

BOLETÍN INFORMATIVO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

CARTAGENA – BOLIVAR

BOLETIN N° 41 FEBRERO DE 2017

ACCIONES CONTITUCIONALES

MEDIOS DE CONTROL

ACCIONES ESPECIALES

MAGISTRADO

Dr. LUIS M. VILLALOBOS ALVAREZ

MAGISTRADO

Dr. EDGAR ALEXI VASQUEZ

MAGISTRADO

Dr. ARTURO MATSON CARBALLO

MAGISTRADA

Dra. CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA

MAGISTRADO

Dr. HIRINA MEZA RHENALS

MAGISTRADO

Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Centro, Avenida Venezuela, Cra. 8º, N° 35-27, Edificio Nacional, Piso 1º.

TELÉFONO: (5) 664 2723. FAX (5)664 8712

Correo Relatoría: reltadbol@cendoj.ramajudicial.gov.co

Relator: JUAN CARLOS GARCIA PEREZ

ACCIONES CONSTITUCIONALES

TUTELAS

MAGISTRADO: MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ

PROVIDENCIA: Sentencia de primera instancia de fecha 20 de febrero de 2017

RADICACIÓN: 13001-23-33-000-2017-00091-00

PROCESO: TUTELA

ACCIONANTE: INELSA FLOREZ TORRES

ACCIONADO: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Y LA SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE CARTAGENA

[VER SENTENCIA CLICK AQUI](#)

DESCRIPTORES – Restrictores:

CONCURSO DE MERITO PARA PROVEER CARGOS DE DOCENTE Y DIRECTIVOS DOCENTES – La convocatoria como norma reguladora / INEXISTENCIA DE LA VULNERACIÓN ALEGADA - Nombramiento de docente que se encuentra en un puesto superior al número de vacante / ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA EVITAR PERJUICIO IRREMEDIABLE – El perjuicio irremediable debe estar debidamente acreditado.

Tesis:

Respecto a la estructuración del perjuicio irremediable, la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el mismo se estructura, cuando el mismo cumpla con los siguientes características: (i) cierto e inminente; (ii) grave; y (iii) de urgente atención. Así mismo, ha reiterado que en los caso en que se alega su existencia, no basta la simple afirmación que haga la tutelante, si no que incumbe a la parte que lo alega, aportar las pruebas que permitan su acreditación en sede de tutela. En el caso sub examine, la Sala observa que, el perjuicio irremediable señalado por la accionante, se deriva de la negativa de la Secretaria Educación Distrital de Cartagena, a efectuar el nombramiento de la suscrita para las vacantes existentes en la Institución técnica de Pasacaballo y la Institución Educativa Manzanillo del Mar, ello, traducido en el impacto negativo que puede ocasionar en su mínimo vital y el de su familia. Se observa que, en la convocatoria para la que inicialmente se inscribió la actora, se ofertaron 17 plazas en el área de Humanidades y Lengua Castellana, y que aquellas aumentaron, debido a que se presentaron necesidades en otras instituciones educativas, llegando a ser un total de 32 vacantes. Al respecto, estima la Sala que, no existe vulneración alguna de los derechos invocados por la actora, toda vez que, la lista de elegibles aún se encuentra vigente, no obstante, el nombramiento en periodo de prueba pretendido por la accionante, depende del lugar que ocupó dentro de la lista de elegibles, en ese sentido, se tiene

que, la actora ocupó el puesto No. 33 en la lista, y se proveyeron 32 vacantes. En relación con lo expuesto, se torna inaceptable que la actora pretenda que sea nombrada en periodo de prueba, cuando no existe la vacante para su nombramiento, especialmente, cuando las vacantes ofertadas y las que aparecieron posterior a la oferta, ya fueron ocupadas por las personas que aparecen en la lista de elegibles, en puestos superiores, es decir, del puesto 1 al 32. Por otra parte, si bien es cierto que en las instituciones Técnicas de Pasacaballo y en la Institución Educativa Manzanillo de Mar, existen vacantes en el área de Humanidades y Lengua Castellana, no puede la accionante desconocer que, el Decreto No. 1075, el cual fue adicionado por el Decreto 490 de 2016, estableció en su artículo 2.4.6.3.9., el orden de prioridad para que las entidades territoriales certificadas en educación, provean las vacantes definitivas. En ese sentido, aquellas vacantes deberán ser asignadas a los docentes de planta que por variación en el número de estudiantes, se queden sin carga académica, como como fue demostrado por la Secretaria de Educación Distrital de Cartagena, a través del oficio No 2017PQR767. En este punto, cabe resaltar que, la convocatoria como norma del concurso de méritos, establece las reglas que han de regir en el proceso de selección y a las cuales deben ceñirse todos los participantes sin excepción. Al respecto, la Sala considera que la normas del concurso que son conocidas con suficiente antelación por todos los participantes, deben ser aplicadas sin distinción alguna y privilegiando el principio de igualdad que debe regir los diferentes procesos de selección y de ingreso a los empleos de carrera administrativa como es el caso de la convocatoria para proveer cargos de docentes y directivos docentes en Lengua Castellana de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En ese sentido, como se expresó con anterioridad, no pueda la actora pretender que, se privilegie por encima de los demás participantes que obtuvieron un puntaje mayor, y que al igual que ella se encuentran en la lista de elegibles en un puesto preferente para nombramiento. En cuanto a la Resolución No. 9900 del 23 de diciembre de 2016, por medio de la cual la Secretaria de Educación reubica unos docentes por convocatoria de traslado, no puede establecer este Despacho que, efectivamente estén vacantes las instituciones Técnica de Pasacaballos y la Institución Manzanillo del Mar, tal como lo afirma la actora, pues aquellas, según lo prescrito en los Decretos que rigen la materia, debe ser ocupadas por los docentes de planta que por variantes en el número de estudiantes, se quedaron sin carga académica.

