



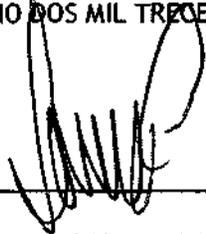
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1349
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL- FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2008-00358-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

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

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 298 - 12013

1ª instancia

Tema: Privación Injusta de la Libertad

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-000-2008-00358-00
Demandante : ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA Y OTROS
Demandado : NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1 de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por ROBINSON ANTONIO SEÑAS Y OTROS, quienes a través de apoderado judicial interpusieron acción de reparación directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL -FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

Los demandantes **EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ (Víctima)** actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **YARED CAROLINA MALDONADO CARPIO, HILARY MILANY MALDONADO CARPIO Y EDGAR JULIÁN MALDONADO BARRIOS (Hijos menores de EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ), CARMEN ALICIA DÍAZ LORA (Madre de EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ), JULIA ISABEL BARRIOS MARTÍNEZ (Compañera permanente de EDGAR ALEXANDER**

MALDONADO DÍAZ; ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA (Víctima) obrando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **FARID DANIEL SEÑAS FONSECA, CARLOS ALFREDO SEÑAS CACERES, LEONEL ANTONIO SEÑAS CACERES Y YINA MARCELA SEÑAS CACERES (Hijos de la Víctima), SANDRA MILENA FONSECA PAYARES (Compañera permanente de la víctima ROBINSON ANTONIO SEÑAS CARDENAS), NORSI DEL SOCORRO RIVERA ALVIS (Madre de la Víctima ROBINSON ANTONIO SEÑAS CÁRDENAS)** actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **LUIS DAVID SEÑAS RIVERA, NERLIS JUDITH SEÑAS RIVERA (Hermanos menores de la víctima ROBINSON ANTONIO SEÑAS CARDENAS); ROBINSON ANTONIO SEÑAS TORRES (Padre de la Víctima ROBINSON ANTONIO SEÑAS CÁRDENAS), OLGA PATRICIA SEÑAS RIVERA, DAIRO DE JESÚS SEÑAS CÁRDENAS Y CESAR AGUSTO SEÑAS RIVERA, (Hermanos de la víctima ROBINSON ANTONIO SEÑAS CÁRDENAS);** así como de **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS (Víctima)** actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **MARÍA JOSÉ SEÑAS DE ÁVILA Y DEMETRIO JOSÉ SEÑAS DE ÁVILA (Hijos de la Víctima JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS); VÍCTOR MANUEL SEÑAS DONADO (Padre de la víctima JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS), ANA ESTHER DE ÁVILA VEGA (Compañera permanente de la víctima JOSÉ DAVID SEÑAS CARDENAS), VICTOR MANUEL SEÑAS CÁRDENAS, SABAS SEGUNDO SEÑAS CARDENAS, LIRIS BAUDITH SEÑAS CÁRDENAS, EDUARDO CARLOS SEÑAS CARDENAS, MARIA TERESA SEÑAS CARDENAS, DEMETRIO JOSE SEÑAS CARDENAS (Hermanos de la víctima JOSE DAVID SEÑAS CARDENAS); ALVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ (Víctima)** actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **LUZ KAREN SANTOS VARGAS, ENA SANDRITH SANTOS VARGAS Y MIRLEIDIS SANTOS VARGAS (Hijos de la víctima ALVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ); LUZ MARINA VARGAS SERMEÑO (esposa de la víctima ALVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ), OSCAR ALFONSO SANTOS VARGAS, IRLIS YOHANIS SANTOS VARGAS, YAIR ANTONIO SANTOS VARGAS (Hijos de la víctima ALVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ), LORENZO ANTONIO SANTOS SIERRA (Padre de la víctima ALVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ), AIDET MARIA GONZALEZ LUNA (Madre de la víctima ALVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ), ROSALBA ISABEL SANTOS GONZALEZ, HILDUARA MARIA SANTOS GONZALEZ, LORENZO SANTOS GONZÁLEZ, KELLY YOHANA SANTOS GONZALEZ, RAUL ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ, MARICELA ISABEL SANTOS GONZALEZ, ALEIDA ISABEL SANTOS GONZÁLEZ, CANDELARIA DEL SOCORRO SANTOS GONZÁLEZ Y ROBINSON SANTOS GONZÁLEZ**

(Hermanos de la víctima **ALVARO ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ**); **ROGER JOSÉ CARDENAS BARRIOS (Víctima)** actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **MARIA ALEJANDRA CARDENAS TOBIAS Y VANESSA CAROLINA CARDENAS (Hijas de la víctima ROGER JOSE CARDENAS BARRIOS)**, **MARIELA DEL SOCORRO BARRIOS FERNANDEZ (Madre de la víctima ROGER JOSE CARDENAS BARRIOS)**, **JOSE DE LOS SANTOS CARDENAS VARELA (Padre de la víctima ROGER JOSE CARDENAS BARRIOS)** **HECTOR GENEROSO CARDENAS BARRIOS, JHONY RAFAEL CARDENAS BARRIOS, GOVANIS CARDENAS BARRIOS, NURIS DEL SOCORRO CARDENAS BARRIOS Y NEIL ALFONSO CARDENAS BARRIOS (Hermanos de la víctima ROGER JOSE CARDENAS BARRIOS)**, **YESENIA ESTHER CARDENAS THERAN (Compañera permanente de la víctima ROGER JOSE CARDENAS BARRIOS)**; **GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA (Víctima)** actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: **YESITH RAFAEL TORRES TOVAR, JAIDER MANUEL TORRES TOVAR, EWIN JOSE TORRES TOVAR, EDUAR RAFAEL TORRES TOVAR, ALEXANDER TORRES TOVAR, ALEXANDER TORRES TOVAR, Y LETIS ESTHER TORRES TOVAR (Hijos de la víctima GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA)**, **JUDITH DEL SOCORRO TOVAR CHAMORRO (Compañera permanente de la víctima GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA)**, **FELIX ENRIQUE TORRES ARRIETA, HUGO ALFONSO TORRES ARRIETA, LEIDYS MARINA TORRES ARRIETA (Hermanos de la víctima GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA)**, **LUIS CARLOS TORRES LAMBRAÑO (Hijo de la víctima GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA)**; **MANUEL DE JESUS MENDOZA MARQUEZ (Víctima)** actuando de nombre propio y en representación de sus menores hijos: **FERNEY MENDOZA PIMIENTA, NESTOR DANIEL MENDOZA PIMIENTA, MANUEL DE JESUS MENDOZA PIMIENTA, DANILO SANTO MENDOZA PIMIENTA, NOLFER DAVID MENDOZA PIMIENTA Y NEVIS JOHANA MENDOZA PIMIENTA (Hijos de la víctima MANUEL DE JESUS MENDOZA MARQUEZ)**, **FLOR MARIA MARQUEZ MONTES (Madre de la víctima MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUEZ)**, **EZEQUIEL MENDOZA MARQUEZ, FLOR MARIA MENDOZA MARQUEZ, ISABEL MARIA MENDOZA MARQUEZ Y GREGORIO MENDOZA MARQUEZ (Hermanos de la víctima MANUEL DE JESUS MENDOZA MARQUEZ)**, **OSCAR WILLIAN MENDOZA PIMIENTA Y DANIRIS JUDITH MENDOZA PIMIENTA (Hijos de la víctima MANUEL DE JESUS MENDOZA MARQUES)**, **EMIRLEDIS CENITH PIMIENTA LOPEZ (Compañera permanente de la víctima MANUEL DE JESUS MENDOZA MARQUES)**; **ADALBERTO JULIO MEZA MARQUEZ (Víctima)**, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo: **ERIKA MERCEDES CAMARGO (Hijo de la víctima ADALBERTO JULIO**

MEZA MARQUEZ), EDELMIRA ROSA MARQUEZ DIAZ (Madre de la víctima ADALBERTO JULIO MEZA MARQUEZ), JULIO ERNESTO MEZA ARRIETA (Padre de la víctima ADALBERTO JULIO MEZA MARQUEZ), MERCEDES HELENA CAMARGO HERNÁNDEZ (Compañera permanente de la víctima ADALBERTO JULIO MEZA MARQUEZ); JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO (Víctima) actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: LUIS EDUARDO ANILLO ALVIS, JHON DAVID ANILLO ALVIS Y KEILIS YULIETH ANILLO ALVIS (Hijos de la víctima JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO), ELINA DEL SOCORRO CARABALLO ECHEVERRIA (Madre de la víctima JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO), MARIA CONCEPCION ANILLO CARABALLO (Hermana de la víctima JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO); JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA (Víctima), RENZON JOSE GRACIA ARIAS, YEIS YANETH GRACIA ARIAS, ERCILIA MARIA GRACIA ARIAS (Hermanos de la víctima JOSE DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA), MARIELA DEL SOCORRO ARIAS BLANCO (Madre de la víctima JOSE DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA) actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: NEUDIS DEL CARMEN GRACIA ARIAS, JOSE DAVID GRACIA ARIAS (Hermanos menores de la víctima JOSE DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA), JOSE MARIA GRACIA BENITEZ (Padre de la víctima JOSE DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA); ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ (Víctima) actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: ANTONIO RAFAEL CORTEZ DE ORO, LUIS ALFONSO CORTEZ TORREGROSA Y CRISTIAN MIGUEL CORTEZ TORREGROSA (Hijos de la víctima ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ), JUAN FEDERICO MARTINEZ BUELVAS (Padre de la víctima ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ), EMILCE MARIA CORTEZ HERNÁNDEZ (Madre de la víctima ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ) actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: LIBARDO ENRIQUE MARTINEZ CORTEZ Y BLANCA ROSA MARTINEZ CORTEZ (Hermanos menores de la víctima ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNANDEZ), DORIS MARIA MARTINEZ CORTEZ, DINA LUZ MARTINEZ CORTEZ, JUAN CARLOS MARTINEZ CORTEZ (Hermanos de la víctima ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ), AIDA ROSA TORREGROSA DIAZ (Compañera permanente de la víctima ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ); JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES (Víctima) actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: ERIKA LUZ MANJARRES YEPEZ, CRISTIAN JOSE MANJARRES YEPES, DUVAN CAMILO MANJARRES YEPES Y ANDRES FELIPE MANJARRES YEPES (Hijos de la víctima JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES), FELIX GUILLERMO MANJARRES BUELVAS (Padre de la víctima

JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES), VALENTINA ISABEL MORALES HERRERA (Madre de la víctima JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES), LUZ MARINA YEPEZ DE AVILA (Compañera permanente de la víctima JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES); BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA (Víctima) actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: JESUS DAVID HENAO Pérez y ROSA MARIA HENAO PÉREZ (Hijos de la víctima BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA), MARTHA CECILIA PÉREZ TAPIA (Compañera permanente de la víctima BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA), HECTOR MANUEL HENAO PIÑA, Álvaro MANUEL HENAO PIÑA Y ALBERTO JOSE HENAO PIÑA (Hermanos de la víctima BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA), ROSA ISABEL PIÑA AHUMADA (Madre de la víctima BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA), HECTOR MANUEL HENAO PIÑA (Padre de la víctima BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA), LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS (Víctima), EDWIN ENRIQUE LEGUIA BARRIOS, RAMON ANTONIO LEGUIA BARRIOS, OBERTO MIGUEL LEGUIA BARRIOS, ORLANDO MIGUEL LEGUIA BARRIOS, FANNIS ESTHER LEGUIA BARRIOS, JOSE MIGUEL LEGUIA BARRIOS (Hermanos de la víctima LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS), JOSE MIGUEL LEGUIA MEDINA (Padre de la víctima LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS), solicitan se declare administrativamente y solidariamente responsable a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN por la sindicación y posterior captura de los señores EDGAR AELXANDER MALDONADO DIAZ, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSE DAVID SEÑAS CARDENAS, ALVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ, ROGER JOSE CARDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, MANUEL DE JESUS MENDOZA MARQUEZ, ADALBERTO JULIO MENDOZA MARQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO, JOSE DE LOS SANTOS GRACIA ARRIETA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNANDEZ, JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES, BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA, LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS, por el presunto delito de Rebelión, el 13 de julio de 2003.

Que en consecuencia se condene a La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejercito Nacional- Gauda del Ejercito – fuerzas Armadas de Colombia - Fiscalía General de la Nación como reparación del daño ocasionado a pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden moral objetivados y subjetivados, actuales y futuros de los cuales se estiman como mínimo la suma NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL PESOS M/L (\$9.847.766.000.00), o conforme resulte probado

dentro del proceso y, se actualicen los rubros indemnizatorios reconocidos de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

2. Hechos relevantes:

Sostiene el apoderado de la parte actora, que con fundamento en información suministrada por los señores MARLON MANJARRES BAYUELO, y ELMER MEJÍA CORTEZ, ex militantes del Frente 47 de las FARC, sus apadrinados fueron capturados el día 13 de julio de 2013 por efectivos del Ejército Nacional, previas ordenes de capturas proferidas por la Fiscalía general de la Nación; entidad que, al definir la situación jurídica de aquellos, les dictó medida de aseguramiento intramural.

Manifiesta que, sus apadrinados fueron absueltos del delito de rebelión que les imputó la Fiscalía General, gracias a lo resuelto por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, quien acogió la solicitud de absolución presentada por la Fiscalía General de la Nación, dado que se carecía del material probatorio que brindara certeza sobre la responsabilidad de los sindicados.

B. LA CONTESTACIÓN

NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL: Sostiene la apoderada del Ministerio de Defensa, que se opone a las pretensiones de la demanda, debido a que en los hechos de la misma no se menciona para nada la participación de personal militar de ninguna especie y no se endilga actuación irregular alguna contra militares que pueda erigirse en falla del servicio; en consecuencia no podrá generarse condena alguna contra esta demandada.

Sostiene que de las funciones, la misión y la órbita de las competencias de la autoridad judicial, en este caso la justicia ordinaria y la de las FFMM son completamente diferente, por eso llevar a los estrados judiciales a cualquier persona, investigarla, imputarle la comisión de un delito, dictarle medida de aseguramiento y finalmente absolverla o condenarla, es el recorrido exclusivo de un proceso judicial que no emana de los militares ni es administrado por ellos, de manera que de las actuaciones judiciales, no puede resultar responsable la Fuerza Pública.

NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: A través de apoderado judicial designado para tal efecto, esta entidad contestó la demanda afirmando, que en el presente caso las medidas de aseguramiento dictadas en este proceso, observaron permanente la norma que las regula. En ese sentido, señaló que de dichas actuaciones no se deriva el error judicial o jurisdiccional alegado por los actores, como quiera que su apadrinada actuó con fundamento en el Art. 250 de la C.P, que estableció en esa entidad el ejercicio de la acción penal; facultad que se ejerció en este caso con fundamento en las pruebas legal y oportunamente obtenidas por dicha entidad.

Finalmente propuso la excepción de culpa exclusiva de terceros.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha Veinticinco (25) de junio de dos mil diez (2010), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.365-367).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha veintinueve (29) de octubre del 2012, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (fl. 441). En esta oportunidad procesal la parte demandante ratificó los argumentos expuestos en su demanda; al igual que la parte demandada, NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL – NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, quienes ratificaron lo dicho en la contestación de la demanda; por su parte el Ministerio Público rindió concepto de fondo.

Concepto del Ministerio Público: el Señor Procurador Delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo manifestando que el daño se encuentra parcialmente acreditado, toda vez que respecto de los demandantes **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS,**

GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ Y MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ está probado que estuvieron detenidos en establecimiento carcelario bajo órdenes del Juzgado 4º Penal del Circuito de Cartagena, sin embargo con relación a los demandantes **ÁLVARO ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ, ADALBERTO JULIO MEZA MARQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO y LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS**, no existe prueba de que estuvieron privados de la libertad.

Afirma que en el *sub judice* se está ante la presencia de un claro daño antijurídico sufrido por los actores, a causa de una actuación de la Fiscalía General de la Nación y no hay otra consecuencia para esto que la procedencia de la reparación del daño.

II. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

III. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A., en concordancia con los artículos 65 a 73 de la ley 270 de 1996.

CADUCIDAD

La presente acción fue iniciada oportunamente, toda vez que la sentencia por la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena absolvió a los señores **EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ÁLVARO ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, MANUEL DE JESÚS**

MENDOZA MÁRQUEZ, ADALBERTO JULIO MEZA MÁRQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA y LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS, del delito de Rebelión, es de fecha 27 de marzo de 2007 (fl. 278-295); y como quiera que la demanda se presentó el día 15 de julio 2008, se entiende acorde al plazo de dos años que para tal propósito dispone el Art. 136 numeral 8º del C.C.A.

EXCEPCIONES

Anotado lo anterior, se tiene que el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, propuso la siguiente excepción:

- Culpa exclusiva de terceros

Como la excepción está dirigida a controvertir la Responsabilidad que pueda endilgarse en el caso concreto, se estudiará y decidirá en el curso de las presentes consideraciones

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar si la detención de la que fueron objeto los señores **EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ÁLVARO ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ, ADALBERTO JULIO MEZA MÁRQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA y LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS** les generó un daño antijurídico que no estaban obligados a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad por parte del Estado, cuando posteriormente se les absolvió de toda responsabilidad frente al punible de Rebelión que se les habían imputado.

Antes de contestar el anterior problema jurídico, considera la Sala conveniente hacer algunos planteamientos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos casos en que se solicita la responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia.

Con la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991 se empezó a aceptar en forma gradual la responsabilidad por falla judicial, al advertir la presencia en la Constitución de una cláusula general de responsabilidad patrimonial frente a todas sus acciones y omisiones (legislativa, de ejecución, judicial, de control y supervisión, etc.) causantes de daño a un particular cuando éste devenía en antijurídico.

El artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, antiguo código de procedimiento penal en desarrollo de lo establecido por la Constitución de 1991, regulaba la indemnización por privación injusta de la libertad. Dicha norma establecía lo siguiente:

“ARTÍCULO 414. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”

El presente proceso ofrece la particularidad de que en el momento en que tuvo lugar la privación de la libertad de los señores IMER DAVID CABALLERO ESCORCIA, JAIDER RAFAEL CARO VELASQUEZ y LUIS ANTONIO MONTERROSA SERPA, no se encontraba vigente el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 sino la Ley 600 de 2000.

La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia que entró en vigencia el 15 de marzo del citado año, en desarrollo del artículo 90 de la Constitución reguló lo atinente a la responsabilidad del Estado por las actuaciones de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, que en lo pertinente señalan:

“ARTICULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

ARTICULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.

ARTICULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.

2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme.

ARTICULO 68. PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios."

