de mejoramiento de las instalaciones de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad.

De las pruebas obrantes dentro del proceso se tiene, que en el concepto técnico emitido por el Ministerio de Salud, el cinco de octubre de dos mil quince, se señaló: *"Descripción del proyecto: realizar obras para la construcción de infraestructura física para ofertar el servicio de oncología, en esta nueva obra de construcción y adecuación se tiene previsto que cumplirá con lo requerido en el decreto 3075 de 2007 y las normas técnicas colombianas, en especial la NTC 4595, y estándares vigentes reglamentados por el Ministerio de Salud para ofertar servicios de mediana y alta complejidad en el Hospital San Vicente de Arauca"*

"DESDE EL PUNTO DE VISTA DE INFRAESTRUCURA

Infraestructura.

Antecedentes de la ESE con respecto a aspectos físico – funcionales.

La propuesta de diseño es presentada para estudio en el Ministerio de Salud y Protección Social, plantea el "mejoramiento de las instalaciones de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad del Hospital San Vicente de Arauca E.S.E en el Departamento de Arauca", con el fin de mejorar la prestación del servicio de oncología de acuerdo a los parámetros de calidad, accesibilidad, pertinencia y seguridad dando cumplimiento de esta manera a las condiciones de habilitación, para un total en área de 783.22 M2 construidos.

La construcción se realizara en un predio destinado por el municipio para uso de salud como complemento a los servicios de salud del sector de la comuna 3, desarrollando para esto una construcción de un (1) piso, diseñando el servicio dando cumplimiento a lo requerido para el buen funcionamiento del mismo.....(..)"

"CONCLUSION.

Con base en las anteriores observaciones, anotaciones e información, el proyecto "Mejoramiento de las instalaciones de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad del Hospital San Vicente de Arauca ESE en el Departamento de Arauca" es viable".

Es dable resaltar que el concepto favorable del Ministerio de Salud y Protección Social para el proyecto de mejoramiento de las instalaciones de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad del Hospital San Vicente de Arauca en el Departamento de Arauca, fue por valor de \$3.445.553.844,24, para ser desarrollado para uso de salud como complemento a los servicios de salud de la comuna tres del municipio de Arauca, en un predio de propiedad del Municipio. Mediante el contrato de obra No.08-852 de 2015 suscrito por la UAESA con la unión temporal Radioterapia 2015, el 19 de noviembre de 2015 se adelantó la primera fase del proyecto por un valor de \$ 1.792.452.830,19 y para asegurar la culminación de la obra el Departamento de Arauca incluyó en el presupuesto de rentas, ingresos y gastos para la vigencia fiscal de 2016 el rubro 11020204081183, por valor de \$2.000.000.000, soportado en la Ordenanza 013 de noviembre de 2015.

Causa extrañeza lo expuesto en declaración juramentada por el señor JOSE ELI DOMINGUEZ MARTINEZ, por el otrora Secretario de Planeación pues lo expuesto no corresponde a la realidad de lo plasmado en el concepto emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Obsérvese que contrario a lo manifestado en el testimonio rendido por el señor JOSE ALI DOMINGUEZ MARTINEZ, el Ministerio de Salud y Protección Social conceptuó de manera favorable para el proyecto de mejoramiento de las Instalaciones de la Unidad de Radioterapia, indicando que la construcción se realizaría en un predio destinado por el municipio para uso de salud como complemento a los servicios de salud del sector de la Comuna Tres, de igual forma, dicho concepto es claro en señalar que el servicio será ofrecido por el Hospital San Vicente de Arauca, significa esto, que la entidad que tendría a cargo la oferta y administración de la Unidad de Radioterapia sería el Hospital San Vicente de Arauca; así mismo es claro el concepto al enunciar el lugar donde se realizará la obra de construcción, esto es, sector de la Comuna Tres del municipio de Arauca, en un predio destinado por el municipio.

De lo expuesto anteriormente, se concluye que el Departamento de Arauca, en la administración del año 2016 desconoció el concepto de viabilidad emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, máxime si se tiene en cuenta que no giró a la UAESA el rubro No.11020204081183 por valor de \$2.000.000.000,00 del presupuesto de rentas, ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2016 para la continuación del mejoramiento de las instalaciones de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad del Hospital San Vicente de Arauca

Por lo anteriormente expuesto, están llamadas a prosperar las pretensiones de la Acción Constitucional incoada.

Aunado a lo anterior, se hace necesario reiterar la solicitud de compulsas de copias penales, disciplinarias y fiscales solicitadas por esta agencia del ministerio público en la audiencia de pacto de cumplimiento, Compulsa de copias que se deben dirigir contra el funcionario que fungía como Gobernador del Departamento de Arauca, para el año 2016, por haber omitido el giro de los recursos incluidos en el presupuesto de la vigencia fiscal de 2016, bajo el rubro No.11020204081183, lo que ha generado deterioro en las obras de la primera fase del proyecto "Mejoramiento de las instalaciones de la Unidad de Radioterapia de Alta Complejidad del Hospital San Vicente de Arauca".

Es nuestro concepto,

LILIANA FIGUEREDO AYALA

Procuradora 171 Judicial I Administrativa de Arauca