MAGISTRADO: MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ

PROVIDENCIA: Sentencia de primera instancia de fecha 28 de febrero de 2017

RADICACIÓN: 13001-23-33-000-2017-00087-00

PROCESO: TUTELA

ACCIONANTE: CLAUDIA GARCÍA ALMEIDA

ACCIONADO: ARMADA NACIONAL – DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR DE CARTAGENA – DEPARTAMENTO DE PERSONAL DE LA ARMADA NACIONAL SECCIONAL CARTAGENA – ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.

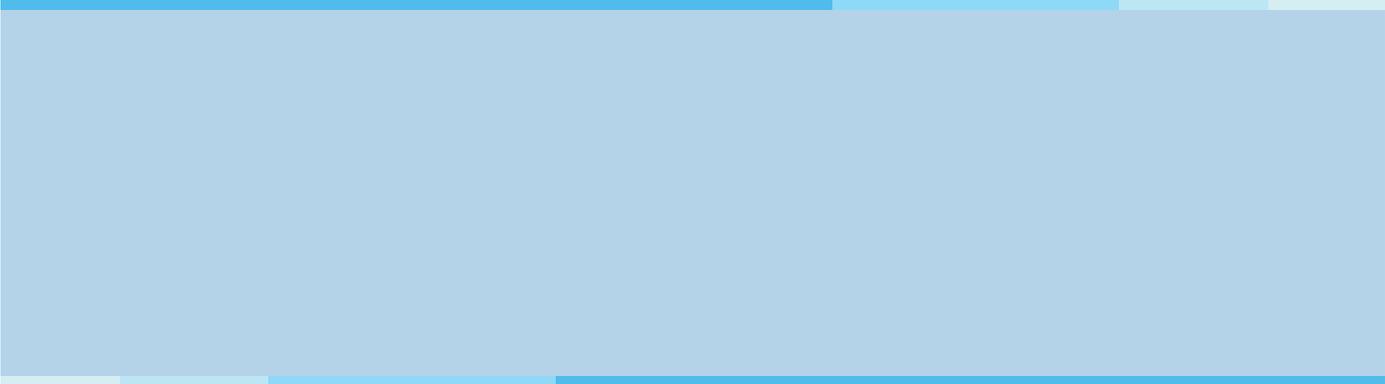
[VER SENTENCIA CLICK AQUI](#)

DESCRIPTORES – Restrictores:

SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL SUPERIOR A 180 DÍAS – A cargo de la EPS si no expide concepto favorable de rehabilitación / TRAMITE DE PENSIÓN DE INVALIDEZ REQUIERE UN CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DESFAVORABLE PREVIO.

Tesis:

La señora CLAUDIA GARCÍA ALMEIDA fue diagnosticada con cáncer de mama y posteriormente presentó otra serie de patologías tales como tumor maligno en el páncreas, derrame pleural, lo que tuvo como consecuencia un desorden en su estado emocional e incapacidad temporal para reintegrarse a sus labores dentro de la Armada Nacional, donde se desempeña como secretaria según consta en el acta de posesión aportado. Se encuentra probado además que, tras haber superado los 180 días de incapacidad temporal, la Armada nacional le envió oficio para informar la suspensión del pago del subsidio de incapacidad. Todo lo anterior sin haber emitido antes la EPS - Establecimiento de Sanidad Militar- (Hospital Naval de Cartagena), concepto de rehabilitación, que atañe una carga legal de conformidad con el art 142 del decreto ley 019 de 2012, trámite que es de vital importancia toda vez que, la administradora del fondo de pensiones a partir de ello calificará la pérdida de capacidad laboral. Si bien, la Armada Nacional en la contestación allegada, pone de presente que a través del comité interdisciplinario de calificación del subsistema de salud de las fuerzas militares en el año 2012 le fue dictaminada la patología de cáncer de mama presentada por la accionante como enfermedad de origen común y remitido su caso a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN para la calificación de la pérdida de capacidad laboral, esto no constituye un efectivo concepto de rehabilitación, ya que no establece si la paciente se encuentra en posibilidad de continuar su trabajo o no. En especial por cuanto en el expediente obran pruebas de los requerimientos que se le hacen a la accionante por parte de la Base Naval ARC Bolívar para que regrese a su lugar trabajo so pena de ser desvinculada por ausentismo. La recurrente con posterioridad presentó otra serie de enfermedades que la obligaron a estar fuera de la jornada laboral, por lo