Según se desprende de la interpretación de las precitada normatividad, el Estado responde patrimonialmente por la acción u omisión de sus funcionarios y empleados judiciales, en tres situaciones; la primera: por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; la segunda: por el error jurisdiccional y la tercera situación: por la privación injusta de la libertad

En el presente caso los demandantes alegan una de las causales antes citadas, por lo que la Sala estudiará el caso de marras desde la óptica de la privación injusta de la libertad.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE¹

El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, mediante sentencia de Sala Plena de fecha 6 de abril de 2011, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, frente al tema de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad ha dicho:

¹ Se dejara constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestion del Tribunal Administrativo de Bolívar, la suscrita Magistrada Ponente no comparte en su totalidad la línea jurisprudencial expuesta por el H Consejo de Estado en la sentencia de Sala Plena que aquí se cita, en cuanto se refiere a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad que, finalmente, ha venido a evidenciarse como una responsabilidad de carácter objetivo en la que no hay lugar a efectuar ninguna clase de análisis diferente a los parámetros prefijados por la Corporación de cierre de la jurisdicción. Partiendo desde el postulado contenido en el art 90 Superior, la suscrita Magistrada estima que no en todos los casos en que una persona haya sido sometida a medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y finalmente resulte exonerado de responsabilidad penal mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, i) porque el hecho no existió, ii) porque el sindicado no lo cometió o, iii) porque la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado. A diferencia de lo expuesto por el H Consejo de Estado y por mis respetados colegas considero que se debe siempre evidenciar la ilegalidad de la medida de aseguramiento, pues en tanto la misma se haya adoptado dentro del marco legal, es decir, con soporte fáctico y probatorio que la sustente, haya sido oportuna, preventiva o haya evitado un daño mayor al conglomerado social, dicha detención no debe ser calificada como injusta

Sin perjuicio de lo anterior, como quiera que el tema objeto de esta controversia se encuentra decantado por vía jurisprudencial, la suscrita Magistrada acogerá tales pronunciamientos, a título de precedente judicial, con base en el criterio de obligatoriedad que ello conlleva para los jueces de instancia, tal como se lee en el siguiente aparte de la sentencia C-836/01

" Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia"

"3. Responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad

Aunque la libertad ocupa lugar de primer orden en cualquier Estado que se precie de ser democrático y liberal, no por ello constituye un derecho absoluto, en tanto puede ser limitado como consecuencia de la imposición de una pena, o de una medida de aseguramiento, siempre que se cumplan las exigencias legales y se atienda a las finalidades que autorizan dicha limitación.

Como ya se señaló, por cuenta del proceso penal que se adelantó por los delitos de homicidio y hurto cometidos en contra del señor Walberto Perlaza Caicedo, el señor Joaquín Castro Solís fue privado de la libertad en tres oportunidades: (i) desde el 17 de julio de 1985 hasta el 13 de diciembre de 1985; (ii) desde el 1º de octubre de 1996 hasta el 6 de febrero de 1997 y (iii) entre las 9:30 y las 11:00 a.m. del 21 de junio de 1998. Por lo tanto, deben tenerse en cuenta las normas que durante esos lapsos han establecido el derecho a la reparación por los daños que se causen como consecuencia de la privación injusta de la libertad, esto es: (3.1.) las normas que regulaban el asunto antes de la expedición de la Constitución de 1991; (3.2.) la Constitución de 1991 y el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, que desarrollo el artículo 90 constitucional en el tema que aquí se trata y (3.3.) la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

3.1. La reparación por privación de la libertad antes de la Constitución de 1991

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, la jurisprudencia consideraba que la responsabilidad proveniente de fallas en la administración de justicia debía ser atribuida a la culpa personal de funcionario judicial que hubiera incurrido en dolo, culpa, retardo injustificado o error inexcusable y que de manera excepcional, había lugar a la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando dichas fallas fueran propiamente administrativas. Esto, en razón del principio de la intangibilidad de la cosa juzgada y por falta de norma legal que autorizara la indemnización de perjuicios en los supuestos de error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia.

Pero, a pesar de la carencia de normas que en forma explícita ordenaran la reparación de perjuicios causados con los errores judiciales o el funcionamiento anormal de la administración de justicia, la responsabilidad patrimonial del Estado por falla del servicio judicial podía ser deducida de los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución Política de 1886, que establecían el deber de las autoridades de la República de "proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares"; que "los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes" y que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o

arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes".

El derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad encontraba también soporte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas con el voto unánime de sus asociados en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, ratificado por la ley 74 de 1968, que establece que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá derecho efectivo a obtener reparación" (art. 9º num. 5) y que "cuando una sentencia condenatoria haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido posteriormente indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido" (art. 14, num. 6).

Igualmente, en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la ley 16 de 1972, que en el artículo 10 establece: "Derecho a indemnización. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia en firme por error judicial".

En tal sentido, bien podía haberse echado mano de la jurisprudencia elaborada en esa época para estructurar los diferentes regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas y en aplicación de esos criterios ordenar la reparación de los daños causados con la actividad judicial.

En efecto, la jurisprudencia de la Corporación en aquel momento, deducía la responsabilidad de las autoridades públicas por los daños causados con su actividad, con fundamento en los regímenes de falla probada, falla presunta del servicio, daño especial, o riesgo excepcional. En relación con el primer régimen se requería acreditar la existencia de una falla del servicio en la conducta causante del perjuicio sufrido por el demandante y la relación causal entre ambos. Así, bien podía haberse dado aplicación a éste régimen en los supuestos de privación de la libertad, para derivar la injusticia de la medida de la antijuridicidad de la conducta del juez que la ordenaba, como se hacía en los eventos en que la demanda se dirigía contra la autoridad administrativa que la hubiera ejecutado.

Esto significa que los daños causados a las personas como consecuencia de la privación de la libertad a la que hubieran sido sometidos antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991, deben ser imputados al Estado con fundamento en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos-, los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886 y los criterios de responsabilidad patrimonial que para esa época había desarrollado la jurisprudencia y fundamentalmente, con el criterio de falla del servicio, con el alcance que entonces se le había dado, esto es, que habrá lugar a la declaración de responsabilidad demandada, en la medida en que se compruebe que en el proceso se incurrió en error al imponer la medida de aseguramiento al demandante.

3.2 La privación de la libertad en vigencia de la Constitución de 1991 y del artículo 414 del decreto 2700 de 1991

El artículo 28 de la Constitución consagra el derecho a la libertad, pero prevé también la posibilidad de la privación de este derecho, bien como pena o medida de aseguramiento siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) cumplimiento de las formalidades legales, y (iii) la existencia de motivos previamente definidos en la ley.

También ha señalado la Corte Constitucional que la privación de la libertad, como medida de aseguramiento, no contraviene la presunción de inocencia, ni ninguna otra disposición constitucional, en tanto dicha medida tiene carácter preventivo y no sancionatorio, ni desvirtúa la presunción de inocencia, dado su carácter precario, que no permite confundirla con la pena, aunque, por razones de justicia y equidad sea posible computar el tiempo de la detención como parte de la pena.

Pero, además de cumplir con las exigencias constitucionalmente señaladas, la detención preventiva debe obedecer a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena:

"...El propósito que orienta la adopción de este tipo de medidas es de carácter preventivo y no sancionatorio. Por ello, no son el resultado de sentencia condenatoria ni requieren de juicio previo; buscan responder a los intereses de la investigación y de la justicia al procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse. La detención persigue impedirle al imputado la fuga, la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir, deformar o desvirtuar elementos probatorios importantes para la instrucción".

Las exigencias señaladas en la Constitución para la procedencia de la medida de aseguramiento armonizan con lo dispuesto en las normas internacionales de derechos humanos que son aplicables en el derecho interno, por mandato de los artículos 93 y 94 de la misma Constitución. Son ellas: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En desarrollo de esas disposiciones de orden superior, el artículo 338 del Decreto 2700 de 1991 establecía que la detención preventiva era procedente "cuando contra del sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso"², requisito probatorio en relación con el cual la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Penal- ha señalado:

"La connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e informantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador. Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario judicial asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa más probable del hecho indicado; de leve cuando se revela solo como una entre varias causas probables y podrá darle menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causal posible del hecho indicado"³.

En vigencia de la actual Constitución se expidió el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991- Código de Procedimiento Penal, que establecía que quien hubiera estado privado de la libertad y no fuere finalmente condenado, tenía derecho a la reparación de los perjuicios

² En el artículo 356 de la ley 600 de 2000, se estableció que la detención preventiva "se impondrá cuando aparezcan por lo menos dos indicios graves de responsabilidad con base en las pruebas legalmente producidas dentro del proceso", y el artículo 308 de la ley 906 de 2004 establece: "El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia"

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 8 de mayo de 1997, exp 9858.

que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en sentencia absolutoria definitiva, u otra providencia con iguales efectos, debido a que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o no era constitutivo de hecho punible. El texto de esa norma era el siguiente:

“Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

Se aclara que las consideraciones que sobre la norma se hacen en esta oportunidad están limitadas al contenido del segundo aparte y además, marginadas de cualquiera otra interpretación extensiva o analógica que pudiera hacerse de la misma. Vale decir, que no se fijará el alcance del primer aparte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en tanto establece el derecho a la reparación para quien haya sido “injustamente privado de la libertad”, ni se entrará a definir si además de las causales taxativamente señaladas en la norma hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con un criterio objetivo y tampoco se referirá a los eventos de *in dubio pro reo*. Esto porque la determinación del alcance de esa disposición se circunscribirá al caso concreto, que claramente se inscribe en una de las causales de responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad.

En este orden de ideas, se señala que de manera unánime, la Sala ha adoptado el criterio conforme al cual quien hubiera sido sometido a medida de aseguramiento de detención preventiva, pero finalmente hubiera sido exonerado de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente⁴, con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó *a priori* la detención preventiva como injusta.

En otros términos, cuando en la decisión penal definitiva favorable al sindicado, el juez concluye que las pruebas que obran en el expediente le dan certeza de que el hecho no existió, o de que de haber existido, no era constitutivo de hecho punible, o de que el

⁴ A juicio de la Sala, el derecho a la indemnización por detención preventiva debe ser el mismo cuando el proceso termine no sólo por sentencia absolutoria, sino anticipadamente por preclusión de la investigación (art 443) o auto de cesación de procedimiento (art 36), por cuanto éstas son decisiones equivalentes a aquella para estos efectos. Ver, por ejemplo, sentencia de 14 de marzo y 4 de mayo de 2002, exp: 12 076 y 13.038, respectivamente, y de 2 de mayo de 2002, exp 13 449

sindicado no fue el autor del mismo, la medida de aseguramiento de detención preventiva que en razón de ese proceso se le hubiera impuesto deviene injusta y por lo tanto, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que la misma le hubiera causado, tanto al sindicato, como a todas las demás personas que demuestren haber sido afectadas con ese hecho, sin que para llegar a esa conclusión, en los precisos términos del último aparte de la norma citada, se requiera realizar ninguna otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a aquél.

3.3. La vigencia de la Ley 270 de 1996 y la aplicación del art. 414 del Decreto 2700 de 1991

El artículo 68 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece que *"Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios"*.

(...)

La Sala ha considerado que si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado en los eventos en los cuales la actuación de cualquiera de sus Ramas u órganos hubiera sido "abiertamente arbitraria", dicha disposición no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible, que son los eventos a los que se refiere el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991. Sobre este aspecto ha dicho la Sala:

"Respecto del mismo artículo, la Sala ha considerado que su interpretación no se agota en la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado por detención injusta, cuando ésta sea ilegal o arbitraria. En jurisprudencia reciente, se ha determinado que las hipótesis de responsabilidad objetiva, también por detención injusta, contempladas en el derogado artículo 414 del decreto 2700 de 1991, mantienen vigencia para resolver, de la misma forma, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones de la libertad en las cuales se haya arribado a cualquiera de los tres supuestos a los que hacía referencia la citada disposición. Es decir, que después de la entrada en vigencia de la ley 270 de 1996, cuando una persona privada de la libertad sea absuelta "porque el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible", se configura un evento de detención injusta...."⁵.

⁵ Sentencia de 2 de mayo de 2007, exp 15 463 En el mismo sentido, sentencias de 23 de abril de 2008, exp. 17.534 y de 25 de

Ahora, es cierto que el Decreto 2700 de 1991 perdió vigencia al entrar a regir la ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal-, esto es, a partir del 24 de julio de 2001⁶-, y que ni este código, ni el subsiguiente –Ley 906 de 2004- contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad. En consecuencia, en relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000 no podrá invocarse el artículo 414 como fuente normativa de la responsabilidad estatal.

Pero, la derogatoria del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 y la carencia en los subsiguientes códigos de procedimiento penal de una norma con el mismo contenido de ese artículo, no impiden deducir la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad en los mismos eventos previstos en aquél, esto es, cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible.

Esto porque la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico.

El concepto de daño antijurídico, como se ha señalado en la jurisprudencia y en la doctrina se desliga de su causación antijurídica.

Por lo tanto, aunque la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva

⁶ Mediante la ley 906 de 2004 se expidió un nuevo código de procedimiento penal, aunque la ley 600 de 2000 se continuó aplicando en relación con los delitos de que trata el numeral 3º del artículo 235 de la Constitución

la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno.

Si bien es cierto que el Estado está legitimado para privar preventivamente de la libertad a las personas que sean sometidas a una investigación penal, cuando se cumplan estrictamente los requisitos constitucional y legalmente previstos para la imposición de esa medida de aseguramiento, la persona que sufra dicha limitación tendrá derecho a que se le indemnicen los daños que con la misma se le hubieran causado, sin que se requiera realizar ninguna valoración diferente, cuando se profiere sentencia absolutoria o su equivalente, por haberse demostrado que esa persona no ha incurrido en ninguna conducta digna de reproche penal, porque en tal caso la medida devendrá injusta. En pocas palabras: quien legal pero injustamente privado de su libertad, tiene derecho a que se le indemnicen los daños que hubiere sufrido, porque en tal caso los daños causados con su detención serán antijurídicos.

En síntesis, la responsabilidad patrimonial del Estado debe ser declarada en todos aquellos casos en los cuales se dicte sentencia penal absolutoria o su equivalente, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no era constitutiva de hecho punible, con fundamento en el segundo segmento normativo del artículo 414 del decreto 2700 de 1991, cuando la decisión penal se profiera en vigencia de esa norma, esto es, cuando la sentencia penal o su equivalente se hubieran proferido durante el lapso comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, al margen de que la privación de la libertad la hubiera sufrido el sindicado aún antes de la vigencia de la norma, porque sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.

Si la sentencia penal absolutoria o la providencia equivalente se hubieran dictado con posterioridad al 24 de julio de 2001, el fundamento normativo de la decisión reparatoria lo será el artículo 90 de la Constitución, dado que los supuestos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 corresponden realmente a eventos de daño antijurídico, por tratarse de una privación injusta de la libertad, aunque causados con una conducta jurídicamente irreprochable del Estado.

Finalmente, en el evento de que se reclame la indemnización de daños consolidados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esto es, por

privaciones de la libertad sufridas con ocasión de investigaciones penales concluidas antes del 7 de julio de 1991, la decisión reparatoria deberá fundamentarse en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos- y en los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886, así como en los criterios de responsabilidad patrimonial del Estado que fueron desarrollados por la jurisprudencia en aquella época.

Es decir, que los daños sufridos por los demandantes por privación de su libertad antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991 y se expidiera el artículo 414 del Decreto 2700 de ese mismo año, son atribuibles al Estado cuando esa privación hubiera sido injusta, ilegal, o se hubiera incurrido en error judicial. Para deducir la responsabilidad deben aplicarse los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas, que la jurisprudencia había desarrollado hasta entonces (falla probada, falla presunta del servicio, daño especial, o riesgo excepcional)."

CASO CONCRETO

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas que resultan relevantes:

De los folios 135 a 263 del expediente, se encuentra acreditado el parentesco entre los demandantes que ostentan la calidad de víctimas directas de la privación de la libertad y sus respectivos núcleos familiares, compuestos por padres, hijos y hermanos.

Como complemento de la prueba anterior, el parentesco en el grado de compañera y compañero permanente se encuentran las declaraciones extraproceso militantes a folios 264 y 274.

Copia auténtica de la providencia del 25 de abril de 2003, a través de la cual la FISCALÍA SECCIONAL 47 DELEGADA ANTE LOS Juzgados Penales del Circuito de Cartagena, resolvió la situación jurídica de los actores, imponiéndoles medida de aseguramiento intramural.

Copia auténtica de la sentencia de fecha 27 de marzo de 2007, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, mediante el cual se absolvió a los señores EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ALVARO ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ,

ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ, ADALBERTO JULIO MEZA MARQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA y LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS, por el delito de Rebelión (fls. 278-295).

A folio 426 del expediente milita Oficio de fecha 19 de abril de 2011 remitido por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, en el cual informa que los señores **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSE CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA y EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ** estuvieron detenidos entre el 16 de julio de 2003 y el 19 de enero de 2004 y el señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ**, lo estuvo entre el 12 de octubre de 2006 y el 28 de marzo de 2007, ambos bajo órdenes del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena. Con relación a los señores **ÁLVARO ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ, ADALBERTO JULIO MEZA MÁRQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO y LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS** se indica que no existe registro de ingreso en establecimiento penitenciario.

Como primera medida, la Sala debe precisar que en el presente caso, según lo alegado por los actores, el daño ondula ente los regímenes de responsabilidad por el error jurisdiccional y de privación injusta de la libertad; como quiera que fueron detenidos, por haber efectuado la Fiscalía General de la nación una indebida valoración de los testimonios bajo los cuales se dictaron las ordenes de capturas en contra de los actores; finalizando el proceso penal con la absolución de los demandantes.

En ese orden, como es bien sabido, en tratándose de acciones de reparación directa, el operador judicial tiene el deber de adecuar el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, con base en los hechos que narre el actor ocasionaron el daño. En ese sentido, de los hechos descritos por los actores en libelo introductorio de la demanda, no le cabe duda a la Sala que en el presente caso la fuente del daño alegada por los demandantes se deriva de una presunta privación injusta de la libertad, tal como se lee del hecho **decimo primero** de la misma: **“En consecuencia el daño, es decir la detención de mis poderdantes**

resulta causalmente con la falla de la administración". Así mismo, del concepto de la violación consignado en la demanda se extrae lo siguiente: **"Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera, "Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la libertad de las Personas" – Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, Expediente: 16.168, de fecha 4 de diciembre de 2006."** En tal virtud, resulta claro para la Sala, que la fuente del daño alegado por los actores se deriva de la privación injusta de la libertad y, en consecuencia, el estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado se realizará en el *sub lite* a la luz del régimen de imputación por privación injusta de la libertad.

Para abundar en razones, la Sala considera que en el *sub lite*, se aportan las pruebas pertinentes para analizar el caso conforme al título de imputación por privación injusta de la libertad, bajo el entendido que el actor no realiza afirmaciones que evidencien un error jurisdiccional, como quiera que, solo se describe la forma como se desarrolló el proceso penal, y la imposibilidad de la Fiscalía General de la Nación de probar la participación de los demandantes en la comisión de los delitos que les imputaron, circunstancias que denotan de forma clara, que el daño se sustenta con base en la privación injusta de la libertad.

En ese mismo sentido se debe precaver, sin ánimos de efectuar un análisis respecto de la configuración o no en este caso de un error jurisdiccional de la administración de justicia, que no se observa *pima facie* el yerro alegado por el actor, toda vez que, los actores no efectúan acusación precisa respecto de las providencias respecto de la cuales se deriva el presunto error jurisdiccional, así como las razones del yerro de la administración, situaciones necesarias para que la Sala efectuó el respectivo análisis de las actuaciones de la administración; contrario a ello, sí se evidencia de forma clara, que los actores estuvieron privados de su libertad, situaciones que obligan a la Sala al análisis respecto de si la privación de la libertad a las que fueron sometidos, se tornó en ilegal e injusta.