que era necesario un nuevo estudio de su caso y emitir concepto de rehabilitación, bien sea favorable o desfavorable. Si bien, la dirección de sanidad naval, hizo entrega a la señora García Almeida del formato de remisión al Fondo de pensiones Protección, su EPS no ha hecho lo pertinente en cuanto al concepto de rehabilitación. Ahora bien, la recurrente en su demanda, no aporta las pruebas necesarias para determinar si existe en verdad acoso por parte de la Armada Nacional y ello conlleva a no entrar a estudiar sus manifestaciones en cuanto a la prohibición a los funcionarios encargados de recibir la correspondencia y mucho menos la falta de objetividad de los médicos tratantes adscritos a la EPS, para con su caso. Es pertinente aclarar, ante la solicitud de la demandante de ser atendida por médico psiquiatra no adscrito a la entidad, que es claro que el Hospital Naval de Cartagena, está dotado de profesionales aptos para atender su caso, por lo que prima facie ante esta solicitud este Tribunal se abstendrá de pronunciarse. De acuerdo con lo anterior, y previo a concluir el asunto, se tiene que se tomará en cuenta los hechos que fueron probados en cuanto al no cumplimiento de la carga legal por parte de la EPS a la cual se encuentra afiliada la recurrente, toda vez que hasta la fecha de la presentación de la demanda no ha emitido concepto de rehabilitación para que se adelante el procedimiento necesario ante la AFP Protección.

MEDIOS DE CONTROL

NULIDAD ELECTORAL

MAGISTRADA: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

PROVIDENCIA: Sentencia de primera instancia de fecha 17 de febrero de 2017

RADICACIÓN: 13001-23-33-000-2016-00051-00 Y ACUMULADOS

PROCESO: NULIDAD ELECTORAL

ACCIONANTE: LUIS OTOYA GERDTS, PEDRO GOMEZ MEZA, RODRIGO RAUL REYES PEREIRA Y JADER JULIO ARRIETA

ACCIONADO: ACTO DE ELECCIÓN DE LOS CONCEJOS DEL DISTRITO DE CARTAGENA PERÍODO 2016 - 2019

[VER SENTENCIA CLICK AQUI](#)

DESCRIPTORES – Restrictores:

NULIDAD DE ELECCIÓN DE CONCEJALES – DEBIDO PROCESO ELECTORAL – Consagración constitucional / IMPEDIMENTOS – Normas aplicables a las Comisiones Escrutadoras y los jurados de votación / RECUSACIONES – Trámite. Registros electorales falsos o apócrifos / FALSEDAD – Se presenta cuando existen diferencias injustificadas entre los formularios E14 y E24 / PRINCIPIO DE LA EFICACIA DEL VOTO.

Tesis:

La Sala, después de comparar estos resultados con los que se plasmaron en el acto de elección demandado E-26 del 3 de diciembre de 2015, logra concluir que el proceso de depuración de los escrutinios por el que se realizaron ajustes necesarios como consecuencia de la falsedad acreditada respecto de los candidatos Nos. 006 y 019 del Partido Conservador Colombiano, sí modifica el resultado de la elección de los candidatos al Concejo de Cartagena de Indias. Período 2016-2019, pero sólo respecto del Partido Conservador Colombiano. En efecto, en la lista inscrita por el Partido Conservador Colombiano la quinta curul conquistada por ese partido ya no sería para el candidato JORGE ALFONSO USECHE CORREA (006), puesto que su votación real pasó de 4.641 a 4.635, y en este evento dicha curul sería para el candidato RODRIGO RAUL REYES PEREIRA (019), el cual pasaría a tener una votación de 4.651 (dado que se le adicionan 51 votos descontados injustificadamente) teniéndose que en este caso logra sobrepasar la votación obtenida por su copartidario JORGE ALFONSO USECHE CORREA quien no alcanzaría la curul al quedar con 4.635 votos. Hasta hace poco la jurisprudencia de la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, había asumido como línea de decisión que en todos los procesos de nulidad electoral en que se invalidara una elección popular como consecuencia de la exclusión de una votación irregular encontrada y/o por falsedades en los registros electorales que representaran cambios en la reordenación de la lista de candidatos electos, se debía practicar nuevo escrutinio mediante la programación de una audiencia para el efecto, cuya realización, según lo dispuesto en el artículo 288 numeral 4º inciso 2º del CPACA debía cumplirse entre el 2º y el 5º día hábil siguiente a la