Así pues, con base en las pruebas recaudadas, resulta evidente que los señores **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ y MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUES** fueron privados de la libertad, y

recuperaron su derecho gracias a lo resuelto por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena que los absolvió de toda responsabilidad, pero no se predica la mismo respecto de los señores **ÁLVARO ANTONIO SANTOS GONZALEZ, ADALBERTO JULIO MEZA MÁRQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO y LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS**, toda vez que no obra prueba de que estuvieron privados de la libertad, pese a que de igual manera fueron absueltos por el Juzgado, razón por la cual no hay lugar a reconocer indemnización por perjuicios materiales y morales, ni a ellos ni a su núcleo familiar.

La sentencia mediante el cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, absolvió a los señores **EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ALVARO ANTONIO SANTOS GONZÁLEZ, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, MANUEL DE JESUS MENDOZA MÁRQUEZ, ADALBERTO JULIO MEZA MARQUEZ, JHON EUCLIDES ANILLO CARABALLO, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA y LUIS FELIPE LEGUIA BARRIOS**, se fundamentó en lo siguiente: *"(...) De todas las afirmaciones se nota claramente que contienen imprecisiones que generan un manto de duda en cuanto a la veracidad del mismo, dudas estas que en el derecho penal siempre favorecerán a los procesados ya que si no existe un firme convencimiento para juzgar a alguien lo mejor es absolverlo como lo dispone la norma, en este caso específico el **IN DUBIO PRO REO** consagrado como principio rector del proceso penal que nos menciona que toda duda favorece al reo.."*

Teniendo en cuenta el Oficio remitido por el INPEC, se puede afirmar que la medida de aseguramiento de los señores **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSE CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA y EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ**, tuvo una duración de seis (6) meses y tres (03) días, es decir, desde el 16 de julio del 2003 al 19 de enero de 2004 y en cuanto al señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUES**, tuvo una duración de cinco (5) meses y dieciséis (16) días, es decir, desde el 12 de octubre de 2006 al 28 de marzo de 2007.

Del mismo modo aunque la Fiscalía General de la Nación argumente en su

defensa que carece de responsabilidad, toda vez que actuó en cumplimiento de un deber y en cumplimiento del procedimiento que las normas establecen, se tiene en cuenta que al tratarse en este evento del criterio de responsabilidad objetiva, le correspondía a la entidad demandada la carga de demostrar que la privación de la libertad de la que fueron objeto los demandantes, se dio como resultado de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho de terceros.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la entidad demandada se abstuvo de demostrar que la privación de la libertad de los demandantes hubiera ocurrido como consecuencia de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho de terceros, entonces la Sala concluye que en el presente caso se dan todos los presupuestos necesarios para que pueda predicarse la responsabilidad a cargo de la entidad demandada, en la medida en que la privación de la libertad de los demandantes fue una carga que éstos no estaba llamados a soportar.

Sobre la medida impuesta, considera la Sala que no tenían los demandantes el deber jurídico de soportarla, pues como se observa en las consideraciones de la sentencia de fecha 27 de marzo de 2007, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, las pruebas que los incriminaban no eran suficientes para deducir la responsabilidad de los sindicatos.

Los hechos anteriormente probados permiten concluir que, efectivamente, los señores **JOSÉ DE DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ y MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUES** fueron objeto de medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado de responsabilidad porque no existió prueba que acreditara la responsabilidad de los sindicatos en el delito de Rebelión, lo cual, como se vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos por el legislador, a partir del artículo 90 de la Constitución Política, como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

Es así como se evidencia la responsabilidad del Estado en los perjuicios causados a partir de la privación de la libertad a la que fueron sometidos los demandantes, y ello es así, por cuanto, si bien es cierto es cometido del Estado, el garantizar el mantenimiento del orden social, no lo es menos que también es su obligación

proteger a los ciudadanos en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (art. 2º C.N.), debiendo adoptar las medidas pertinentes para que la restricción de sus derechos se ajuste a las perceptivas normativas existentes para cada caso con miras a garantizar la efectividad de la medida, pues resulta un verdadero desatino mantener a los ciudadanos injustamente privados de su libertad so pretexto de cumplir una función investigativa.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa Ejército Nacional, la sala encuentra que de acuerdo a las funciones otorgadas por la Constitución Nacional y la ley a estos organismos, los cuales están encargados de contribuir a las necesidades de seguridad y tranquilidad pública mediante un efectivo servicio, fundado en la prevención, investigación y control de los delitos, generando entre los coasociados una cultura de solidaridad que permita a todos los habitantes del territorio nacional, ejercer sus derechos y libertades públicas. En desarrollo de tal misión, la Fuerza Pública debe apoyar a las autoridades judiciales en la captura de las personas sindicadas de toda clase de delitos, que no comparezcan voluntariamente a los procesos. Así mismo, la Fiscalía, es el organismo competente para investigar las posibles conductas Punibles, por lo que se absolverá de toda responsabilidad a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL.

Así las cosas, al haber sido la Fiscalía General de la Nación quien impuso la medida restrictiva de la libertad a los señores **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA y EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ**, que se prolongó en cuanto estos durante seis (6) meses y tres (3) días; y, con respecto a **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ** durante cinco (5) meses y dieciséis (16) días, por la supuesta comisión de la conducta punible de Rebelión, sin quedar plenamente comprobado que éstos hubiesen cometido dicha conducta, obligado es concluir que esa privación injusta fue la generadora de perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial causados a los demandantes, razones que determinan la consecuente obligación para la Administración de resarcir a los demandantes.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.

PERJUICIOS MATERIALES

Daño emergente: El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”. El daño emergente es entonces, la pérdida económica que se causa con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación. En otras palabras y, en consideración con el principio de reparación integral del daño consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, solamente puede indemnizarse a título de daño emergente los valores que empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho generador del daño.

En la demanda, este rubro se solicitó específicamente como lo dejado de percibir por los actores durante el lapso que permanecieron privados de la libertad; sin embargo, como es bien sabido, la inactividad laboral no genera un daño emergente si no un lucro cesante, conforme a la tipología del daño construida jurisprudencial y doctrinariamente en el Estado colombiano.

Así entonces, la Sala no accederá a lo solicitado por los actores por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, por cuanto la parte actora tenía el deber de acreditar por cualquiera de los medios de prueba dispuestos para tal propósito, su existencia.

Ahora bien, no obstante la impresión técnica del apoderado de los actores, la Sala analizará, si a los actores se les ocasionó perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, con ocasión a privación injusta de la libertad a la que se vieron sometidos; a propósito del principio de reparación integral citado anteriormente.

Lucro Cesante: Este comprende la falta de productividad que se derive del accaecimiento del hecho, como sería para el caso lo dejado de percibir por parte de los señores **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSE CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ**

CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA y EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ, en razón de la privación de su libertad, que para estos se produjo desde el 16 de julio de 2003 hasta el 19 de enero de 2004, es decir, por un término de seis (6) meses y tres (3) días = 6,1 meses; mientras que con relación al señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ**, se produjo desde el día 12 de octubre de 2006 hasta el 28 de marzo de 2007 = 5.63 meses

Al respecto, aquellos solicitaron por este concepto, que se condenara a la entidad demandada por el valor de seis millones de pesos \$6.000.000, que obtenían como producto de su desempeño en las labores de campo. Para tal propósito, en el curso del proceso se practicaron los testimonios de las señoras LOURDES CERPA ALFARO y YADIRA DE JESÚS CASTELLAR RAMOS, quienes manifiestan que las víctimas en el proceso se dedicaban a las labores del campo tales como: Siembra de tabaco, maíz yuca y otros; sin embargo, dichas declaraciones no señalan de forma precisa el monto al que ascendían los ingresos mensuales de los demandantes.

Entonces, como el apoderado de los demandantes no logró demostrar en este proceso el valor de los ingresos provenientes de las actividades comerciales a las que se dedicaban antes de su detención, debe aplicarse la regla consagrada por vía jurisprudencial para casos como el presente, según la cual ante la falta de prueba del monto de los ingresos mensuales dejados de devengar por la persona privada de su libertad durante su reclusión, se presumirá que percibía por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente, de suerte que se reconocerá por concepto de lucro cesante mensual el equivalente al salario mínimo vigente al momento de la reclusión en la Cárcel de San Sebastián de Ternera.

En ese sentido, con respecto a los señores **JOSÉ DE DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ**, fueron reclusos en la cárcel san Sebastián de Ternera el día 16 de julio del año 2003 siendo en aquel entonces el SMMLV \$ 369.500, valor éste que actualizado a la fecha de esta sentencia con base en el índice de precios al consumidor equivale a \$ 562.344, suma que resulta inferior al salario mínimo mensual legal vigente a la fecha del fallo

que es de \$589.500, por lo que se tomará éste último como base para el cálculo de la liquidación de perjuicios. A este salario se le incrementará un 25% por concepto de prestaciones sociales, toda vez que su reconocimiento opera por disposición legal. El salario base de liquidación es de \$ 589.500 y, sumándole un 25% correspondiente a prestaciones sociales, asciende a la suma de \$ 736.875.

De igual manera se aplicará lo anterior al señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ**, quien fue recluido en la Cárcel san Sebastián de ternera el día 12 de octubre de 2006, siendo el salario mínimo en aquel entonces de 408.000, que actualizado a la fecha, resulta inferior al salario mínimo de la presente anualidad.

La Sala precisa, que la liquidación de este perjuicio se efectuará de dos manera diferentes, como quiera que el tiempo de reclusión difiere respecto del señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ**.

Así entonces con relación a los señores **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA y EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ**, la indemnización por lucro cesante corresponderá, al resultado de la siguiente operación:

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$736.875

i = Interés puro o técnico: 0.004867.

n = Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la ocurrencia del hecho a la fecha en que efectivamente recupero su libertad, esto es 6.1 meses.

$$\Rightarrow S = 736.875 \frac{(1,004867)^{6.1} - 1}{0,004867} = \$ 4.551.095.96$$

0,004867

De tal manera que, a los señores antes mencionados les corresponde por

concepto de lucro cesante el valor de \$ 4.551.095.96, para cada uno de ellos.

Liquidación de lucro cesante para el señor MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUEZ.

Indemnización debida:

n

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

i

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$736.875

i = Interés puro o técnico: 0.004867.

n = Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la ocurrencia del hecho a la fecha en que efectivamente recupero su libertad, esto es 5.63 meses.

$$\Rightarrow S = 736.875 \frac{(1,004867)^{5.63} - 1}{0,004867} = \$ 4.195.625.186$$

0,004867

Así entonces, le corresponde por este concepto al señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUEZ**, la suma de \$4.195.625.18

PERJUICIOS INMATERIALES:

Daño moral: En el libelo introductor, se solicita se reconozca la suma de 100 salarios mínimos para cada uno de los demandantes (víctimas directas padres hijos y conyugues); y, la suma de 80 salarios mínimos, para los hermanos de la víctimas directas, por la tristeza, angustia, dolor, aflicción, estigmatización vivido a causa de la privación injusta de la libertad.

En este punto es necesario anotar que el daño se presume para la víctima directa de la privación injusta de la libertad, así como para sus padres, hijos, cónyuge, y hermanos.

En relación con la prueba de los daños morales, frente al tipo de responsabilidad estudiado el Consejo de Estado ha señalado⁷:

"... Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de daños morales a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999: "A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél..."

Y en otra oportunidad reiteró⁸:

"...Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor ... así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes..."

Es claro entonces, de acuerdo con lo acabado de citar, que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo no ha exigido pruebas del daño moral sufrido por las víctimas y su parientes cercanos, al partir de la acertada presunción de dar por existente el sufrimiento, desasosiego, congoja y frustración que conlleva la privación de la libertad, sea en centro de reclusión penal o domicilio, más cuando posteriormente se declara inocente al detenido.

Bajo estas orientaciones, y teniendo en cuenta la pauta jurisprudencial para el reconocimiento de los perjuicios morales dependiendo del tiempo que dure la

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar, sentencia de 14 de marzo de 2002, radicación número 25000-23-26-000-1993-9097-01(12076, Actor. Jaime Valencia Martínez y Otros, Demandado: Ministerio de Justicia y el Derecho.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente Dr. Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

privación efectiva de la libertad, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "B", mediante las sentencias del 28 de febrero de 2013, expediente No. 24622 y 5 de abril de 2013, expediente No. 21781, ha venido reconociendo tal indemnización de la siguiente forma: *"Por tal razón, tomará el tiempo que actor permaneció efectivamente privado de la libertad (9,63 meses) y lo multiplicará por 5,1 que es el número de salarios mínimos legales mensuales que en promedio la Sala ha reconocido por cada mes de detención, de donde resulta que el monto de la indemnización debida al señor José Antonio Romero Martínez es de cuarenta y nueve (49) salarios mínimos legales mensuales vigentes."*

De acuerdo con estos parámetros establecidos por el H. Consejo de Estado, el promedio del valor correspondiente a un mes de privación de libertad reconocido es de 5.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si se aplica dicho criterio temporal de cuantificación a la situación de los señores **JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSE CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA y EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ**, se tiene que el valor de la indemnización que se les debe reconocer por su perjuicio moral es de 31.11 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el período de la detención seis (06) meses y tres (3) días, y multiplicarlo por el valor del promedio indicado.

Y con relación al señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ**, la indemnización que se le debe reconocer, por su perjuicio moral es de 28.713 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el período de la detención, cinco (5) meses dieciséis (16) días y multiplicarlo por el valor del promedio 5,1.

Con relación a los familiares de cada una de las víctimas directas, se liquidará la indemnización por perjuicios morales teniendo en cuenta la intensidad sufrida por las víctimas indirectas, que por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por los directos implicados en la investigación penal, para lo cual se procederá a tasar de

la siguiente manera:

1. JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS	Víctima directa	31.11 smlr
2. MARÍA JOSÉ SEÑAS DE ÁVILA	Hija	15.55 smlr
3. DEMETRIO JOSÉ SEÑAS DE ÁVILA	Hijo	15.55 smlmv
4. VÍCTOR MANUEL SEÑAS DONADO	Padre	15.55 smlmv
5. VICTOR MANUEL SEÑAS CÁRDENAS	Hermano	7.77 smlr
6. SABAS SEGUNDO SEÑAS CARDENAS	Hermano	7.77 smlr
7. LIRIS BAUDITH SEÑAS CÁRDENAS	Hermana	7.77 smlr
8. EDUARDO CARLOS SEÑAS CARDENAS	Hermano	7.77 smlr
9. MARIA TERESA SEÑAS CÁRDENAS	Hermana	7.77 smlr
10. DEMETRIO JOSÉ SEÑAS CÁRDENAS	Hermano	7.77 smlr
11. ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA	Victima	31.11 smlr
12. FARID DANIEL SEÑAS FONSECA	Hijo	15.55 smlr
13. CARLOS ALFREDO SEÑAS CACERES	Hijo	15.55 smlr
14. LEONEL ANTONIO SEÑAS CACERES	Hijo	15.55 smlr
15. YINA MARCELA SEÑAS CACERES	Hijo	15.55 smlr
16. NORSI DEL SOCORRO RIVERA ALVIS	Madre	15.55 smlr
17. ROBINSON ANTONIO SEÑAS TORRES	Padre	15.55 smlr
18. OLGA PATRICIA SEÑAS RIVERA	Hermana	7.77 smlr
19. DAIRO DE JESÚS SEÑAS CÁRDENAS	Hermano	7.77 smlr
20. CESAR AGUSTO SEÑAS RIVERA	hermano	7.77 smlr
21. LUIS DAVID SEÑAS RIVERA	Hermano	7.77 smlr

22. NERLIS JUDITH SEÑAS RIVERA	Hermana	7.77 smlr
23. JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA	Víctima	31.11 smlr
24. RENZON JOSÉ GRACIA ARIAS	Hermano	7.77 smlmv
25. YEIS YANETH GRACIA ARIAS	hermana	7.77 smlmv
26. ERCILIA MARIA GRACIA ARIAS	Hermana	7.77 smlmv
27. EUDIS DEL CARMEN GRACIA ARIAS	Hermana	7.77 smlmv
28. JOSE DAVID GRACIA ARIAS	Hermano	7.77 smlmv
29. JOSE MARIA GRACIA BENITEZ	Padre	15.55 smlmv
30. MARIELA DEL SOCORRO ARIAS BLANCO	Madre	15.55 smlmv
31. ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ	Víctima	31.11 smlr
32. ANTONIO RAFAEL CORTEZ DE ORO	Hijo	15.55 smlr
33. LUIS ALFONSO CORTEZ TORREGROSA	Hijo	15.55 smlr
34. CRISTIAN MIGUEL CORTEZ TORREGROSA	Hijo	15.55 smlr
35. JUAN FEDERICO MARTÍNEZ BUELVAS	Padre	15.55 smlr
36. EMILCE MARÍA CORTEZ HERNÁNDEZ	Madre	15.55 smlr
37. LIBARDO ENRIQUE MARTINEZ CORTEZ	Hermano	7.77 smlr
38. BLANCA ROSA MARTÍNEZ CORTEZ	Hermana	7.77 smlr
39. DORIS MARIA MARTINEZ CORTEZ	Hermana	7.77 smlr
40. DINA LUZ MARTINEZ CORTEZ	Hermana	7.77 smlr
41. JUAN CARLOS MARTINEZ CORTEZ	hermano	7.77 smlr
42. JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES	Víctima	31.11 smlr

43. ERIKA LUZ MANJARRES YEPEZ	Hija	15.55 smlr
44. CRISTIAN JOSE MANJARRES YEPES	Hijo	15.55 smlr
45. DUVAN CAMILO MANJARRES YEPES	Hijo	15.55 smlr
46. ANDRES FELIPE MANJARRES YEPES	Hijo	15.55 smlr
47. . FELIX MANJARRES BUELVAS	Padre	15.55 smlr
48. VALENTINA ISABEL MORALES HERRERA	Madre	15.55 smlr
49. BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA	Víctima	31.11 smlr
50. JESUS DAVID HENAO PÉREZ	Hijo	15.55 smlr
51 ROSA MARIA HENAO PÉREZ	Hija	15.55 smlr
52. HECTOR MANUEL HENAO PIÑA	Hermano	7.77 smlr
53. ÁLVARO MANUEL HENAO PIÑA	Hermano	7.77 smlr
54. ALBERTO JOSE HENAO PIÑA	Hermano	7.77 smlr
55. ROSA ISABEL PIÑA AHUMADA	Madre	15.55 smlr
56. HÉCTOR MANUEL HENAO PIÑA	Padre	15.55 smlr
57. ROGER JOSÉ CARDENAS BARRIOS	Víctima	31.11 smlr
58. MARIA ALEJANDRA CARDENAS TOBIAS	Hija	15.55 smlr
59. VANESSA CAROLINA CÁRDENAS	Hija	15.55 smlr
60 MARIELA DEL SOCORRO BARRIOS FERNÁNDEZ	Madre	15.55 smlr
61 JOSE DE LOS SANTOS CÁRDENAS VARELA	Padre	15.55 smlr
62 HECTOR GENEROSO CARDENAS BARRIOS	Hermano	7.77 smlr
63 JHONY RAFAEL CARDENAS BARRIOS	Hermano	7.77 smlr

64. GOVANIS CARDENAS BARRIOS	Hermano	7.77 smlr
65. NURIS DEL SOCORRO CARDENAS BARRIOS	Hermana	7.77 smlr
66. NEIL ALFONSO CARDENAS BARRIOS	hermano	7.77 smlr
67. GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA	Víctima	31.11 smlr
68. LUIS CARLOS TORRES LAMBRAÑO	Hijo	15.55 smlr
69. YESITH RAFAEL TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
70. JAIDER MANUEL TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
71. EWIN JOSE TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
72. EDUAR RAFAEL TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
73. ALEXANDER TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
74. ALEXANDER TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
75. LETIS ESTHER TORRES TOVAR	Hija	15.55 smlr
76. FELIX ENRIQUE TORRES ARRIETA	Hermano	7.77 smlr
77. HUGO ALFONSO TORRES ARRIETA	Hermano	7.77 smlr
78. LEIDYS MARINA TORRES ARRIETA	Hermano	7.77 smlr
79. EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ	Víctima	31.11 smlr
80. YARED CAROLINA MALDONADO CARPIO,	Hija	15.55 smlr
81. HILARY MILANY MALDONADO CARPIO	Hija	15.55 smlr
82. EDGAR JULIÁN MALDONADO BARRIOS	Hijo	15.55 smlr
83. CARMEN ALICIA DÍAZ LORA	Madre	15.55 smlr

84. DINA LUZ CABALLERO ESCORCIA	Hermana	7.77 smlm
85. JORGE LUIS CABALLERO ESCORCIA	Hermana	7.77 smlm
86. CLAUDIA CABALLERO ESCORCIA	Hermana	7.77 smlm
87. MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ	Víctima	28.713 smlm
88. OSCAR WILLIAN MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlm
89. DANIRIS JUDITH MENDOZA PIMIENTA	Hija	14.35 smlmv
90. FERNEY MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlmv
91. NESTOR DANIEL MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlmv
92. MANUEL DE JESUS MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlmv
93. DANILO SANTO MENDOZA PIMIENTA	hijo	14.35 smlmv
94. NOLFER DAVID MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlmv
95. NEVIS JOHANA MENDOZA PIMIENTA	Hija	14.35 smlmv
96. FLOR MARIA MARQUEZ MONTES	Madre	14.35 smlmv
97. EZEQUIEL MENDOZA MARQUEZ	Hermano	7.17 smlm
98. FLOR MARÍA MENDOZA MARQUEZ	Hermana	7.17 smlm
99. ISABEL MARIA MENDOZA MARQUEZ	Hermana	7.17 smlm
100. GREGORIO MENDOZA MARQUEZ	Hermana	7.17 smlm

No se encuentra demostrada la calidad para actuar de las señoras **JULIA ISABEL BARRIOS MARTÍNEZ** (Compañera permanente de EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ); **SANDRA MILENA FONSECA PAYARES** (Compañera permanente de la víctima ROBINSON ANTONIO SEÑAS CARDENAS); **ANA ESTHER DE ÁVILA VEGA** (Compañera

permanente de la víctima JOSÉ DAVID SEÑAS CARDENAS); **YESENIA ESTHER CARDENAS THERAN** (Compañera permanente de la víctima ROGER JOSE CARDENAS BARRIOS); **JUDITH DEL SOCORRO TOVAR CHAMORRO** (Compañera permanente de la víctima GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA); **EMIRLEDIS CENITH PIMIENTA LOPEZ** (Compañera permanente de la víctima MANUEL DE JESUS MENDOZA MARQUES); **AIDA ROSA TORREGROSA DIAZ** (Compañera permanente de la víctima ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ); **LUZ MARINA YEPEZ DE AVILA** (Compañera permanente de la víctima JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES); **MARTHA CECILIA PÉREZ TAPIA** (Compañera permanente de la víctima BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA); debido a que solo se aportaron declaraciones extra juicio (fl. 264-274), sin acreditar mediante prueba testimonial la existencia de la unión marital de hecho, ni que dependían económicamente de sus presuntos compañeros permanentes, razón por la cual no hay lugar a reconocerles indemnización por perjuicios alguno.

Ha de recordar la Sala, que las declaraciones extrajuicios como la presente, si bien es un testimonio rendido por una de las partes, por su falta de contradicción es una prueba incompleta, por lo que se le da el carácter de sumaria, ya que carecen del lleno de las formalidades legales.

Así las cosas, no es posible darle mérito probatorio a un testimonio frente al cual la parte contra quien se aduce, no ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y de contradicción, por lo que no habiéndose ratificado dentro del proceso pierde cualquier fuerza probatoria⁹.

DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN O ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA.

⁹ Sobre la prueba testimonial recibida extraproceso sin citación y asistencia de la parte contra la cual se aduce, se advierte que ella carece por completo de eficacia probatoria cuando no ha sido ratificada en el proceso en el cual se pretende hacer valer, por el mismo testigo y previo el juramento de ley, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil, salvo que esté destinada a servir de prueba sumaria en los casos en los que la ley autoriza la aducción de este medio probatorio, como sucede comúnmente en los procesos civiles como por ejemplo el de deslinde y amojonamiento y el de disolución, nulidad y liquidación de sociedades (artículos 461, 628 del C. de P. C). Por consiguiente, como esas declaraciones fueron tomadas por fuera del presente proceso, sin la audiencia de la Nación, no fueron objeto de ratificación en este juicio y dado que la ley no las permite en esta clase de procesos, resulta claro que no pueden valorarse. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010), Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00023-00(17995), Actor: CARMEN LIZCANO PEREZ Y OTROS, Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, Referencia: ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA - APELACION SENTENCIA

Por otra parte, los actores solicitan que se condene a la entidad demanda por daños ocasionados a la familia; sin embargo, la Sala considera que dicha pretensión se encuentra relacionada con la pretensión autónoma desarrollada por el H. Consejo de Estado denominada daño a la vida de relación. Así se considera, puesto que la reparación del perjuicio a la familia no hace parte de la tipología del daño que ha establecido la corporación de cierre de la jurisdicción.

Así entonces, en antaño se entendía que, además de los perjuicios morales, la declaratoria de responsabilidad comprendía la reparación de todo daño causado al administrado que resultaba lesionado con las acciones del Estado; en esa medida, se dio acceso a la reclamación de perjuicios fisiológicos, psicológicos y a la vida en relación, todos ellos recogidos en la nueva interpretación jurisprudencial, dentro del marco de la reparación integral a que tienen derecho todos los ciudadanos que han sido afectados por la desmesurada o defectuosa actividad estatal.

En relación con el principio de reparación integral, el Consejo de Estado adoptó la denominación de “alteración a las condiciones de existencia”, para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, sostuvo¹⁰

“A partir del fallo anterior, la jurisprudencia ha entendido el daño a la vida de relación, como aquel que “rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño

¹⁰ Consejo de Estado. Sentencia del 15 de agosto de 2007. Expediente AG 2003 – 385. Magistrado Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez.

por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1º de la Constitución Política.

"En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que "para designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la expresión alteración de las condiciones de existencia, que, en principio y por lo expresado anteriormente, parecería más afortunada. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él."

"Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

"Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que "para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece" (Subrayado fuera de texto).

"Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d'existence* pueden entenderse como "una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos" o "las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral".

"El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser

plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones.

"En otras palabras, para que sea jurídicamente relevante en materia de responsabilidad estatal, el impacto respecto de las condiciones de existencia previas ha de ser grave, drástico, evidentemente extraordinario."(Destaca el Tribunal).

Visto lo anterior, la Sala negará la pretensión referente al daño a la familia, subsumida dentro del perjuicio autónomo del daño a la vida de relación, toda vez que, conforme a la jurisprudencia citada, es necesario que las partes acrediten en el curso del proceso, que sus vidas se han visto seriamente afectadas por el daño que se le ha ocasionado.

En ese orden, de la revisión del plenario la Sala verifica que parte demandante no solicitó ni aportó prueba tendiente a demostrar la afectación que sufrieron sus relaciones familiares, incumpliendo así, con el supuesto consagrado por el Art. 177 de C.C., que obliga a las partes en el proceso de probar las situaciones descritas en su demanda.

COSTAS.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponerle condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del C.C.A.

CONSULTA

En consideración a que la condena impuesta supera los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, se dispondrá que en el evento de que la presente sentencia no sea apelada se remita al H. Consejo de Estado con el objeto de que surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de Inexistencia de falla en las actividades propias de la Fiscalía General de la Nación y culpa exclusiva de la víctima, propuesta por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, de la responsabilidad endilgada por la parte actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsable por el daño antijurídico ocasionado a los demandantes como consecuencia de la privación de la libertad de los señores **JOSÉ DE DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ y MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUES.**

CUARTO: CONDENAR a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante a los señores **JOSÉ DE DAVID SEÑAS CÁRDENAS, ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA, JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA, ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ CRISTIAN MANJARES MORALES, BENJAMÍN DE JESÚS HENAO PIÑA, ROGER JOSÉ CÁRDENAS BARRIOS, GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA, EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ y MANUEL DE JESÚS MENDOZA MARQUES,** la suma de **CUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVENTA Y CINCO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 4.551.095.96),** para cada uno de ellos; y para el señor **MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ,** por el mismo concepto la suma de **CUATRO MILLONES CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS**

CON 18 CENTAVOS (\$4.195.625.18).

QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de perjuicios morales:

1. JOSÉ DAVID SEÑAS CÁRDENAS	Víctima directa	31.11 smlr
2. MARÍA JOSÉ SEÑAS DE ÁVILA	Hija	15.55 smlr
3. DEMETRIO JOSÉ SEÑAS DE ÁVILA	Hijo	15.55 smlmv
4. VÍCTOR MANUEL SEÑAS DONADO	Padre	15.55 smlmv
5. VICTOR MANUEL SEÑAS CÁRDENAS	Hermano	7.77 smlr
6. SABAS SEGUNDO SEÑAS CARDENAS	Hermano	7.77 smlr
7. LIRIS BAUDITH SEÑAS CÁRDENAS	Hermana	7.77 smlr
8. EDUARDO CARLOS SEÑAS CARDENAS	Hermano	7.77 smlr
9. MARIA TERESA SEÑAS CÁRDENAS	Hermana	7.77 smlr
10. DEMETRIO JOSÉ SEÑAS CÁRDENAS	Hermano	7.77 smlr
11. ROBINSON ANTONIO SEÑAS RIVERA	Victima	31.11 smlr
12. FARID DANIEL SEÑAS FONSECA	Hijo	15.55 smlr
13. CARLOS ALFREDO SEÑAS CACERES	Hijo	15.55 smlr
14. LEONEL ANTONIO SEÑAS CACERES	Hijo	15.55 smlr
15. YINA MARCELA SEÑAS CACERES	Hijo	15.55 smlr
16. NORSI DEL SOCORRO RIVERA ALVIS	Madre	15.55 smlr
17. ROBINSON ANTONIO SEÑAS TORRES	Padre	15.55 smlr
18. OLGA PATRICIA SEÑAS RIVERA	Hermana	7.77 smlr
19. DAIRO DE JESÚS SEÑAS CÁRDENAS	Hermano	7.77 smlr

20. CESAR AGUSTO SEÑAS RIVERA	hermano	7.77 smlm
21. LUIS DAVID SEÑAS RIVERA	Hermano	7.77 smlm
22. NERLIS JUDITH SEÑAS RIVERA	Hermana	7.77 smlm
23. JOSÉ DE LOS SANTOS GRACIA RIVERA	Víctima	31.11 smlm
24. RENZON JOSÉ GRACIA ARIAS	Hermano	7.77 smlmv
25. YEIS YANETH GRACIA ARIAS	hermana	7.77 smlmv
26. ERCILIA MARIA GRACIA ARIAS	Hermana	7.77 smlmv
27. EUDIS DEL CARMEN GRACIA ARIAS	Hermana	7.77 smlmv
28. JOSE DAVID GRACIA ARIAS	Hermano	7.77 smlmv
29. JOSE MARIA GRACIA BENITEZ	Padre	15.55 smlmv
30. MARIELA DEL SOCORRO ARIAS BLANCO	Madre	15.55 smlmv
31 ANTONIO MIGUEL CORTEZ HERNÁNDEZ	Víctima	31.11 smlm
32. ANTONIO RAFAEL CORTEZ DE ORO	Hijo	15.55 smlm
33 LUIS ALFONSO CORTEZ TORREGROSA	Hijo	15.55 smlm
34. CRISTIAN MIGUEL CORTEZ TORREGROSA	Hijo	15.55 smlm
35. JUAN FEDERICO MARTÍNEZ BUELVAS	Padre	15.55 smlm
36 EMILCE MARÍA CORTEZ HERNÁNDEZ	Madre	15.55 smlm
37 LIBARDO ENRIQUE MARTINEZ CORTEZ	Hermano	7.77 smlm
38 BLANCA ROSA MARTÍNEZ CORTEZ	Hermana	7.77 smlm
39 DORIS MARIA MARTINEZ CORTEZ	Hermana	7.77 smlm
40 DINA LUZ MARTINEZ CORTEZ	Hermana	7.77 smlm

41 JUAN CARLOS MARTINEZ CORTEZ	hermano	7.77 smlr
42. JOSE CRISTIAN MANJARRES MORALES	Víctima	31.11 smlr
43. ERIKA LUZ MANJARRES YEPEZ	Hija	15.55 smlr
44. CRISTIAN JOSE MANJARRES YEPES	Hijo	15.55 smlr
45. DUVAN CAMILO MANJARRES YEPES	Hijo	15.55 smlr
46. ANDRES FELIPE MANJARRES YEPES	Hijo	15.55 smlr
47. . FELIX MANJARRES BUELVAS	Padre	15.55 smlr
48 VALENTINA ISABEL MORALES HERRERA	Madre	15.55 smlr
49. BENJAMIN DE JESUS HENAO PIÑA	Víctima	31.11 smlr
50. JESUS DAVID HENAO PÉREZ	Hijo	15.55 smlr
51. ROSA MARIA HENAO PÉREZ	Hija	15.55 smlr
52. HECTOR MANUEL HENAO PIÑA	Hermano	7.77 smlr
53. ÁLVARO MANUEL HENAO PIÑA	Hermano	7.77 smlr
54. ALBERTO JOSE HENAO PIÑA	Hermano	7.77 smlr
55. ROSA ISABEL PIÑA AHUMADA	Madre	15.55 smlr
56. HÉCTOR MANUEL HENAO PIÑA	Padre	15.55 smlr
57. ROGER JOSÉ CARDENAS BARRIOS	Víctima	31.11 smlr
58. MARIA ALEJANDRA CARDENAS TOBIAS	Hija	15.55 smlr
59. VANESSA CAROLINA CÁRDENAS	Hija	15.55 smlr
60 MARIELA DEL SOCORRO BARRIOS FERNÁNDEZ	Madre	15.55 smlr
61 JOSE DE LOS SANTOS CÁRDENAS VARELA	Padre	15.55 smlr

62. HECTOR GENEROSO CARDENAS BARRIOS	Hermano	7.77 smlr
63. JHONY RAFAEL CARDENAS BARRIOS	Hermano	7.77 smlr
64. GOVANIS CARDENAS BARRIOS	Hermano	7.77 smlr
65. NURIS DEL SOCORRO CARDENAS BARRIOS	Hermana	7.77 smlr
66. NEIL ALFONSO CARDENAS BARRIOS	hermano	7.77 smlr
67. GREGORIO RAFAEL TORRES ARRIETA	Víctima	31.11 smlr
68. LUIS CARLOS TORRES LAMBRAÑO	Hijo	15.55 smlr
69. YESITH RAFAEL TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
70. JAIDER MANUEL TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
71. EWIN JOSE TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
72. EDUAR RAFAEL TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
73. ALEXANDER TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
74. ALEXANDER TORRES TOVAR	Hijo	15.55 smlr
75. LETIS ESTHER TORRES TOVAR	Hija	15.55 smlr
76. FELIX ENRIQUE TORRES ARRIETA	Hermano	7.77 smlr
77. HUGO ALFONSO TORRES ARRIETA	Hermano	7.77 smlr
78. LEIDYS MARINA TORRES ARRIETA	Hermano	7.77 smlr
79. EDGAR ALEXANDER MALDONADO DÍAZ	Víctima	31.11 smlr
80. YARED CAROLINA MALDONADO CARPIO,	Hija	15.55 smlr
81. HILARY MILANY MALDONADO CARPIO	Hija	15.55 smlr

82. EDGAR JULIÁN MALDONADO BARRIOS	Hijo	15.55 smlr
83. CARMEN ALICIA DÍAZ LORA	Madre	15.55 smlr
84. DINA LUZ CABALLERO ESCORCIA	Hermana	7.77 smlr
85. JORGE LUIS CABALLERO ESCORCIA	Hermana	7.77 smlr
86. CLAUDIA CABALLERO ESCORCIA	Hermana	7.77 smlr
87. MANUEL DE JESÚS MENDOZA MÁRQUEZ	Víctima	28.713 sml
88. OSCAR WILLIAN MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlr
89 DANIRIS JUDITH MENDOZA PIMIENTA	Hija	14.35 smlmv
90 FERNEY MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlmv
91 NESTOR DANIEL MENDOZA PIMIENTTA	Hijo	14.35 smlmv
92 MANUEL DE JESUS MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlmv
93. DANILO SANTO MENDOZA PIMIENTA	hijo	14.35 smlmv
94. NOLFER DAVID MENDOZA PIMIENTA	Hijo	14.35 smlmv
95. NEVIS JOHANA MENDOZA PIMIENTA	Hija	14.35 smlmv
96. FLOR MARIA MARQUEZ MONTES	Madre	14.35 smlmv
97. EZEQUIEL MENDOZA MARQUEZ	Hermano	7.17 smlr
98. FLOR MARÍA MENDOZA MARQUEZ	Hermana	7.17 smlr
99. ISABEL MARIA MENDOZA MARQUEZ	Hermana .	7.17 smlr
100. GREGORIO MENDOZA MARQUEZ	Hermana	7.17 smlr

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A, atendiendo los términos de la sentencia C-188 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

OCTAVO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

NOVENO: Si no fuese apelada la presente providencia, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, en consideración al monto de la condena impuesta, consúltese esta sentencia ante el H. Consejo de Estado.

DECIMO: En firme ésta providencia, por Secretaría **COMUNÍQUESE** a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A.

UNDÉCIMO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar es la primera que presta mérito ejecutivo.

DECIMO SEGUNDO: Una vez en firme esta providencia, **PROCÉDASE** al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

FAB **AUSENTE CON PERMISO**



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



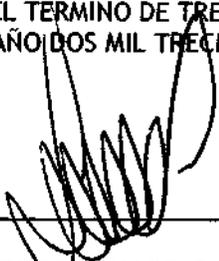
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1350
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: VICTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2008-00544-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISIÓN No 004

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

SENTENCIA No 3 0 0 72033

1º Instancia

Tema: Riesgo excepcional- Lesión con Arma de dotación oficial

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Clase de Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicado N°: 13-001-23-31-000-2008-00544-00
Accionante: VICTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO
Accionado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de Reparación Directa instaurado a través de apoderado judicial, por VICTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

En la demanda se solicitan las siguientes

PRETENSIONES

“PRIMERO. LA NACION - MINISTERIO DE LA DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y

morales causados a al (sic) señor VICTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO el cual fue afectado dada la evidente FALLA EN EL SERVICIO, de la demandada ya que sus agentes en una persecución dispararon sus armas de dotación oficial de manera indiscriminada resultando herido en el abdomen el hoy demandante.

SEGUNDA. Condenar en consecuencia a LA NACION - MINISTERIO DE LA DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL, como reparación del daño ocasionado, a pagar los perjuicios de orden material y moral objetivados y subjetivados actuales y futuros los cuales se estiman como mínimo en la suma de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS. (\$155.527.560). Conforme a lo que resulte probado dentro del proceso o en su defecto en forma genérica o se regule de conformidad con el con el (sic) procedimiento estatuido en el articulo (sic) 306 del código de procedimiento civil.