ejecutoria del fallo. El numeral 2° de esta norma dispone sobre los efectos de la nulidad que: 2.- Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarará la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su credencial, si a ello hubiere lugar. De ser necesario el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios." (Negrillas de la Sala). Ahora bien, el mismo Consejo de Estado, ha dicho que en virtud de dicha norma, el legislador defirió al juez electoral la facultad de establecer en qué casos es necesario practicar nuevos escrutinios y en cuáles no. Esta decisión, en los procesos de nulidad por causales objetivas, debe adoptarse según el material probatorio obrante en el proceso sobre los registros electorales, es decir, que si el operador judicial tiene a su alcance todos y cada uno de los documentos necesarios para fijar la verdad de los resultados electorales, la práctica de nuevos escrutinios no solamente resulta superflua sino contraria a caros valores constitucionales como el de la eficacia con asiento en los artículos 209 Constitucional y 3° numeral 11 del CPACA, según el cual debe hacerse todo lo posible porque la decisión definitiva llegue con prontitud. De igual forma, con la atribución consignada en el artículo 288 numeral 2° del CPACA se busca desarrollar el postulado de la prevalencia del derecho sustancial sobre el adjetivo consagrado en el artículo 228 Superior en lo que respecta a la actividad judicial. Para la Sala no hay duda que la práctica de nuevo escrutinio, como efecto de un fallo anulatorio, termina siendo un desgaste jurisdiccional innecesario cuando dentro del proceso obran todos los documentos requeridos para determinar la verdad de los mismos; y, por otro lado, retrasa la sanción legal que implica la invalidez del acto espurio, el retiro de la persona que ocupa el cargo o corporación pública respectivos sin el debido respaldo popular, y la conformación de esos cuadros de poder por las personas legitimadas para ello con el favor de los electores se refleja en las urnas. Por lo tanto, esta Sala de Decisión acogerá la tesis del H. Consejo de Estado, en el sentido de que si bien, se anula una elección por voto popular gracias a la presencia de falsedades en los documentos electorales, la práctica de nuevos escrutinios solamente se realizará cuando sea verdaderamente necesario, teniéndose que en nuestro caso tal escrutinio no resulta necesario, ya que dentro del plenario existen los medios de prueba indispensables para fijar la verdad de los resultados electorales, como se analizó anteriormente, de allí que en el sub judice lo procedente es invalidar el acto acusado e impartir las órdenes previstas en el artículo 288 numeral 2° del CPACA. (...)Respecto de dicho cargo, la parte actora sostiene que la Comisión Escrutadora Departamental Bolívar, al expedir la Resolución No. 024 del 3 de diciembre de 2015 y Acta de Corrección de Mesas de la misma fecha, incurrió en los cargos de infracción a las normas en que debían fundarse, vulnerando el derecho de audiencia y de defensa, falsa motivación, y por tanto debe declararse viciado el acto definitivo de elección Formulario E-26 CON del 3 de diciembre de 2015. Ello, porque esa Comisión comparó los registros de los formularios E-14 y E-24, pero SIN REVISAR las constancias dejadas en el acta por la respectiva comisión escrutadora Auxiliar, y sin VERIFICAR SI EXISTIÓ RECUENTO DE VOTOS, y solo se limitaron a colocar las palabras "SIN NOVEDAD". Así mismo, y frente al Acta de Corrección de Mesas del 3 de diciembre de 2015, se aduce que si bien la misma se dictó con base en la Resolución 24 del 3 de diciembre de 2015, NUNCA SE EXPIDIÓ UN FORMULARIO E-24 CON que modificara y detallara el expedido por la Comisión Escrutadora Municipal. Respecto de la supuesta omisión en la expedición del Formulario E-24 del Concejo Distrital de Cartagena por parte de la Comisión Escrutadora Departamental, y que solo se limitó a expedir un ACTA DE CORRECCION, debe indicar la Sala que dicha circunstancia no constituye irregularidad alguna que vicie de nulidad el proceso electoral, pues como se

precisó al estudiar el primer cargo de nulidad en la presente demanda, la Comisión Escrutadora Departamental, con fundamento en la Resolución 4121 de 2011 del CNE, está facultada para verificar dentro del escrutinio los procedimientos, las decisiones y los documentos concernientes a cualquier etapa del proceso administrativo de elección con la finalidad de corregir o enmendar los errores e irregularidades en que se haya incurrido y de hacer prevalecer la verdad de los resultados, esto último con fundamento en solicitudes de saneamiento de nulidades electorales y/o de revisión de escrutinios, teniéndose que en el presente caso fueron tales solicitudes las que dieron origen al Acta de Corrección de Mesas del 3 de diciembre de 2015, por lo que no le asiste razón a la parte actora en este argumento. No obstante lo anterior, sí resulta de recibo para esta Sala que en el presente caso la Comisión Escrutadora Departamental al expedir la Resolución No. 024 del 3 de diciembre de 2015 y Acta de Corrección de Mesas de la misma fecha, incurrió en expedición irregular de dichos actos por falta de motivación, cargo que si bien no es alegado en esos términos por la parte actora, ello se puede inferir a partir de la interpretación razonable del cargo que éste denomina "falsa motivación", dado que en el presente caso -y como quedó demostrado en el estudio del cargo de nulidad anterior- dicha Comisión dispuso el aumento y disminución de votos respecto de ciertos candidatos del Partido Conservador Colombiano, sin justificación alguna o, en este caso, con ausencia de motivación, y en ese sentido, le asiste razón al actor cuando indica que la Comisión Escrutadora Departamental de Bolívar sólo se limitó a comparar los registros de los formularios E-14 y E-24, pero sin verificar las constancias dejadas en las actas de las respectivas comisiones escrutadoras Auxiliares, sin que tampoco justificara en dichos actos administrativos el porqué de dichas modificaciones de votos y mesas (V. gr. recuento de votos, errores de digitación en el Formulario E-14 o E-24, etc.), de allí que también deba declararse probado el cargo de nulidad, pero por falta de motivación frente a dichos actos administrativos intermedios, y dada la interpretación que ha hecho la Sala frente al cargo expuesto por la parte actora.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MAGISTRADA: HIRINA MEZA RHÉNAL

PROVIDENCIA: Sentencia de primera instancia de fecha 17 de febrero de 2017

RADICACIÓN: 13001-23-33-000-2014-00178-00

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

ACCIONANTE: PROYEN INGENIERIA LTDA.

ACCIONADO: DIAN

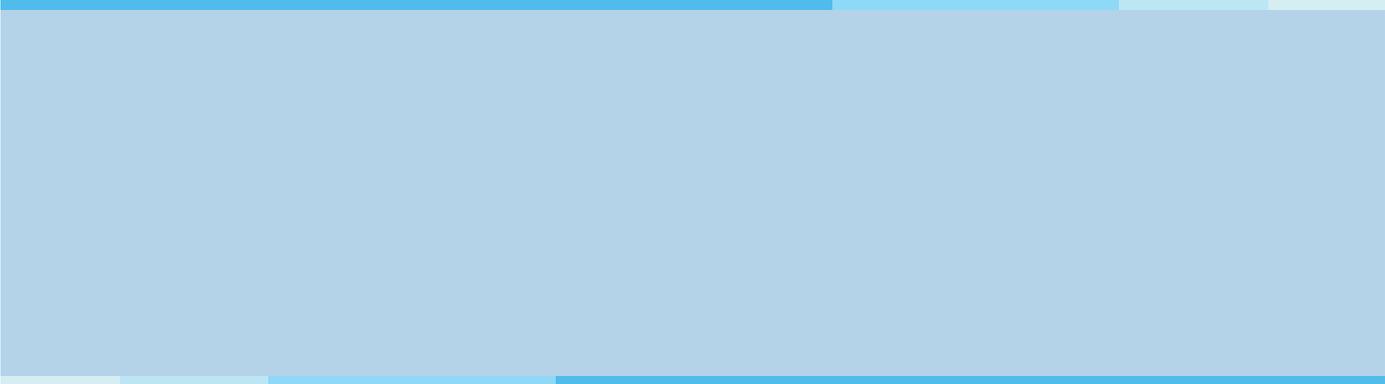
[VER SENTENCIA CLICK AQUI](#)

DESCRIPTORES – Restrictores:

APREHENSIÓN Y DECOMISOS DE MERCANCIAS – Cuando los documentos soportes presentados no corresponden con la operación de comercio exterior declarada. Inconsistencias en el valor de la factura / APREHENSIÓN Y DECOMISO – Es la consecuencia prevista en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, en el evento de incurrir en alguna de las causales allí previstas / SANCIÓN CUANDO NO SE ES POSIBLE APREHENDER LA MERCANCIA.

Tesis:

En cuanto al primer problema jurídico, encaminado a determinar si la factura presentada por Proyen Ingeniería Ltda. ante la DIAN como soporte de las declaraciones de importación iniciales y de corrección, correspondía o no con la operación comercial en la que se adquirió la mercancía descrita en tales declaraciones, advierte la Sala que quedó probado que en efecto, cuando se presentó las declaraciones de importación iniciales en las que se declaró un valor total de USD 50,090, se allegó como documento soporte la factura de venta 200923200502 expedida por RITCHIE BROS AUCTIONEERS (AMERICA) INC por valor de USD 51,634, valor que no correspondía con el precio real de la mercancía objeto de importación, tal y como se evidenció con la investigación hecha por la demandada. Si bien es cierto que a raíz de las observaciones que se hicieron en la diligencia de inspección, se procedió a corregir las declaraciones de importación aumentando el valor de la mercancía declarada, ello no se hizo teniendo como soporte la verdadera factura, pues con las correcciones nunca fue aportada la misma. Con ocasión de la situación descrita, la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena expidió requerimiento ordinario, solicitando tanto al importador como al declarante que se aportara los documentos soporte de la operación de comercio exterior. La Agencia de Aduanas aportó la factura No. 200923200502 expedida por Ritchie Bros Auctioneers por valor de USD US4,200 y US47,434, es decir, la misma factura que estaba siendo cuestionada por la autoridad aduanera. De conformidad con el material probatorio que obra en el plenario, se pudo evidenciar que la DIAN



únicamente tuvo conocimiento de la factura final expedida por el vendedor en el exterior Ritchie Bros Auctioneers, por valor de USD 89,500, con ocasión de la solicitud oficiosa que hiciera la entidad (15 de diciembre de 2011), pues nunca fue aportada ni por el importador, ni por el declarante, en las oportunidades que le fueron concedidas dentro del proceso administrativo, a pesar de que, como lo afirma la empresa Zimacon -quien actuó en la subasta en representación de Proyen Ingeniería- la factura final fue solicitada al vendedor y enviada a Bogotá desde el 12 de diciembre de 2009 , es decir, dos años antes de que la misma se hubiera obtenido por parte de la DIAN. En ese sentido, la Sala resuelve el primer problema jurídico planteado, concluyendo que la factura presentada por Proyen Ingeniería Ltda., ante la DIAN, como soporte de las declaraciones de importación iniciales y de corrección, no correspondía con la operación comercial en la que se adquirió la mercancía descrita, pues se reitera, está demostrada la existencia de una factura final expedida por el vendedor diferente a la presentada por el importador.