(...)"

LOS HECHOS

Los hechos relevantes se resumen de la siguiente manera:

Afirma que el señor VICTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO, cumplía actividades como metalmecánica D NIVEL D, categoría 7 en la empresa DIMECAR LTDA &INGENIEROS ASOCIADOS, en la ciudad de Cartagena.

Señala que el día 20 de febrero de 2008, cuando se encontraba saliendo en compañía del señor Rafael Manga del SAI multiservicios Zaragocilla, se presentó una persecución de los uniformados Patrulleros DAZA FUENTES RAFAEL y CARRILLO HOYOS JHON, pertenecientes a la Policía Nacional y adscritos al CAI DE LA PIEDRA DE BOLIVAR, quienes se movilizaban en la moto de placa 42-617, asignada a dicho CAI, disparando en forma indiscriminada recibiendo el señor VICTOR CEDEÑO REBOLLEDO una herida de bala en el abdomen que lo tuvieron al borde de la muerte.

Manifiesta que el actor fue primeramente atendido en el Hospital Universitario del Caribe y luego trasladado a la Clínica San Juan de Dios donde estuvo por varios días en cuidados intensivos debido al delicado estado de salud.

Señala que es evidente la falla en el servicio por parte de los miembros de la Policía Nacional, ya que para el uso de las armas se tienen unos parámetros que cumplir, tales como que sea estrictamente necesario, en una medida extrema y que sea proporcional a la situación planteada.

Como perjuicios materiales, afirma que el señor VICTOR CEDEÑO tenía una edad de 54 años al momento de ser herido de gravedad, por lo que solicita que se le reconozca el valor del salario mínimo vigente que ganaba como metalmecánica D NIVEL D, categoría 7 en la empresa DIMECAR LTDA & INGENIEROS ASOCIADOS para un total de \$155.527.560.

Como perjuicios morales solicita que se le reconozca la suma de 1000 smlmv, por la tristeza, la congoja, el dolor, que no les ha permitido disfrutar de una existencia plena y placentera.

En cuanto al perjuicio por daño a la vida de relación, afirma que el actor antes de recibir el disparo por parte de los agentes del Estado, era una persona alegre, practicaba con frecuencia actividades deportivas, recreativas, las cuales ya no realiza con la misma agilidad y destreza que antes, ya que las pocas que realiza requieren de un esfuerzo excesivo, por lo que solicita que se le reconozca la suma equivalente a 1000 smlmv.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida el 11 de diciembre de 2008 (Fl. 19).
- ✓ El proceso se fijó en lista del 27 de mayo al 9 de junio de 2009 (fl. 19 rev).
- ✓ Con escrito de fecha 8 de junio de 2009, La Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional, mediante apoderada judicial contestó la demanda en tiempo. (fl. 26-30)

B. LA CONTESTACIÓN

La apoderada del Ministerio de Defensa- Policía Nacional, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que a la parte actora le resulta muy cómodo sostener que las supuestas lesiones sufridas por el señor VICTOR CEDENO, fueron producidas por miembros de la Institución, sin aportar mayores pruebas para fundamentar tal acusación, pues debe tenerse en cuenta que los delincuentes con los cuales se enfrentaron los agentes del orden también se encontraban armados, e hicieron uso de las armas de fuego que traían consigo.

Señala que así mismo, tampoco existe prueba que las lesiones del antes mencionado, fueran producto del fuego cruzado entre los uniformados y los delincuentes, pues a la demanda no se aportó copia de las investigaciones de tipo penal y/o disciplinaria adelantadas por tales hechos.

Afirma que la reacción armada de la patrulla policial que atendió el caso, se debió a que el señor PEDRO MANUEL PIMIENTA también se encontraba armado, y al notar la presencia de los uniformados, abrió fuego en contra de los uniformados, en aras de evitar una requisa que previamente se le había solicitado, de manera que el ataque del mencionado ciudadano fue lo que motivó la reacción de los uniformados de utilizar sus armas de dotación oficial para defender su propia integridad física, ya que es perfectamente válido que tomen como peligroso a un individuo que se encuentra armado y huyendo del accionar policial.

Agrega que no puede ser reprochable que los uniformados hayan utilizado sus armas para repeler la agresión de la cual eran sujetos, pues además de encontrarse cumpliendo un deber legal, estaban legitimados para hacerlo de acuerdo con lo estipulado en el artículo 29 del Código Nacional de Policía y demás normas concordantes, que autoriza a los funcionarios de la policía emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha dieciocho (18) de noviembre de dos mil nueve (2009), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A. se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl. 36-38).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha diez (10) de mayo de 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente.

En esta oportunidad las partes en litigio alegaron de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandante: Sostiene que el fin buscado por la Policía Nacional es prevenir la comisión de un hecho punible, o detener al infractor, una desviación en la finalidad podría conducir al uso desmedido del poder.

Afirma que en este caso concreto los policiales, patrulleros Jhon Tailor Carrillo y Rafael Daza Puentes, venían en persecución de los presuntos infractores, se los alcanzaron en el barrio Zaragocilla calle San Luis con tercera calle esquina, dispararon sus armas de manera indiscriminada impactando al actor en el abdomen causándole una herida que lo tuvo al borde de la muerte y que todavía está en malas condiciones de salud, hubo un exceso de poder, porque el uso de armas tiene unos requisitos específicos.

Alegatos de la parte demandada: Afirma que la parte actora no ha probado que el disparo haya salido de las armas de dotación oficial, debiendo estar acreditado el instrumento generador del daño, pues es un principio de derecho probatorio que para que sea posible la declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, debe acreditarse plenamente a través de la litis la existencia de un hecho generador de la falla del servicio.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 132 numeral 6° del Código Contencioso Administrativo.

CADUCIDAD

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que el hecho que origina la demanda, esto es la lesión del señor VICTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO, tuvo ocurrencia el 20 de febrero de 2008 y la demanda fue presentada el 16 de octubre de 2008, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver en el asunto de la referencia, se contrae a establecer si la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL, es administrativamente responsable por la lesión sufrida por el señor VICTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO, ocurrida el día 20 de febrero de 2008, en momentos en

que Patrulleros de la Policía Nacional accionaron su arma de dotación oficial en actos propios del servicio.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene su fundamento normativo superior en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone:

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

De acuerdo con lo anterior, para que la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en cualquiera de sus niveles, sea procedente, es imprescindible que pueda imputársele un daño antijurídico, ocasionado como resultado de la acción u omisión de alguna o algunas de las obligaciones a su cargo.

Ahora bien, tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de daños antijurídicos causados con armas de fuego -, el Consejo de Estado ha aplicado como títulos de imputación principalmente, el régimen de falla del servicio presunta y el de riesgo excepcional¹, siendo este último el de uso más reciente. Al respecto, sostuvo esa Corporación²:

"[...] Sobre responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por el ejercicio de actividades peligrosas (armas de fuego, conducción de vehículos automotores, redes de energía eléctrica), la Sala ha aplicado diversos títulos jurídicos en el estudio de la responsabilidad patrimonial: últimamente, la Sala ha recalificado el régimen de responsabilidad de "presunción de responsabilidad" ... por cuanto todos los elementos de la responsabilidad – hecho, daño y relación causal – deben ser probados; así, en cuanto al hecho dañador, al demandante le basta demostrar la ocurrencia

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente. Enrique Gil Botero. Diez (10) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 50001-23-31-000-1999-04553-01(18311).

² CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 11 de noviembre de 2009, Exp. 17927, C.P. (E); Mauricio Fajardo Gómez. *"En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial. sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración, para exonerarse de responsabilidad, deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero."* Resalta la Sala.

del hecho, no tiene que probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, cosa que sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; y por esto mismo, el demandado no puede contraprobar el hecho, demostrando su diligencia y su cuidado. En cuanto al daño: el actor tiene que representar en el juicio la existencia de un daño que reúna las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga sobre una situación de acto o de hecho, o que esté protegida jurídicamente. En cuanto al nexo de causalidad: también el actor debe demostrarlo, con prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera la causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del Juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el adecuado nexo de causalidad. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismos y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. El demandado para exonerarse podrá probar causa extraña: o por hechos exclusivos de la víctima o del tercero o por fuerza mayor...".³

Conforme a lo expuesto, para que la responsabilidad extracontractual opere, con base en el título jurídico objetivo de imputación consistente en el riesgo excepcional, derivado de la utilización de armas, es imperativo que confluya un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado –o determinable–, que se inflige a uno o a varios individuos, la utilización, por parte de un agente de alguna entidad pública, en ejercicio de sus funciones, de un arma de dotación oficial, y de una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la utilización del artefacto peligroso antes mencionado, pues éste último elemento –el empleo de un elemento peligroso– hace, en principio, jurídicamente imputable la responsabilidad de reparar los daños causados a la entidad demandada, salvo en los casos en los cuales ésta consiga acreditar la configuración de una eximente de responsabilidad.

El riesgo excepcional es un régimen de responsabilidad objetivo, en el cual ésta surge de la sola constatación de la existencia del daño antifijurídico y su nexo causal con el servicio, independientemente de la calificación de la actuación

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente. ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 15001-23-31-000-1995-05748-01 (18756) Y Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2004, Ponente: María Elena Giraldo Gómez Rad. 76001-23-31-000-1994-00069-01 (14338). Actor: Rafael Antonio Artunduaga Bastos y otros. Demandado: Nación – Mindefensa – Policía Nacional.

del agente estatal como legal o ilegal, la cual resulta irrelevante para efectos de la imputación de responsabilidad a la entidad estatal, que tan solo podrá exonerarse de la misma mediante la comprobación de una causa extraña que rompa el nexo causal, como la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Ahora bien, en los eventos en los que se involucran armas de fuego de dotación y de uso oficial, al actor le basta demostrar el daño y la relación de causalidad entre éste y el actuar de la administración, para que se abra paso la declaratoria de responsabilidad, pudiéndose exonerar esta última si acredita la ocurrencia de fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, caso en el cual se pregona que quien tiene la guarda de la cosa debe responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado.

Sin embargo, lo anterior no obsta para que la Sala declare, si hay lugar a ello, la configuración de una falla en la prestación del servicio en el caso de encontrarla acreditada, siempre que no exista como eximente de responsabilidad una causa extraña.

Cabe resaltar que sobre el uso de armas de dotación oficial la jurisprudencia ha distinguido situaciones en que todavía puede predicarse el régimen de la falla en el servicio, aunque en la actualidad el primero aplicable es el de la responsabilidad por riesgo excepcional⁴, evento en el cual sólo basta demostrar el daño y la relación de causalidad, cuando en actos de servicio, con armas de dotación oficial y en cumplimiento de deberes oficiales se producen lesiones, muerte o daños a bienes, sin embargo, si los agentes del

⁴ Consejo de estado, Sala de lo contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia de febrero 11 de 2009, Exp. No. 17318, C.P. Ruth Stella Correa Palacio: "(...) Como la muerte de Nelson Carvajal Palacio se produjo con arma de fuego, para decidir la responsabilidad del Estado debe tenerse en cuenta que el último criterio jurisprudencial relacionado con el título de imputación, bajo el cual deben ser decididas las demandas interpuestas con el fin de obtener la reparación de los daños causados en ejercicio de actividades peligrosas, es el de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, de acuerdo con el cual al demandante le basta acreditar que la actividad peligrosa fue la causa del daño cuya reparación solicita, en tanto que la entidad para exonerarse, deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor. Esto siempre que no se invoque en la demanda el régimen de falla del servicio, caso en el cual se entra a estudiar la responsabilidad bajo ese título de imputación porque de un lado ese criterio de imputación es aplicable aún tratándose de daños causados con ocasión de actividades peligrosas, y por otra parte, se cumple con la función consustancial a la jurisprudencia contencioso administrativa de identificar las falencias que se presentan en el ejercicio de la actividad administrativa, con el propósito de que: (i) la definición para un caso concreto se convierta en advertencia para la administración con el fin de que ésta procure evitar la reiteración de conductas anormales y (ii) esa decisión sirva para trazar políticas públicas en materia de administración."

orden pese a usar las armas oficiales o incluso en servicio activo están incumpliendo su legítimo deber, los daños ocasionados lo serán por una falla en el servicio⁵.

En cuanto al régimen de falla del servicio, el H. Consejo de Estado, de tiempo atrás, ha dicho que ésta ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual.⁶

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

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 23 de 2008. Exp. No. 16525. C.P. Mauricio Fajardo Gómez: (. .) En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración. realizado en desarrollo de una actividad riesgosa (..)Tal como ya se ha destacado, las declaraciones del agente que le disparó al señor De Luque no tienen respaldo probatorio en este proceso, pues no se allegó elemento de juicio alguno que permita establecer que la víctima disparó su arma en contra de los agentes de Policía, antes de que éstos lo atacaran. Reitera y resalta la Sala que en el presente caso la alegada configuración de un eximente de responsabilidad se apoya en pruebas insuficientes que se limitan a señalar que el sujeto se encontraba armado y que minutos antes de encontrarse con los agentes de Policía había sido accionada su arma. por él mismo, en otro lugar, circunstancias que no permiten establecer directamente o por vía de indicios que el occiso hubiere disparado contra los agentes de Policía y que esa hubiere sido la razón determinante para que aquellos reaccionaran disparándole.

En este orden de ideas se tiene que los agentes dicen que atacaron y causaron la muerte al señor Alvaro Rafael De Luque porque lo encontraron sospechoso, sin embargo no hay prueba alguna que indique cuáles fueron las razones que hacían aparecer al occiso como una persona sospechosa porque todo indica que éste iba caminando cuando fue abatido por los agentes sin justificación alguna y que sólo cuando éste resultó muerto los agentes tuvieron conocimiento de que se trataba de la misma persona que minutos antes había herido a un soldado del Ejército. Además, como se anotó, si bien el sujeto estaba armado cuando se encontró con los agentes de Policía las pruebas no permiten establecer, en modo alguno, que el arma hubiere sido utilizada por el hoy occiso para atacar a los agentes del orden.

En esta línea resulta forzoso concluir que en este caso se configuró una falla en el servicio pues los agentes de Policía causaron la muerte de Alvaro Rafael De Luque con sus armas de dotación y estando en servicio activo, no obstante lo cual el hecho estuvo alejado del cumplimiento de sus deberes oficiales y de estarlo se produjo por una falla en el servicio, pues según el análisis realizado los agentes dispararon indiscriminadamente contra el sujeto causándole la muerte "

⁶ Sección Tercera, sentencia del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163.

capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.”⁷

Ciertamente, la jurisprudencia del alto Tribunal ha señalado que, tratándose de la producción de daños originados en el despliegue –por parte de la entidad pública o de sus agentes– de actividades peligrosas, lo cual ocurre cuando se utilizan armas de diversas clases, como las de fuego, es aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de la actividad el que quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado⁸; asimismo, en cuanto al reparto de la carga de la prueba que tiene lugar en litigios en los cuales el aludido sea el asunto objeto de controversia, se ha advertido, en forma reiterada, que

“[A]l actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”.⁹

Así las cosas se tiene que el régimen de responsabilidad, según se desprende de los hechos de la demanda cabría analizar el presente caso bajo el título de imputación de riesgo excepcional, teniendo en cuenta a) que en la ejecución del hecho intervino dos miembros de la Policía Nacional, b) porque se hizo uso de arma y munición de dotación oficial y, e) que el uso o guarda de armas de fuego se constituye en actividad riesgosa.

EL CASO CONCRETO.

Según se dejó indicado, el sustento fáctico de las pretensiones de la demanda se encamina a señalar que el día 20 de febrero de 2008, dos agentes de la Policía Nacional lesionaron al señor VÍCTOR SENEN CEDEÑO REBOLLEDO al propinarle injustificadamente un disparo con su arma de dotación oficial.

⁷ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

⁸ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enriquez, expediente 15473; sentencia del 4 de diciembre de 2.007, exp. 16.827.

⁹ Sentencia de 14 de junio de 2001, exp. 12.696; Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enriquez; sentencia de abril 27 de 2006, exp 27.520; Consejero Ponente. Alier E. Hernández Enriquez

Por lo tanto, procederá esta Sala de decisión a determinar cada uno de los elementos de la responsabilidad del estado, a fin de dilucidar la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, por la lesión sufrida por el señor Víctor Cedeño Revolledo.

El Daño.

El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991¹⁰ hasta épocas más recientes¹¹, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración¹².

Pues bien de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario se encuentra demostrado que el señor Víctor Cedeño Revolledo sufrió lesiones producidas por un proyectil de arma de fuego. Sobre el particular, obra el Informe Técnico Médico Legal de Lesiones no Fatales emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Bolívar, practicado el 18 de diciembre de 2008, al señor VICTOR SENEN CEDEÑO, en el cual se dejó consignada la siguiente información (fl. 477 C.P.1):

"PRESENTA: cicatriz ostensible hipertrófica que corresponde a laparotomía exploratoria, la cual abarca toda la parte frontal del abdomen con un área de 25 por 10 cms, refiere hacer normalmente sus deposiciones, no refiere alteraciones gástricas.

CONCLUSION: MECANISMO CAUSAL: Proyectil Arma de Fuego. Incapacidad médico legal: DEFINITIVA. CUARENTA (40) DIAS.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

A folios 121 al 150 del cuaderno de pruebas No. 1 milita historia clínica del señor VICTOR CEDEÑO, dentro de la cual obra el informe por atención de urgencias de fecha 20 de febrero de 2002, elaborada por el Hospital Universitario del Caribe, en la cual se señaló:

"Hora de entrada 07:43, (...) Ingresa paciente con herida en abdomen por arma de fuego de aprox. 30 minutos originado por encuentro con policías.

Se realiza laparotomía y se encuentra lesión de cava con hemoperitoneo masivo (3000 cc), lesión meso del transverso con compromiso vascular, hematoma retroperitoneal con lesión (estallido) de cava a la altura de L4, se encuentra cuerpo extraño (proyectil) de calibre aparentemente 38 (...)"

A folios 151 al 282 del cuaderno de pruebas 1, reposa historia clínica del señor VICTOR SENEN CEDEÑO, remitida por la Clínica Universitaria San Juan de Dios, en el que se informa que el paciente es procedente del Hospital Universitario del Caribe (quirófano) con herida de arma de fuego en abdomen, en mal estado.