MAGISTRADO: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 13 de febrero de 2017

RADICACIÓN: 13001-33-31-008-2011-00185-03

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

ACCIONANTE: VICTORIA CARGO TRANSPORTES S.A.S.

ACCIONADO: DIAN

[VER SENTENCIA CLICK AQUI](#)

DESCRIPTORES – Restrictores:

SANCIÓN A LA EMPRESA TRANSPORTADORA POR ARRIBAR A LA ADUANA DE DESTINO CON LOS PRECINOS DE LAS UNIDADES DE CARGA ROTOS, ADULTERDOS O VIOLADOS – Numeral 3.2.4., del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERÍA ADUANERA – No es aplicable, si la norma más favorable es posterior a la expedición del acto administrativo que decide de fondo el asunto aduanero.

Tesis:

La norma en cita establece que las empresas transportadoras en el tránsito aduanero, deben cumplir con las normas, de manera pues, que la mercancía debe llegar a la aduana de destino en perfecto estado y con los precintos o sellos de la misma manera, es decir, en buen uso, de lo contrario, la empresa se hará acreedora a las sanciones legales existentes. En el caso sub examine, se destaca que VICTORIA CARGO TRANSPORTE S.A.S. debía transportar la mercancía y velar por que esta arribara a la aduana de destino en perfectas condiciones, además que debía garantizar la entrega de la mercancía en las mismas condiciones de salida, así las cosas, al verificarse por la autoridad aduanera que los precintos estaban rotos, adulterados o violentados, se tipifica la conducta sancionable, sin entrar a analizar si existe un faltante o excedente de la mercancía transportada, pues la norma vigente para la época de los hechos, no contempla entrar a estudiar dicho supuesto. Atendiendo la fecha de los hechos existía un fundamento normativo aplicable y era el Decreto 2685 de 1999, que como se dijo solo analiza el estado físico de los precintos, sin entrar a establecer si la mercancía llegó o no completa. En el caso concreto, está demostrado que en la operación de tránsito aduanero se encontró que uno de los dos precintos asignados por la Aduana de partida llegó "dañado" hecho que acepta la sociedad demandante, pero con la salvedad que dicha circunstancia no es atribuible a la empresa transportadora, sino que obedeció a la conducta de los distintos operarios del traslado de los contenedores, desde que salió de la aduana, es decir, que a su juicio, existe una causal eximente de responsabilidad. Con el material probatorio recaudado en el plenario se evidencia que en la operación de tránsito aduanero, en la Aduana de Destino (rio Negro -

Medellín) uno de los dos precintos estaba en mal estado, tal como se anotó en la declaración de tránsito aduanero, donde se decía que se encontraba roto y se desprendía con facilidad, siendo el precinto roto el No. 8990478; pero las causas por las cuales estaba roto no se menciona que fue al momento del traslado del contenedor, como lo afirma el apelante, es decir, que la causal eximente de responsabilidad, atribuible al hecho de un tercero, no está demostrada, toda vez que solo es una afirmación carente de prueba. Para que pueda tenerse el hecho de un tercero como causal de eximente de responsabilidad, se hace necesario, que la parte que lo alega lo demuestre, en virtud de la carga de la prueba, por lo tanto, la autoridad aduanera, al encontrar el precinto roto, le dio aplicación a la norma que consagra la sanción, teniendo en cuenta el carácter objetivo de la norma aplicable. Ahora bien, determinada que la conducta ocurrió y es el hecho que el precinto llegó roto, adulterado o violentado a la aduana de destino, el apelante, enfatiza que los verbos anotados por la autoridad aduanera en la declaración de tránsito aduanero son "golpeado" y "comprimido", términos que a su juicio son atípicos de la conducta sancionada, sobre el particular, esta Sala destaca que a folio 191 de expediente reposa la mencionada declaración donde se observa la palabra precinto "roto y desprende con facilidad..."luego entonces, no le asiste razón al apelante cuando manifiesta que el verbo utilizado no es el que consagra la norma aplicada, puesto que se evidencia que en el folio anotado que la demandada se refiere al precinto como "roto", en consecuencia, quedó configurada la conducta establecida en el numeral 3.2.4., del Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999. Establecido lo anterior, esta Corporación se detendrá en el otro argumento de la apelación que se refiere al principio de favorabilidad, atendiendo que la parte demandante alega que la mercancía transportada, arribó a la aduana de destino completa, por lo tanto, a su juicio esa circunstancia debía ser tenida en cuenta, además que a partir del 2012, la conducta no es tipificada como sancionable, cuando la mercancía no tiene faltantes o presenta cambios en la naturaleza o estado de la misma. Sobre el particular, se trae a colación el Decreto 0380 de 16 de febrero de 2012. "Por el cual se adiciona y modifica el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones", así: "3.2.3. Arribar a la aduana de destino con los precintos o dispositivos de seguridad de los medios de transporte o de las unidades de carga, rotos, adulterados o violados y se detecten, al momento de la recepción de la operación de tránsito o transporte multimodal, inconsistencias referidas a faltantes o excesos, o cambios en la naturaleza o estado de la mercancía." El recurrente arguye que debió tenerse en cuenta el principio de favorabilidad de la ley sancionatoria, tal y como lo expone la sentencia C-692 de 2008, que establece que pese a que el artículo 29 de la Constitución Política, va dirigido a la ley penal, no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como es el disciplinario. Nos detendremos en la sentencia de la Corte Constitucional citada, siendo su alcance el siguiente: "La Corte ha considerado obligatorio el respeto del principio de favorabilidad, de conformidad con el cual la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se

aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Frente a este punto, ha advertido que aun cuando el artículo 29 de la Constitución se refiere a la aplicación del principio en "materia penal", ello "{...} no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía, que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal." Teniendo en cuenta la sentencia transcrita donde se establece la aplicación de la ley favorable aunque sea posterior y a su vez señala que se extiende su ámbito de aplicación a contextos punitivos distintos al penal, esta Corporación, considera conveniente aclarar que el Estatuto Aduanero consagra el principio de favorabilidad y para una mejor ilustración, se anota lo que el Consejo de Estado ha señalado en reciente sentencia sobre el mencionado principio, a la letra reza: (...) Se resalta por esta Sala, que el principio de favorabilidad tiene aplicación en materia Aduanera por expresa disposición del artículo 520 del Decreto 2685 de 1999, pero se hace necesario, que el acto administrativo que decide de fondo no haya sido proferido por la autoridad aduanera, es decir, si la disposición más favorable es posterior a la expedición del acto administrativo no es posible darle aplicación al mencionado principio. En el caso en concreto, se destaca que los actos administrativos atacados datan del 2010 y 2011, siendo este ultima la Resolución número 00398 de 15 de marzo de 2011, expedida por la División de Gestión Jurídica Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración y se mantiene la decisión de sancionar a la sociedad demandante, es decir, sin mayores esfuerzos, se denota que el acto administrativo definitivo fue expedido por la autoridad aduanera en marzo de 2011, es decir, antes que se expidiera el Decreto 0380 de 16 de febrero de 2012, luego entonces, no es dable darle aplicación al principio de favorabilidad, pues tal como lo señala el estatuto Aduanero, dicho principio solo se aplicara si el acto administrativo definitivo no ha sido expedido, circunstancia que no acaeció en el caso sub examine, por lo que resultan infundado los argumentos del apelante en ese sentido.

MAGISTRADA: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

PROVIDENCIA: Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de diciembre de 2016

RADICACIÓN: 13001-33-33-008-2013-00417-01

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

ACCIONANTE: SERVICIOS TECNICOS PORTUARIOS S.A. SERTEPORT

ACCIONADO: NACIÓN – MINISTERIO DEL TRABAJO – DIRECCIÓN TERRITORIAL BOLÍVAR

[VER SENTENCIA CLICK AQUI](#)

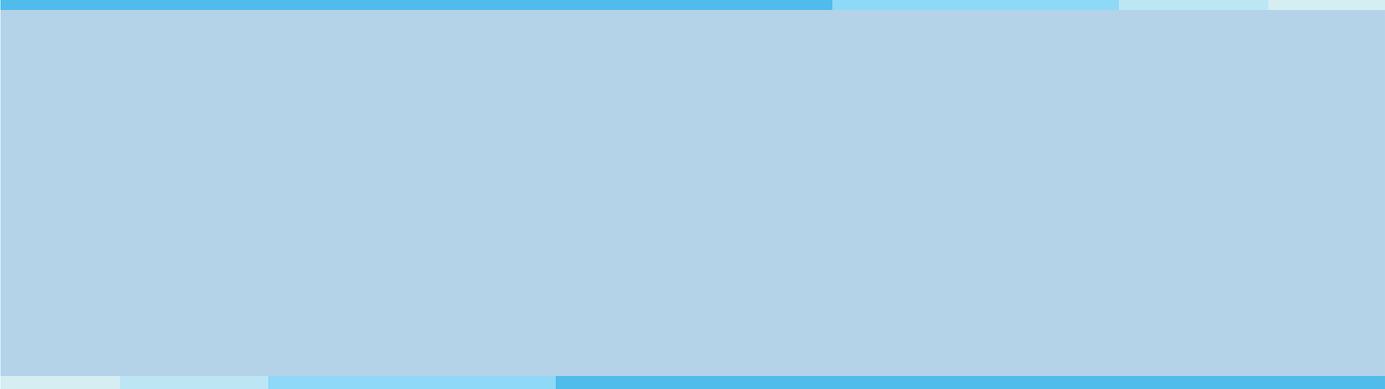
DESCRIPTORES – Restrictores:

SANCIÓN POR INTERMEDIACIÓN LABORAL DE EMPRESA CONTRATANTE Y EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES

Tesis:

Por otro lado, y no obstante lo anterior, sí encuentra la Sala que existe falsa motivación en los actos acusados, toda vez que se erigen sobre supuestos que no fueron probados en el transcurso de la investigación y trámite administrativo sancionatorio. En efecto, dicha falsa motivación se estructura al afirmar los actos administrativos que la empresa SERVICIOS TÉCNICOS PORTURIOS S.A., incurrió en tercerización ilegal, fundado en simples indicios tales como: que la accionante tenía un contrato con una EST por termino de un año y que contaba con una planta de personal de tan solo cinco (5) trabajadores. Pues bien, para esta Sala no le es dable al MINISTERIO DEL TRABAJO, fundar su decisión sobre dichos argumentos, pues no se evidencia con ellos que exista una efectiva transgresión de la normatividad laboral, toda vez que si bien el contrato, de naturaleza comercial, suscrito entre SERTERPORT S.A. -empresa usuaria- y ACCIÓN S.A. -Empresa de Servicios temporales-, tiene una duración un (1) año, la duración de los contratos de los trabajadores en misión, no está condicionada al término del contrato que rige la relación entre las mencionadas empresas. Lo anterior se colige porque conforme al artículo 8 del Decreto 4369 de 2006, la relación entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales puede ser regulada por uno o varios contratos, de acuerdo con el servicio específico a contratar, pero cuando se celebre uno sólo, éste regulará el marco de la relación, la cual se desarrollará a través de las órdenes correspondientes a cada servicio solicitado. Así las cosas, debió entonces determinar la accionada, que la vigencia de los contratos de los trabajadores misionales, había superado el término legalmente establecido -seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, Art. 6, núm. 3 Decreto 4369 de 2006-, sin embargo, y contrario a ello, se encontró demostrado por la Sala que la vinculación más antigua de los trabajadores en misión era de tan solo cinco (5) meses al momento de iniciar la investigación administrativa. Adicionalmente, el MINISTERIO DEL TRABAJO, también utilizó como fundamento de su decisión y en apoyo al anterior argumento, el hecho de que la planta de personal de la empresa

SERTERPORT S.A. tan sólo estuviera conformada por cinco (5) trabajadores y que la demandante tuviera vinculados por medio de la empresa de servicios temporales a veintiún (21) trabajadores misionales; sin embargo, se equivoca en esta apreciación puesto que en el ordenamiento colombiano no se estipula cuál es el número mínimo o máximo de trabajadores de planta o de trabajadores suministrados por una Empresa de Servicios Temporales, por el contrario el artículo 1º de la Ley 1a de 1991 señala que a ninguna sociedad portuaria y a ningún usuario de los puertos, se le obligará a emplear más personas de las que considere necesarias, quedando comprendidos dentro del concepto de usuarios de los puertos, según el artículo 5 de dicha ley, los operadores portuarios, calidad de la que goza la demandante. En ese sentido, considera ésta Sala que no fue trasgredido por la parte actora el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, puesto que ni la empresa ACCIÓN S.A, ni SERVICIOS TÉCNICOS PORTUARIOS, corresponden a cooperativas o precoperativas de trabajo asociado, sino que son respectivamente, una empresa de servicios temporales y un operador portuario y como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, en Colombia no está vedado que se haga uso de las empresas de servicios temporales, pues su reglamentación es precisamente en procura de generar empleos formales, teniéndose que lo que se prohíbe en el ordenamiento jurídico colombiano es la práctica de la tercerización laboral de forma abusiva, que procure beneficios para una empresa a costa de constreñir al trabajador desconociendo sus derechos y prestaciones mínimas laborales. Así las cosas, y si bien llama la atención el hecho de que la sociedad demandante haga uso de un mayor número de misionales que de empleados de planta, dicha circunstancia no es suficiente para determinar que existe una violación a los derechos laborales como lo plantea la demandada, como sí lo sería por ejemplo el que se hubiere demostrado que se contrata varias veces y por periodos superiores a los legalmente permitidos a los mismos trabajadores en misión o a otros para el desarrollo de una misma labor. En ese orden, ésta Sala considera que no le asiste razón al A quo, cuando asume, sin entrar a valorar el material probatorio obrante en el expediente, que la empresa demandante "utiliza la temporalidad como una constante o como una estrategia de sustitución de empleos", pues es evidente que dicha práctica no se hizo más allá de los términos, condiciones y plazos que establece la ley, ello, independientemente que se tratará do la realización de actividades misionales o no de la empresa demandante, pues se reitera de la contratación de empleos temporales no está prohibida en nuestra legislación, y en ese sentido, la entidad demandada no podía derivar responsabilidad únicamente a partir de un criterio objetivo (V. gr., por contratar temporales que realizan tareas misionales y tener más empleados temporales que de planta, se impone sanción), y sin entrar a valorar las condiciones en que se viene realizando dichas vinculaciones temporales.



Nota de advertencia. *“La indexación de la información a través de descriptores, Restrictores y la tesis, no exoneran al usuario de la información de corroborar su contenido con los textos de las providencias y, atendiendo posibles inconsistencias que de presentarse se sugiere sean puestas en conocimiento de la Relatoría de este Tribunal.*”