A folios 57 y 58 del cuaderno principal, se encuentra Informe de Novedad de fecha 20 de febrero de 2008 dirigido al Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena, suscrito por el Comandante CAI Piedra Bolívar, Intendente Reinaldo Rafael Ramos Watss en el cual dejó consignado:

*"Respetuosamente me permito informar a mi Coronel la novedad presentada el día 20-02-2008 donde se presentó la novedad con los señores Patrulleros DASA FUENTES RAFAEL Y Patrullero CARRILLO HOYOS JHON, adscritos al CAI PIEDRA BOLÍVAR, quienes durante el turno de vigilancia dieron de baja a un sujeto que respondía al nombre de PEDRO MANUEL VALDEZ PIMIENTA momentos en que fueron atacados por este con el arma de fuego tipo Revolver Marca SMIT WESSON, No. 0687784.
(...)"*

Los policiales en mención se encontraban realizando patrullaje en el sector de Escallon Villa, utilizando la motocicleta de siglas 42-617 asignada al CAI PIEDRA BOLIVAR y portando el señor patrullero DASA FUENTES RAFAEL, el revolver (sic) marca ROGER No. 15094 y el patrullero Carrillo Hoyos Jhon portando el revolver (sic), marca SMIT WASSON CON EL No. 41957 con el fin de controlar los diferentes tipos de delitos que se puedan presentar en la jurisdicción. Siendo las 19:30 horas observaron el desplazamiento de una motocicleta de color roja donde se transportaban dos personas donde el tripulante tenía una actitud sospechosa motivo por el cual efectuaron seguimiento siendo interceptados en la calle San Luis Barrio Escallon villa donde al solicitarles que detuvieran la motocicleta para realizar una requisa

la actitud que tomó el tripulante de la motocicleta fue el de efectuar disparos en contra del personal uniformado motivo por el cual se realizaron varios intercambios de proyectiles de arma de fuego, resultando herido el señor patrullero Carrillo Hoyos Jon (sic) en el dedo meñique de la mano izquierda, atendido en el Hospital Universitario y posteriormente trasladado a la clínica Blas de LEZO (sic) y el señor PEDRO MANUEL VALDES PIMIENTA quien disparó en repetidas ocasiones contra la integridad de los uniformados utilizando el arma de fuego Tipo Revolver (sic), marca Smith Wesson calibre 38 largo con número de identificación 0687784, y trasladado al hospital (sic) Universitario de Cartagena donde falleció debido a la gravedad de las heridas.

En este mismo hecho resultaron heridas (sic) los ciudadanos que responden a los nombres de: VICTOR CEDEÑO REVOLLEDO, identificado con la Cedula (sic) de Ciudadanía 9.086.310, edad 53 años, quien presenta heridas con arma de fuego a la altura del abdomen y el ciudadano OSWALDO MENDEZ RUIZ ..., quien presenta herida con arma de fuego a la altura del brazo izquierdo, siendo atendidos de urgencias en El Hospital Universitario de Cartagena."

De conformidad con todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que el señor VICTOR SENEN CEDEÑO sufrió una lesión como consecuencia de un impacto por arma de fuego, el día 20 de febrero de 2008.

De esta manera se encuentra acreditado el primer elemento de la responsabilidad.

La imputación

Establecida la existencia del daño sufrido por el demandante, que constituye el primero de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso verificar el segundo: la imputación de ese daño al Estado.

El art. 90, inc. 1º de la Carta Política, exige -en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado-, que los daños antijurídicos sean "causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", con lo cual se refiere al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica.

De allí que elemento indispensable -aunque no siempre suficiente- para la imputación, es el **nexo causal** entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero.

En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexos con él.

Así las cosas, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos en los cuales resultó lesionado señor VÍCTOR CEDEÑO REVOLLEDO, obra en el plenario copia auténtica del proceso penal radicado bajo el número 2756, remitido por el Juzgado 103 de Instrucción Penal Militar del Ministerio de Defensa Nacional (cuaderno de pruebas 1).

En relación al anterior expediente se advierte, que el mismo fue allegado a solicitud de la parte actora y demandada.

El tema de la prueba trasladada en el proceso Contencioso Administrativo¹³, adquiere una mayor importancia como en el caso en estudio, puesto que muchas de las pruebas trascendentales aportadas provienen precisamente de la investigación Penal en mención; acudiéndose de esta manera a las normas de Procedimiento Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del Código Contencioso administrativo.

En el caso que nos ocupa, las pruebas que se encuentran en la Investigación Penal han sido válidamente practicadas dentro de dicho proceso, las copias fueron enviadas a petición de las partes, por la autoridad competente,

¹³ *La Sala valorará las pruebas practicadas en el proceso aludido, inclusive los testimonios allí recibidos, teniendo en cuenta que su traslado fue solicitado por la parte demandante y que a su petición se adhirió el Municipio de Medellín, al contestar la demanda. En efecto, esta Sección ha expresado, en otras ocasiones, que, en los eventos en que el traslado de los testimonios rendidos dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificados en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su admisión.* Consejo de Estado, Sección Tercera - Sentencia de 21 de Febrero de Dos Mil Dos (2002) Rad (12789) M. P. Alir Eduardo Hernández Enriquez

Por otro lado, el Mismo Consejo de Estado en Sección Tercera, Sentencia del Veinte Uno (21) de Abril del Dos Mil Cuatro (2004), Radicación No. 19001-23-31-000-1995-02006-01(13607) MP. Dr. German Rodríguez Villamizar afirmó:

"En punto a la posibilidad de trasladar las pruebas, cualesquiera que sean, practicadas en otro proceso, la misma se encuentra autorizada por el artículo 185 del Estatuto Procesal Civil, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

1 *Que hayan sido válidamente practicadas*

2 *Que se trasladen en copia auténtica*

3 *Que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella "*

notándose la autenticidad de las pruebas, practicándose las mismas en presencia y con funciones de la parte demandada, es decir, específicamente, con participación de la Nación, representado por la Policía Nacional. En Conclusión, es procedente la valoración de las pruebas trasladadas que en lo relevante obran en el expediente las siguientes:

- Informe de Campo de fecha 17 de abril de 2008, suscrito por el servidor de la Policía Judicial CTI Adrian Blanco Venecia dirigido al Fiscal Seccional No. 35 de Cartagena dentro del proceso penal No. 2008-00533, en el cual expresa que *"sobre la orden de realizar entrevistas a los lesionados de estos hechos, y revisados los datos en los actos urgentes sobre las personas que resultaron víctimas en estos hechos, que fueron tres personas, dos civiles y un policía uniformado, donde se ubicó primeramente al señor Víctor Senen Cedeño Revolledo, quien según se registro fue herido con proyectil de arma de fuego, durante los hechos materia de investigación, se ubicó la dirección de este ciudadano, ..., hasta donde llegué el día 25 de marzo del presente año, donde se me informó que el citado testigo se encontraba en estado convaleciente de recuperación, pero logre ser atendido y luego de que el citado se identifico (sic) plenamente ..., y explicarle el objeto de la diligencia, se procedió a llevar a cabo la diligencia de entrevista, y se diligenció el Formato de Entrevista -FPJ 14- en la misma fecha, ..., este manifestó que el día 2 de febrero, legó (sic) de su trabajo de ECOPETROL como a las 18:30 horas, cenó y luego salió para el SAI de la Calle San Luis de Zaragocilla a hacer una llamada, el estaba hablando dentro del SAI, vio que había una gente amontonada y vio cuando unos Policías forcejeaban con un muchacho, el siguió caminando, para irse, en eso escuchó un disparo, el reacciona y se llevó las manos al abdomen y vio sangre y siguió caminando pidiendo ayuda y perdió el conocimiento y ya no supo mas. Solo supo unos días después del hecho que unos vecinos lo socorrieron quienes lo llevaron hasta el hospital Universitario del Caribe y de allí remitido al Hospital San Juan de Dios a cuidados intensivos..."*. (fl. 75 del cuaderno de pruebas 1).

- Informe de Inspección Judicial sobre la trayectoria de los disparos y posiciones de las víctimas y victimario, elaborado por la Dirección de

Investigación Criminal – Informe Investigador de Laboratorio – FPJ13, de fecha 8 de septiembre de 2011 (fls. 636-650 cdno pruebas 2), en el cual se aporta álbum fotográfico tomado en la reconstrucción de los hechos teniendo en cuenta las versiones dadas por los señores OSWALDO MENDEZ RUIZ, VICTOR SENEN CEDEÑO REVOLLEDO, y los patrulleros JHON CARRILLO HOYS y RAFAEL DAZ FUENTES, en el que se concluye lo siguiente:

“...

Continuando con la versión de la Segunda víctima (sic) producto de lesiones por proyectil disparado por arma de fuego señor VICTOR SENEN SEDEÑO (sic) REVOLLEDO, estaba ubicado a menos de 40 Centímetros de distancia del señor OSWALDO MENDEZ RUIZ, mas (sic) exactamente ambas personas se hallaban en frente del local comercia (sic) MULTISEVICIO ZARAGOCILLA INTERNET BANDA ANCHA, Pero en esta ocasión el señor VICTOR SENEN manifiesta que uno de los policía (sic) tiene arrodillado a la persona que interviene y con un arma en la cabeza la cual fue disparada y le causa la lesión, no se descarta esta versión pero hay que tener en cuenta que no se puede realizar diagramación de silueta debido a que la epicrisis ... y el dictamen de lesiones Medico (sic) Legal no dan características que describa las lesiones para poder saber si hay inclinación, trayecto y desviaciones.

En las versiones dada por los señores Patrullero (sic) había un forcejeo y uno de los policiales cae al suelo y es impactado en la mano, saliéndole y posiblemente este mismo proyectil impacto (sic) sobre cualquiera de las otras dos Víctima (sic), o Los disparo (sic) que realizo (sic) el señor DAZA FUENTE RAFAEL, a la Humanidad de la persona que hiera a su compañero, pero se deja en claro que como se muestra en la grafica según versión los disparo (sic) fueron siempre en ángulos y proyección diferentes a donde estaban las dos Víctima (sic), se requiere otras versiones que corroboren para poder determinar la verdadera versión.”

- Declaración rendida por el señor RAFAEL ENRIQUE MANGA MORALES ante el Juzgado 106 de Instrucción Penal Militar- Ministerio de Defensa Nacional el día 3 de mayo de 2013, quien manifestó sobre el día de los hechos que “... yo llegué a la casa del señor CEDEÑO ubicada en la cuarta calle del barrio Zaragocilla y llegué como a eso de las 06:50 de la tarde y la señora del me dijo que estaba en el SAI que queda a la vuelta de su casa y yo me dirigí hasta allá, entré al SAI y me lo encontré ahí hablando por teléfono esperé dentro del SAI a que se desocupara, cuando termino de hablar por teléfono le hice una pregunta en cuanto a lo laboral y cuando salimos del SAI oímos una bulla y miramos hacia un lado y vimos en una esquina un forcejeo entre dos policías y un señor, el señor trataba como de arrebatarle la pistola a uno de los policías cuando sonó

un disparo, cuando suena el disparo me dice CEDEÑO "ay me dieron", yo volteo y veo que él tiene las manos en el abdomen, entonces yo grito "corra, corra, están herido" y llegan varias personas de ahí del sector ha auxiliarlo y lo suben en un taxi y se lo llevaron para el hospital ..." (fls. 796-798 cdno pruebas 2).

- Oficio No. 0569/JUINS 175 IPM del 29 de mayo de 2008, suscrito por el Juez 175 Instrucción Penal Militar, mediante el cual solicita al CTI Seccional Barranquilla "realizar el cotejo balístico de unas armas de fuego y de una munición, las cuales se encuentran en custodia en el Almacén de evidencias del Batallón de Infantería de Marina No. 2 de esta ciudad y las cuales relaciono a continuación: (...)." (fl. 390 del cuaderno de pruebas 1)

- ANALISIS BALISTICO elaborado por el Cuerpo Técnico de Investigación – Laboratorio de Investigación Científica (LABICI)- Área Balística y Explosivos de Barranquilla, de fecha 29 de julio de 2008, en el que se relaciona como material de estudio (fls. 478 al 482 del cuaderno de pruebas 1):

Un revólver marca Ruger calibre 38 largo, dos revólveres marca Smith & Wesson, calibre 38 largo, nueve cartuchos calibre 38, siete vainillas calibre 38 largo y un proyectil de constitución de plomo.

Del análisis balístico se obtuvieron las siguientes conclusiones:

- "Se constató mediante pruebas físicas y examen a las partes y mecanismos de disparo de las tres armas de fuego allegadas para estudio, que estas se encuentran en buen estado de funcionamiento y conservación, aptas para disparar cartuchos del mismo calibre y compatibles.
- (...) Lo anterior nos permite afirmar que en el revólver marca Ruger descrito como arma NO. 1, se percutieron tres de las vainillas incriminadas, en el revólver marca Smith & Wesson, número interno 41957 descrita como arma No. 2, se percutió una de las vainillas allegadas para estudio y en el revólver marca Smith & Wesson, número C687784 descrita como arma No. 3, se percutieron las tres vainillas restantes.
- Tal y como se consignó en la parte denominada Cotejo de Proyectiles, no se logró establecer identidad entre el proyectil allegado para estudio y los proyectiles patrones de las armas de fuego tipo revólver analizadas y descritas en el presente informe, con base en las marcas microscópicas dejadas por el arma en el proyectil, a su paso por el ánima del cañón.

-
- Lo anterior nos indica que el proyectil analizado y descrito en el presente informe, no fue disparado en alguna de las armas estudiadas y descritas en el presente informe." (Subrayas fuera de texto)

Ahora, corresponde determinar si la lesión sufrida por el señor VÍCTOR CEDEÑO REVOLLEDO es imputable a la entidad demandada, o si por el contrario, es atribuible a una causa extraña.

Del material probatorio allegado a autos, se verifica que la lesión causada al mencionado señor Cedeño Rebolledo devino del uso de un arma de fuego, cuando agentes de la Fuerza Pública con ocasión y por razón del servicio se enfrentaron con un civil armado causando un cruce de disparos, pues los patrulleros DASA FUENTES RAFAEL y CARRILLO HOYOS JHON, se encontraban cumpliendo turno de vigilancia y patrullaje en el barrio Escallon Villa de la ciudad de Cartagena, de modo que los uniformados accionaron sus respectivas armas de dotación oficial en respuesta al peligro inminente que representaban los disparos efectuados por el civil Pedro Valdes Pimienta, por lo tanto, mal podría, en principio, predicarse que la actuación de los aludidos agentes del orden hubiere sido irregular o ilegítima cuando las circunstancias en las cuales acaeció el hecho no resultaban completamente claras.

Pues ciertamente, el relato de los hechos consignado tanto en los informes de la Policía Nacional como en la declaración realizada por el testigo de los hechos, resultan coherentes entre sí y se encuentra probado que los patrulleros DASA FUENTES RAFAEL y CARRILLO HOYOS JHON efectivamente dispararon sus armas de dotación oficial ante la agresión del señor Pedro Valdes Pimienta quien accionó su arma de fuego en contra del personal uniformado motivo por el cual se realizaron varios intercambios de proyectiles de arma de fuego, resultando heridos el patrullero JHON CARRILLO, los civiles VICTOR CEDEÑO REVOLLEDO y OSWALDO MENDEZ RUIZ y muerto el señor PEDRO MANUEL VALDES PIMIENTA, así lo demuestra el Informe de Novedad de fecha 20 de febrero de 2008 suscrito por el Comandante CAI Piedra Bolívar (fls. 57-58).

Ahora bien, queda claro que el señor VICTOR SENEN CEDEÑO, resultó herido con arma de fuego, sin embargo no obra prueba alguna que demuestre que

la lesión sufrida fue causada con arma de dotación oficial, pues en el Informe de Campo de fecha 17 de abril de 2008, suscrito por el servidor de la Policía Judicial CTI Adrian Blanco Venecia dirigido al Fiscal Seccional No. 35 de Cartagena dentro del proceso penal No. 2008-00533, en la entrevista realizada al señor VICTOR CEDEÑO REVOLLEDO, manifestó que *"yo ese día 20 de febrero, llegue de mi trabajo de Ecopetrol como a las 18:30 horas, cene y luego salí al SAI de la calle San Luis de Zaragocilla a hacer una llamada, yo estaba hablando dentro del SAI, termine mi llamada y salí, cuando yo salgo del SAI vi que había una gente amontonada y vi cuando unos policías forcejeaban con un muchacho, yo seguí caminando para verme en eso escuche un disparo, yo reacciono y me llevo las manos al abdomen y veo sangre y seguí caminando pidiendo ayuda y perdí el conocimiento y ya no supe mas, solo supe ahora unos días después del hecho, que en ese momento me socorrieron unos vecinos de mi cuadra, quienes me llevaron hasta el Hospital Universitario del Caribe y de ahí fui remitido al Hospital San Juan de Dios a cuidados intensivos..."* (fl. 82-83 cdno pruebas 1).

En el sub examine, ni el propio demandante tenía conocimiento de quien fue el que le disparó, pues en el forcejeo entre los dos policías y el civil era casi imposible distinguir a cuál de los tres se le accionó el arma, sin embargo, del análisis balístico realizado a un proyectil y a las tres armas de fuego involucradas en los hechos materia de estudio se concluyó que *"no se logró establecer identidad entre el proyectil allegado para estudio y los proyectiles patrones de las armas de fuego tipo revólver analizadas y descritas en el presente informe, con base en las marcas microscópicas dejadas por el arma en el proyectil, a su paso por el ánima del cañón.*

Lo anterior nos indica que el proyectil analizado y descrito en el presente informe, no fue disparado en alguna de las armas estudiadas y descritas en el presente informe."

De lo anterior se infiere en primer lugar, que no hay claridad acerca de cuál de los tres civiles pertenecía el proyectil recuperado, pues en el Oficio No. 0569/JUINS 175 IPM del 29 de mayo de 2008, suscrito por el Juez 175 Instrucción

Penal Militar, ordena realizar el cotejo balístico de unas armas de fuego y de una munición, sin especificar a qué herido le fue sustraído de su cuerpo el proyectil objeto de estudio balístico y en segundo lugar no se logró determinar que el disparo recibido por el actor haya salido de las armas de dotación oficial de los policías involucrados, debiendo estar acreditado el instrumento generador del daño.

Así las cosas, el acervo probatorio obrante en el expediente no deja a la Sala duda alguna en torno a que la actuación desplegada por los uniformados de la Policía Nacional que intervinieron en los hechos de marras y el daño irrogado al actor no existe relación de causalidad¹⁴—comoquiera que, si bien es cierto el accionar el arma de dotación oficial desentraña una actividad peligrosa, no es menos cierto que no se logró demostrar que las armas de fuego disparadas por los patrulleros de la Policía Nacional originó el daño sufrido por el actor.

En ese orden de ideas, la Sala atenderá de manera desfavorable las súplicas de la demanda, toda vez que del acervo probatorio oportuna y legalmente allegado al proceso no se indica que la lesión causada al señor VICTOR SENEN CEDEÑO REVOLLEDO haya sido propinada con arma de dotación oficial, mas cuando no se tiene certeza de cuál de las tres armas de fuego provino el proyectil que impactó sobre la humanidad del hoy actor, no demostrándose en el presente asunto el nexo de causalidad existente entre el hecho causante del daño y el daño mismo.

¹⁴ Respecto de la causalidad como elemento de responsabilidad del Estado, en casos similares al que hoy se analiza, la Sala ha sostenido: "Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones —al menos en apariencia— dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada.

"En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción "no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídico suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a consecuencia." Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 11 de febrero del 2009, Exp. 17.145, del 20 de mayo del mismo año, Exp. 17.405 y del 19 de agosto de 2009, Exp. 17.502, entre otras.

COSTAS.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condenar en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

dibt **AUSENTE CON PERMISO**


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1351
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: GALO MONSALVE ALACAZAR
DEMANDADO	: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS "INVIAS"
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2008-00169-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISIÓN No 004

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

SENTENCIA No 99 / 2013

1º Instancia

Tema: Ocupación permanente de inmueble – Caducidad de la acción.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Clase de Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicado N°: 13-001-23-31-000-2008-00169-00
Accionante: GALO MONSALVE ALCAZAR
Accionado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de Reparación Directa instaurado a través de apoderado judicial, por VICTOR GALO MONSALVE ALCAZAR contra el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS.

I. **ANTECEDENTES**

A. LA DEMANDA

En la demanda se solicitan las siguientes

PRETENSIONES

PRIMERO. Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS, al pago de los perjuicios materiales y

morales e indemnizaciones causados al señor GALO MONSALVE ALCAZAR, por motivos de la ocupación permanente y continua del inmueble de su propiedad denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, ubicados en el corregimiento Arroyo de las Canoas en jurisdicción de la ciudad de Cartagena, por causa de trabajos públicos, como lo es la construcción de la carretera autopista al mar que de Cartagena conduce a Barranquilla, en un área de ocupación permanente de 13.810.80 metros cuadrados, los cuales hacen parte del predio de mayor extensión de su propiedad, con una cabida superficial total de 7 hectáreas más 172 metros cuadrados de terreno.

SEGUNDO: Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS al pago de los perjuicios materiales, daño emergente causados al señor GALO MONSALVE ALCAZAR, por motivos de la ocupación permanente y continua del inmueble de su propiedad denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, por la suma de \$2.762.160.000.

TERCERO: Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS al pago de los perjuicios materiales, lucro cesante en la suma de \$276.000.000, suma que ha debido producir dicho inmueble durante todo el tiempo en que esta área de terreno ha estado ocupada en forma permanente y continúa por la entidad pública demandada.

CUARTO: Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS a la pérdida de toda mejora o construcción realizada o ejecutada en el predio de propiedad del actor denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, (sin derecho a indemnización alguna por no tener una justa posesión del bien).

QUINTO: Que las indemnizaciones que se establezcan contra la demandada deberán tomar en consideración tanto, a la privación material y jurídica del bien inmueble de propiedad del demandante, como las perturbaciones del uso, goce y disfrute de dicho inmueble y su oportuna explotación económica, como consecuencia de la ocupación permanente del inmueble, por causa de trabajos públicos por la construcción de la carretera autopista al mar que de

Cartagena conduce a Barranquilla, o por cualquier otro daño que resulte probado en el proceso.

SEXTO: Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS al pago de los perjuicios del orden moral causados al señor GALO MONSALVE ALCAZAR, por motivos de la ocupación permanente y del inmueble de su propiedad denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, por la suma de 200 smlmv, atendiendo las condiciones personales, sociales y económicas del actor, como la naturaleza de los daños y perjuicios causado.

LOS HECHOS

Los hechos relevantes se resumen de la siguiente manera:

Afirma que el señor GALO MONSALVE ALCAZAR, es el propietario del predio denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, ubicados en el corregimiento Arroyo de las Canoas en jurisdicción de la ciudad de Cartagena, con una cabida superficial total de 7 hectáreas más 172 metros cuadrados de terreno.¹

Señala que dichos inmuebles fueron adquiridos por el actor a través de un proceso ordinario de pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, como consta en la sentencia de fecha marzo 30 de 2009, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena.

Afirma que como consta en el plano topográfico anexo a la demanda, INVIAS para efectos de adelantar la construcción de la carretera autopista al mar que de Cartagena conduce de Barranquilla, le quitó al predio de propiedad del actor un área de terreno equivalente a 13.810.80 mts², que actualmente hacen parte del predio de su denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, sin haber cumplido los requisitos señalados tanto en la Constitución Nacional de 1986 como en la del año de 1991 especialmente en lo concerniente al artículo 58.

¹ A folios 79 a 80 describe los linderos de cada una de las haciendas.

Manifiesta que INVIAS sin mediar razón alguna y sin existir decreto de expropiación judicial ni administrativa, viene ocupando un área de terreno de propiedad del actor, en el inmueble denominado HACIENDA GALO NORTE Y SUR, en una extensión de 13.810.80 mts² de terreno, en forma permanente y continua, por motivos de trabajos públicos como consecuencia de la construcción de la carretera autopista al mar.

Aduce que por esa ocupación permanente y continua al demandante se le ha cercenado el derecho a la propiedad, su uso, disfrute y goce, como explotación económica, por lo que INVIAS está obligada al pago de todos los perjuicios causados, como a las indemnizaciones respectivas por motivos de los trabajos públicos construidos sobre el citado predio.

Agrega que la ocupación permanente ejercitada en forma continua sobre el predio de propiedad del señor GALO MONSALVE, se ha prolongado en el tiempo en forma reiterada y sucesiva, lo cual constituye una conducta antijurídica que ha ocasionado un daño patrimonial en la propiedad privada del actor y de conformidad al artículo 90 de la Constitución Nacional la entidad pública demandada está obligada a cancelar o pagar los daños antijurídicos ocasionados al actor por motivos de la ocupación permanente y continua de su predio por causa de trabajos públicos.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida el 25 de julio de 2008 (fl. 50)².
- ✓ El proceso se fijó en lista del 17 de junio al 2 de julio de 2009 (fl. 50 rev).
- ✓ Con escrito de fecha 2 de julio de 2009, el Instituto Nacional de Vías, mediante apoderada judicial contestó la demanda en tiempo. (fl. 64-69)

² El 2 de noviembre de 2007 mediante apoderado judicial el señor Galo Monsalve Alcázar presentó demanda ordinaria de mayor cuantía en ejercicio de la acción reivindicatoria u equivalente contra el Instituto Nacional de Vías, para que se le indemnizara por los terrenos ocupados por esta entidad en la construcción de la carretera denominada vía al mar.

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cartagena, mediante auto del 11 de marzo de 2008, resuelve rechazar de plano la demanda por falta de jurisdicción y en su lugar remitir la misma al Tribunal Administrativo de Bolívar (fl. 47-48).

-
- ✓ Con escrito de fecha 2 de julio de 2009, el apoderado de la parte actora adecuó la demanda (fl. 76-87).
 - ✓ Mediante auto de fecha 23 de marzo de 2010 se admitió la corrección de la demanda (fl. 102).
 - ✓ El proceso se fijó nuevamente en lista del 27 de mayo al 11 de junio de 2010 (fl. 102 rev).
 - ✓ Con escrito de fecha 8 de junio de 2010, el Instituto Nacional de Vías, mediante apoderada judicial contestó la corrección de la demanda en tiempo. (fl. 105-109).

B. LA CONTESTACIÓN

La apoderada del Instituto Nacional de Vías, contestó la demanda y su corrección aponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones las siguientes:

- i) Inexistencia de elementos para edificar la responsabilidad del Estado: Sostiene que aunque el actor hace referencia a la construcción de una vía (carretera al mar) y señala que con tal acción le fue ocupada una extensión de tierra de 13.810 mts², tal manifestación no es suficiente para inferir la casación de un daño o perjuicio, puesto que por el solo hecho de la ocupación no puede inferirse un daño.
- ii) Inexistencia de la causa que origina la indemnización por daño emergente y lucro cesante como frutos civiles y naturales reclamado con la demanda.
- iii) Inexistencia de la calidad de poseedor en cabeza del ente público demandado.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha diecinueve (19) de noviembre de dos mil diez (2010), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl. 118-121).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de fecha primero (1) de noviembre de 2012, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (fl. 348-349).

En esta oportunidad la parte demandante alegó de conclusión, la entidad demandada guardó silencio y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

Alegatos de la parte demandante: Sostiene que en la demanda se encuentran planteados en forma clara cada uno de los elementos constitutivos del daño, necesarios para achacar al INVIAS el deber de reparar los perjuicios causados al actor, por la ocupación antijurídica de su predio, daños estos que hasta la fecha presente no ha sido indemnizados.

Afirma que quedo probado como lo señala el perito en su informe que INVIAS si ocupó parte del predio de propiedad del actor y como consecuencia de ello le causó un daño o detrimento patrimonial, por lo tanto existen los elementos y la relación de causalidad, ya que el daño causado en un inmueble por razón de trabajos públicos que adelante la administración debe ser indemnizado por esta, a la persona que resulte probar serla afectada y en el caso en comento está plenamente probado que el actor si fue afectado y violado su derecho a la propiedad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo manifestando que en el presente asunto se construyó una carretera denominada vía al mar, que comunica a las ciudades de Cartagena y Barranquilla y dicha construcción inició el 2 de enero de 1990 y terminaron las obras el 28 de mayo de 1996, tal como lo certificó la entidad demandada, por lo tanto, a partir del 29 de mayo de 1996 inició a correr el término de caducidad de la acción de reparación directa por parte de todos aquellos

que se consideraran afectados por la ocupación de sus predios, sin embargo la demanda sub examine solo fue presentada el 2 de noviembre de de 2007, es decir más de 10 años después de haber finalizado la obra, por lo que operó la caducidad de la acción.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 del C.C.A. donde se establece que los Tribunales Administrativos conocerán de las Acciones de Reparación Directa cuando su cuantía exceda de 500 S.M.M.L.V; y, en este asunto la pretensión mayor asciende a la suma de \$2.762.160.000, superando por amplio margen el límite de \$2.307.500.000 previsto en la norma en cita y vigente para el año 2008.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se enmarca en determinar si, en el presente caso operó la excepción de caducidad de la acción, o si por el contrario, se debe proceder a estudiar si existe o no responsabilidad administrativa, extra-contractual por parte del Instituto Nacional de Vías, por los presuntos perjuicios causados al accionante en el inmueble de su propiedad denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, con ocasión de la construcción de la carretera Vía al Mar que de Cartagena conduce a Barranquilla?

CADUCIDAD

La caducidad de la acción es un presupuesto procesal necesario para dar pronunciamiento de fondo a las pretensiones de la demanda, consistente en la temporalidad para el ejercicio de la acción, el término de caducidad varía de una acción a otra y en algunos casos en forma excepcional, una misma acción tiene diferentes términos de caducidad.

Con relación a la acción de reparación directa, según lo contempla el art. 136 del C.C.A., la caducidad es de dos años contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena, por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

Ahora bien, cuando la norma en cita señala que el término de caducidad de la acción de reparación directa donde se persiga la indemnización de los perjuicios ocasionados por la ocupación permanente de un inmueble, con ocasión a la realización de obras públicas o cualquiera otra causa, será de dos años a partir de la ocurrencia de esta, debe entenderse como ocurrida la ocupación, desde el momento en que termina la obra pública que afectó de manera permanente el inmueble objeto de la litis, a menos que el afectado con la ocupación no haya tenido conocimiento de ésta, caso en el cual empezará a contarse el término desde el momento que el afectado se percate de tal ocupación.

Al respecto ha sostenido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado:

"Así las cosas, en tratándose de ocupación temporal o permanente de inmuebles el inicio del término para intentar la acción de reparación directa coincide con el de la ejecución del hecho, omisión u operación administrativa, ocupación temporal o permanente del inmueble, es decir, desde cuando cesó la ocupación temporal, o desde cuando se terminó la obra en relación con la ocupación permanente, y sólo en eventos muy especiales, como aquellos en los cuales la producción o manifestación del daño no coincide con el acaecimiento de la actuación que les dá origen, la Sala ha considerado que el término para accionar no debe empezar a contarse desde cuando se produjo la actuación causante del daño sino

desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso.³

Posición que ha sido reiterada en jurisprudencia de fecha 9 de febrero de 2011, con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourt, así:

"31. (i) En los eventos en que la ocupación ocurre con ocasión de la realización de una obra pública con vocación de permanencia, el término de caducidad para ejercicio de la acción de reparación directa no puede quedar suspendido permanentemente, razón por la cual el mismo debe calcularse desde que la obra ha finalizado, o desde que el actor conoció la finalización de la obra sin haberla podido conocer en un momento anterior. En la sentencia del 10 de junio de 2009 se dijo al respecto:

En los asuntos relativos a la ocupación de un inmueble por trabajos públicos, la jurisprudencia ha reiterado, en varias oportunidades [...], que el término de caducidad se cuenta a partir de la fecha en que cesó la ocupación del bien, como quiera que la pretensión del afectado es reclamar los perjuicios que se dieron durante el lapso que permaneció ocupado el terreno y éstos sólo pueden determinarse, cuando aquella haya cesado."

Derivase de lo anterior que en eventos en donde la ocupación del inmueble es permanente en virtud de la construcción de una obra, el término de caducidad inicia su curso a partir del día siguiente a la finalización de la obra.

Teniendo como marco la referida decisión jurisprudencial, encontramos que en el *sub examine* se pretende la reparación por la ocupación permanente de franjas de terrenos presuntamente de propiedad del actor, las cuales fueron ocupadas por el Instituto Nacional de Vías, en la construcción de la carretera Vía al Mar que de Cartagena conduce a Barranquilla.

Al respecto, observa la Sala que mediante Oficio No. 4516 del 10 de febrero de 2011 (fl. 168), por medio del cual el Instituto Nacional de Vías, rinde información correspondiente a la construcción del tramo de carretera identificado por el demandante como evento dañino, señala que las obras de construcción de la Vía al Mar, sector el kilómetro 20 de Arroyo de Piedra al kilómetro 41 Palmarito Isla Arena, Lomita Arena –Galerazamba, el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte contrató las obras de pavimentación a través del

³ Consejo de Estado, Sentencia de 9 de febrero de 2011, Rad. 54001-23-31-000-2008-00301-01(38271), C.P. Danilo Rojas Betancourt.

contrato No. 544-1959, cuyo objeto fue la pavimentación del sector: Empalme Anillo Vial Cartagena carretera Santa Catalina – Galerazamba de la carretera Bayunca – Pontezuela – Galerazamba. El contratista fue el consorcio CASTRO TCHERASSI Y CIA LTDA- EQUIPO UNIVERSAL Y CIA LTDA- EDGARDO NAVARRO VIEVES. La fecha de iniciación del contrato fue el 2 de enero de 1990 y las obras fueron terminadas el 28 de mayo de 1996.

Teniendo en cuenta lo anterior, se infiere que en efecto se construyó una carretera denominada Vía al Mar, que comunica las ciudades de Cartagena y Barranquilla y que la construcción de la misma, en el tramo que manifiesta el actor afectarle en el inmueble de su propiedad denominado HACIENDA GALO NORTE y SUR, inició el 2 de enero de 1990 y terminaron las obras el 28 de mayo de 1996, tal como lo certificó el INVIAS.

Significa lo anterior que a partir del 29 de mayo de 1996, inició a correr el término de caducidad para el ejercicio de la acción de reparación directa por parte de todos aquellos que se consideraran afectados por la ocupación de sus predios. Sin embargo se observa que la demanda *sub examine* solo fue presentada el 2 de noviembre de 2007, es decir más de diez años de haber finalizado la obra.

Como quiera que tampoco se probó en el presente asunto, que debida a alguna circunstancia externa el actor solo tuvo conocimiento de la ocupación permanente con posterioridad a la finalización de la obra, circunstancia que le permitiría iniciar la contabilización de la caducidad desde la fecha de conocimiento de la ocupación, esta Sala advierte que el 2 de noviembre de 2007 cuando se presentó la demanda, la acción ya se encontraba caducada.

La emisión de un pronunciamiento de fondo

Siendo la caducidad de la acción, uno de los denominados presupuestos procesales que deben atenderse a la hora de determinar el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa, la presentación inoportuna de la

respectiva demanda conduciría a su inicial rechazo o, en este estado del proceso, a un fallo inhibitorio.

Sin embargo, estima la sala que en virtud de los principios de economía y eficacia, que por mandato de la Constitución y de las Leyes 274 de 1996 y 1285 de 2009, han de regir la administración de justicia, debe emitirse en este proceso un fallo de fondo, denegatorio de las pretensiones de la demanda, fundado en la inoportunidad del ejercicio de la acción de controversia contractual.

En ese sentido, el fallo inhibitorio⁴, que conduciría a dejar las puertas de la administración de justicia, abiertas al presente debate judicial, sería inocuo, antieconómico e ineficaz, pues es palmario que el actor, precisamente por no haber hecho uso a tiempo del medio de control que tenía a su alcance, no podrá incoar nuevamente la acción ejercida; de manera que, frente a una administración de justicia que debe evitar a todas luces inhibirse, obligada a prevenir su congestión y llamada a ser eficaz, no resulta congruente dejar de proferir un fallo de mérito como el que se dictará.

Al respecto, si bien en torno a los efectos procesales de la caducidad de la acción ha habido opuestas posiciones jurisprudenciales, se considera que el fallo de fondo se impone, en aras de aplicar los aludidos principios y con asidero en razonamiento jurisprudencial que se cita, compartido por esta Sala⁵.

⁴ Sentencia C-666/96. Los fallos inhibitorios han de ser excepcionales, conforme a la doctrina vigente de la Corte Constitucional, quien ha señalado que *„la inhibición, aunque es posible en casos extremos en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella.*

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 26 de abril de 2006, radicación número 2001-23-31-000-1997-00342-01 (15306) Actor: Sociedad Agrícola y Ganadera Grandos y Sandoval Ltda "Por lo tanto, si se encontró que tuvo ocurrencia real el hecho jurídico de la caducidad de la acción, debió no solo mencionarse en la parte motiva, sino también declararse en la resolutive, que implica que el fallo no es inhibitorio. Tanto es así, que el demandante no puede volver a proponer nueva demanda entre las mismas partes, los mismos hechos e idéntico objeto. Lo anteriormente dicho tiene fundamento en otra previsión de ley, según la cual la caducidad de la acción es excepción de fondo (artículo 97 último inciso C.P.C) El artículo antes citado es claro en indicar que ese hecho constituye por su naturaleza una excepción de fondo, aunque en el proceso civil se puede promover como excepción previa al decir: "También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción."

Consecuente con lo anterior, se declarará probada de oficio la excepción de caducidad de la acción y se denegaran las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En relación con costas del proceso, no se hará condenación alguna, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se ha demostrado femeridad o mala fe en la actuación de la parte demandante.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR PROBADA de oficio la excepción de caducidad de la acción, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, si la misma no fuere apelada, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación.

QUINTO: RECONOCESE al Dr. ALBERTO ENRIQUE GUERRA VARELA como apoderado judicial del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS-, en los términos y para los fines del mandato que le ha sido conferido.

SEXTO: HÁGASE entrega al demandante del saldo de gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere, previas las constancias que resuelven necesarias en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

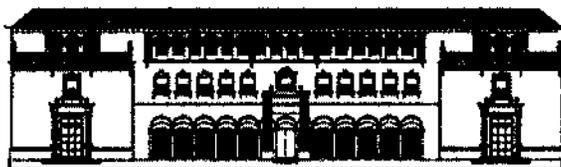
JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

dlbt

AUSENTE CON PERMISO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1352
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
DEMANDADO	: ADOLFO LAMBIS CASTRO
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2002-01513-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

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

SALA DE DECISIÓN No 004

1ª Instancia

297

Tema: DEVOLUCION DE MESADA PENSIONAL- LEY 33 DE 1985.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO.

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD.
Radicación: 13-001-23-31-000-2002-01513-00.
Demandante: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.
Demandado: ADOLFO LAMBIS CASTRO.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho- Lesividad contra el señor ADOLFO LAMBIS CASTRO.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el señor ADOLFO LAMBIS CASTRO para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

"PRIMERA. Declarase que las Resoluciones Administrativas No. 184 expedida el 22 de diciembre de 1997 y No. 0529 del 13 de marzo de 1998 "POR LA CUAL SE RECONOCE Y RELIQUIDA RESPECTIVAMENTE UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN" a el doctor ADOLFO LAMBIS CASTRO, son nulas por violar el régimen pensional contemplado en las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993. y (sic) como tal debe cesar los efectos económicos de las Actos en contra de la Universidad de Cartagena.

"SEGUNDA. Subsidiariamente, el reconocimiento de la pensión de jubilación es nula por no haber probado el estado civil de nacimiento de conformidad con lo prescrito en la Ley 92 de 1938, Art. 3º y c.c. del código civil.-

TERCERA. Como restablecimiento del derecho impóngase a el doctor **ADOLFO LAMBIS CASTRO**, la obligación de restituir a la Entidad demandante, una vez quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad de los actos administrativos, los siguientes conceptos:

"a.- La cantidad de \$207.032.749.00, o sea el equivalente a los pagos que la Universidad de Cartagena ha efectuado a el demandado en cumplimiento de la resolución cuestionada, desde el 1 de enero de 1998, hasta el mes de agosto incluida la mesada adicional del mes de junio del año en curso.

"b.- El monto total de los valores pagados a el demandado, en cumplimiento de la resolución cuestionada, desde el 1 de enero de 1998, hasta la fecha en que por disposición de esta Jurisdicción se ponga término al pago de la jubilación.

"CUARTA. Declárese que la Universidad de Cartagena no está obligada a seguir pagando la pensión reconocida en el acto que se anula.

"QUINTA. Dispóngase que los valores a restituir, serán debidamente indexado, tal y como lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, esta indexación se hará de conformidad con la certificación del DANE y por el

término comprendido entre la fecha en que la universidad de Cartagena hizo el desembolso y la fecha en que se produzca el pago efectivo de la misma, y que fundamento en los hechos y el derecho que paso a exponer."

HECHOS RELEVANTES

El señor ADOLFO LAMBIS CASTRO laboró para la entidad demandante desde el 3 de Abril de 1972 hasta el 20 de diciembre de 1997, desempeñándose como Docente de la Facultad de Química y Farmacia, de la universidad de Cartagena, en tal condición tenía la calidad de Empleado Público tal y como lo dispone el artículo 122 del Decreto Extraordinario 80 de 1980. Su retiro se produjo por determinación unilateral de la demandada.

Para la época que entró en vigencia, tanto el Decreto 80 de 1980, como el Acuerdo Superior 20 del 23 de diciembre de 1981, el señor ADOLFO LAMBIS CASTRO, se desempeñaba como profesor asistente en la Facultad de Química y Farmacia y por tal, a partir de esa fecha dejaba de ser Trabajador Oficial y pasaba a ser Empleado Público, como lo disponía el nuevo régimen jurídico aplicable al personal administrativo de la entidad empleadora.

Para la época en que entró en vigencia el Decreto Extraordinario 80 de 1980, en lo relacionado con cuantía y requisitos para obtener el derecho a la pensión de jubilación de los Trabajadores Oficiales vinculados a la Universidad de Cartagena, se aplicaba lo dispuesto por el Acuerdo No. 26 del 17 de julio de 1996, del Consejo superior de la Universidad de Cartagena, que disponía que la pensión sería equivalente al 100% de lo devengado por el trabajador, siempre que acreditara haber prestado servicios por 20 años y tener 45 años de edad.

Por considerar que cumplía con los requisitos establecidos en los Acuerdos No. 26 del 17 de julio de 1996, el No. 27 del 31 de mayo de 1978, el No. 01 del 3 de agosto de 1978, el No. 05 del 26 de enero de 1991, el No. 111 del 7 de marzo de 1985, para acceder a la pensión de jubilación, el señor ADOLFO LAMBIS CASTRO, solicitó el reconocimiento de la misma; para esta época tenía la calidad de empleado público.

El demandado, para la época en que entró en vigencia el Decreto Extraordinario 80 de 1980, no cumplía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en los términos del Acuerdo No. 26 del 17 de julio de 1996, del Consejo superior de la Universidad de Cartagena, por lo que el reconocimiento de su pensión de jubilación quedaba sometido al régimen de los empleados públicos, concretamente al régimen previsto en la Ley 33 de 1985.

Al demandado señor, ADOLFO LAMBIS CASTRO, tampoco le es aplicable en lo que respecta **al tiempo de servicio y edad**, del régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993.

Ante la petición formulada por el señor ADOLFO LAMBIS, la universidad de Cartagena a través de la GERENCIA DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, expidió la resolución administrativa No. 184 del 22 de diciembre de 1997.

La pensión de jubilación al demandado se le reconoció con fundamento en el Acuerdo No. 26 del 17 de julio de 1996, del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena que disponía que la pensión fuera equivalente al 100% de lo devengado por el trabajador, siempre que acreditara haber prestado servicios por 20 años y tener 45 años de edad.

El señor ADOLFO LAMBIS, al 22 de diciembre de 1997, momento a partir del cual se reconoció la pensión, contaba con 50 años y 2 días de edad, pues había nacido el 20 de diciembre de 1943; pero para esa misma fecha había laborado para la Universidad de Cartagena durante más de 20 años.

En el mismo acto administrativo donde se reconoce la pensión se advierte, que el monto de la pensión reconocida, es el 75% del salario devengado, incluyendo las doceavas partes de los siguientes factores: Prima de vida cara, prima de vacaciones, prima de navidad y prima extra de junio, para una pensión al momento de su reconocimiento de \$ 2.149.053.

El acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación, fue notificado personalmente al señor ADOLFO LAMBIS CASTRO; en dicho acto administrativo se anunció que contra el procedía los recursos de reposición y apelación, de los cuales no hizo uso el pensionado. Esta actuación administrativa se encuentra en firme al tenor de lo dispuesto por el art 62 C.C.A.

En otras palabras, el demandado, señor ADOLFO LAMBIS CASTRO se le reconoció una pensión de jubilación sin reunir el requisito de la edad para acceder a dicho derecho.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocan como normas trasgredidas con los actos acusados: los artículos 48 de la Constitución Política; artículos 122 y 130 del Decreto Extraordinario 80 de 1980; Artículo 1º y 3º de la Ley 33 de 1985; artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y el Decreto 1158 de 1994 (reglamentario de esta última); el art 150, numeral 19 de la Constitución Política.

Se expuso como criterio de violación:

Para la época en que entró en vigencia el Decreto 80 de 1980, (22 de enero de 1980), el señor ADOLFO LAMBIS CASTRO, no reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación, por lo cual debía ser reconocida en los términos del régimen legal vigente para cuando cumpliera efectivamente dichos requisitos por lo cual se le debía aplicar el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36.

Cuando se promulgó la Ley 100 de 1993 y entró a regir frente a los servidores de la Universidad de Cartagena, el demandado señor ADOLFO LAMBIS CASTRO, tenía más de cuarenta años de edad, en consecuencia su régimen de pensiones era el contemplado en la Ley 33 de 1985, que prescribe como requisitos para que un empleado público acceda a su jubilación, además de 20 años de servicio que tenga 55 años de edad.

Cuando los actos administrativos demandados (resoluciones No. 184 del 22 de diciembre de 1997 y la No. 0529 del 13 de marzo de 1998) fueron expedidos, el señor ADOLFO LAMBIS CASTRO, aún no contaba con la edad prevista en la Ley 33 de 1985 para jubilarse (55 años), motivo que constituye causal de nulidad de los actos administrativos acusados, por violación evidente al régimen legal a cuyo amparo debía expedirse el mismo, contrariando el artículo 48 Constitucional.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida el 20 de abril de 2004 (Fl. 76).
- ✓ El proceso se fijó en lista del 25 de abril al 9 de mayo de 2012 (fl. 76 rev).
- ✓ La demanda fue debidamente contestada por parte del curador ad litem de la parte accionada (FL. 115-116).

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de curador ad litem, designado para tal propósito, la parte demandada contestó la demanda afirmando que, los hechos no le constan.

A su vez afirmó, que no se opone a las pretensiones expuestas por la parte demandante ni al derecho invocado y se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha nueve (9) de abril de dos mil trece (2013), se prescindió el periodo probatorio y se fijó fecha para la celebración de la audiencia de alegaciones finales (fl. 120), conforme lo dispuesto por el artículo 66 de la Ley 1395 de 2010.

D. ALEGACIONES FINALES.

Mediante Audiencia Especial de Alegaciones Finales celebrada el día nueve (9) de julio del 2013, no asistieron las partes en litigio, por lo que el proceso ingresó para fallo.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, situación que se evidencia en el *sub lite*.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado se refiere a prestaciones periódicas (pensión de jubilación), que pueden demandarse en cualquier tiempo, según lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso, consiste en establecer si las Resoluciones No. 184 del 22 de diciembre de 1997, proferida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, y la No. 0529 del 13 de marzo de 1998, proferida por el Rector de la misma institución, son nulas, por violar el régimen pensional contemplado en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión, conociendo el fondo del asunto, accederá parcialmente a las súplicas de la demanda y declarará la nulidad de los actos administrativos demandados por efectuar un reconocimiento pensional sin el lleno de los requisitos legales; y se ordenará a la entidad demandante que proceda en forma inmediata a expedir acto administrativo que reconozca la pensión de jubilación de la demandada, conforme al régimen que le es aplicable.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Mediante la Resolución No. 184 del 22 de diciembre de 1997 proferida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor ADOLFO LAMBIS CASTRO desde el momento efectivo de su retiro.

El reconocimiento pensional se efectuó dando por acreditado un tiempo de servicio de 25 años, 8 meses y 18, comprendido entre el 3 de abril de 1972 y el 20 de diciembre de 1997; y determinando el cumplimiento de 50 años de edad el día 20 de diciembre de 1997.

Como disposiciones aplicables para el reconocimiento pensional se invocaron la Ley 6ª de 1945, el acuerdo 26 de 1996, Estatutos y Acuerdos Internos de la Universidad de Cartagena.

El reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de \$ 2.149.053,00, tomando como salario base de liquidación el 75% del salario mensual devengado en el último año de servicio, disponiendo que contra dicho acto procedía el recurso de reposición (fls. 20 y 21).

La Gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena profirió la Resolución No. 0529 del 13 de marzo de 1998, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del demandado por un monto \$2.210.348 (fl. 25).

✓ **Naturaleza Jurídica de la Universidad de Cartagena y Autonomía Universitaria**

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 40 de 1996, que modifica el Acuerdo 3 de 1994, la Universidad de Cartagena es una institución educativa creada por Decreto de 6 de octubre de 1827 y reconocida por disposiciones legales posteriores como son la Ordenanza No. 12 de 1956 del Consejo Administrativo de Bolívar y el Decreto No. 166 del 24 de febrero de 1983 de la Gobernación del Departamento de Bolívar¹.

El artículo 69 de la Constitución Política garantiza la autonomía universitaria que se traduce en comportamientos administrativos de gestión tales como darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas, su tenor literal es el siguiente:

“Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior.”.

Esta autonomía significa que la institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le permite al reconocerle la calidad de Universidad.

La llamada autonomía universitaria debe entenderse como la capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la Ley, de un margen de manejo y organización que le permita al ente universitario dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado.

Por mandato expreso del artículo 62 de la Constitución de 1886, con sus reformas, en especial la de 1957, la ley debía determinar las condiciones de jubilación de los empleados del Estado y, en general, todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán determinar otras condiciones sino dentro de las normas que expida el Congreso para regular, entre otras, las condiciones de jubilación.

¹ Pagina web de la Universidad de Cartagena "unicartagena.edu.co".

La Constitución Política de 1991, en el artículo 150, numeral 19, ordinal e), dispone:

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

[...]

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

[...]

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

La autonomía universitaria no incluye la facultad de reglamentar el régimen pensional de sus empleados dado que tal función es exclusiva del Congreso de la República por expresa disposición de la Constitución Política, lo que significa que es ilegal cualquier disposición perteneciente a normas de carácter local, como Ordenanzas, Acuerdos Municipales, Resoluciones o Acuerdos de Establecimientos Públicos bien sean nacionales o del orden departamental, que regulen la materia.

✓ **Régimen pensional establecido por la Universidad de Cartagena**

El Consejo Directivo de la Universidad de Cartagena, a través de los Acuerdos 27 y 01 de 31 de mayo y 1 de agosto de 1978 estableció el régimen de pensiones aplicable a los empleados públicos docentes que reiteró a través del Acuerdo 26 de 1996 de la siguiente manera (fl. 25-28):

- a) *Reconocimiento de pensión de jubilación con (20) años de servicios, continuos o discontinuos, exclusivos a la Universidad, cincuenta (50) años de edad y en monto del cien por ciento (100%) del promedio devengado durante el último año de servicio a la Universidad, a quienes el 31 de diciembre de 1984 hubiesen tenido quince (15) años de servicio continuos o discontinuos en la Universidad de Cartagena.*
- b) *Reconocimiento de pensión de jubilación con (20) años de servicio, continuos o discontinuos cumplidos con la Institución, cincuenta (50) años de edad y en monto del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en el último año de servicio a quienes ingresaron antes del 21 de febrero de 1985.*
- c) *Para los casos no previstos en los numerales anteriores se aplica la ley. [...]*

En relación con este punto, reitera la Sala que el régimen pensional de los empleados públicos de las Universidades Oficiales es una atribución exclusiva

del Congreso de la República por expresa disposición de la Constitución Política, lo que significa que es ilegal cualquier disposición perteneciente a normas de carácter local.

Por su parte el **Decreto 80 de 1980**, por el cual se organizó el sistema de educación post secundaria, dispuso en su artículo 122:

"El personal administrativo de las instituciones oficiales de Educación Superior, está integrado por empleados públicos y trabajadores oficiales. Tienen la calidad de trabajadores oficiales los obreros que desempeñen funciones en construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos. Los demás empleados administrativos tienen la calidad de empleados públicos.

Los empleados oficiales del orden administrativo que figuren actualmente como trabajadores oficiales conservarán dicha situación mientras se expide por parte del respectivo Consejo Superior, la planta de personal prevista en el artículo 59, literal f) del presente Decreto."

De lo anterior se infiere que, el cambio de vinculación para el personal administrativo de las instituciones oficiales de educación superior, como la Universidad de Cartagena, sólo operaría cuando se expidiera por parte del respectivo Consejo Superior de la Universidad, la planta de personal prevista en el artículo 59, literal f) del Decreto 80 de 1980. En cumplimiento de esa orden el Consejo Superior de la Universidad de Cartagena expidió los Acuerdos 20 del 23 de diciembre de diciembre de 1981 y la Resolución 043 del 12 de febrero de 1982, por los cuales se expidió la planta de personal y se incorporó a ella a los empleados administrativos de la Universidad de Cartagena (fls. 29 a 43).

En su artículo 130 impuso un límite a las implicaciones del cambio de vinculación laboral previsto en el artículo citado, así:

"Quienes actualmente están vinculados a las instituciones oficiales de Educación Superior y de acuerdo con las disposiciones del presente Decreto adquieren el carácter de empleados públicos, no necesitarán ni nombramiento ni posesión.

El cambio de la naturaleza jurídica de la vinculación no implicará disminución o pérdida de la remuneración o de las prestaciones sociales que hubieren alcanzado conforme a derecho con anterioridad a la expedición de este Decreto, al servicio de una institución oficial de Educación Superior, mientras conserven su vinculación a la misma."

Por consiguiente, si al 22 de enero de 1980, fecha de la expedición del Decreto 80 de 1980, la accionada hubiese alcanzado el derecho a pensión de

conformidad con el régimen aplicable (Acuerdos y Estatutos de la Universidad de Cartagena), el cambio de vinculación no afectaría el régimen que le es aplicable en materia pensional.

La Ley 6 de 1945, en su artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación a favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicio, disposición que se extendió en su aplicación a las entidades territoriales.

El Art. 17 de esta ley fue subrogado en el nivel nacional por el nuevo régimen del D. L. 3135/68, que luego se extinguió cuando se expidió la Ley 33 de 1985.

La Ley 33 de 1985 "Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el sector público", estableció el régimen pensional general de los empleados oficiales de todos los niveles, y en su artículo 1º determinó los requisitos para la pensión ordinaria de jubilación y porcentaje de reconocimiento de la pensión, así:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."

A la vez, en el párrafo segundo y tercero exceptuó de su aplicación a:

- Los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, y aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.
- Los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, a quienes se continuarán aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a esa ley.

Naturalmente ha de entenderse que el régimen anterior a que alude esta disposición debió ser expedido conforme a la Constitución, esto es sin invadir la órbita de la competencia legislativa. La excepción cobija a los empleados oficiales tanto del orden nacional como territorial, que a la

fecha de su expedición, enero 29 de 1985, hubieran cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad, cual era la Ley 6ª de 1945.

- Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55) si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían al momento de su retiro.
- Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación, continuarán sometidos a las normas anteriores a esta ley.

La base para liquidar las pensiones, correspondiente a los factores que sirvieron de base para calcular los aportes, fueron definidas en el artículo 3º, disposición que fue subrogada por el artículo 1º de la **Ley 62 de 1985**, que dispuso:

ARTÍCULO 1o. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (Subrayas fuera de Texto).

La Ley 100 de 1993 (diciembre 23) "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones", reguló en su libro primero el Sistema General de Pensiones, unificando el régimen pensional de los servidores públicos y particulares. Entró en vigencia en Abril 1º de 1994 para los nacionales y en Junio 30 de 1995 subsidiariamente para los territoriales.

El requisito de edad para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, lo señaló en 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres hasta el año 2014, pues a partir del 1º de enero de dicho año las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a 57 años si es mujer y 62 si es hombre.

El régimen de transición fue establecido en el artículo 36, el cual dispone:

"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley".

El Consejo de Estado en repetida jurisprudencia ha precisado que cuando el régimen de transición pensional remite al régimen anterior, el monto pensional no sólo comprende el porcentaje señalado, sino los factores computables para la liquidación de la prestación.

Respecto de las situaciones definidas antes de la Ley 100 de 1993, ésta dispuso en el artículo 146:

"Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales a favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

"También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes² los requisitos exigidos en dichas normas.

"Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica las situaciones de las personas a que se refiere este artículo.

"Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley."³

² Por sentencia C-410 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara se declaró la inexecutable parcial del inciso 2º del artículo 146 de la Ley 100 de 1993, en la frase (o cumplan dentro de los dos años siguientes)

³ El art. 146 de la Ley 100 de 1993, conforme a su inciso final, rige desde la fecha de la sanción de la presente ley. La Corte Constitucional en sentencia C-410 de 1997, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara señala que es a partir del 23 de diciembre de 1993

EL CASO EN CONCRETO.

Al señor ALFREDO LAMBIS CASTRO, la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, mediante Resolución No. 184 del 22 de diciembre de 1997, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, y ordenó su pago al momento de su retiro, para lo cual verificó los siguientes requisitos: 25 años, 8 meses y 18 días al servicio de la Universidad de Cartagena, comprendidos entre el 3 de abril de 1972 y el 20 de diciembre de 1997; y 50 años de edad cumplidos el día 20 de diciembre de 1997. (fls. 20 - 21).

Respecto a los requisitos pensionales, obra a folios 46-49, certificaciones expedidas por la Secretaría General de la Universidad de Cartagena, en donde consta que el demandado, prestó sus servicios a la Universidad de Cartagena desde el 3 de abril de 1972 y el 20 de diciembre de 1997, aumentándose el periodo de servicio y reliquidándose la pensión hasta el 13 de marzo de 1998 por la Resolución No. 0529 de 1998 (fl 22).

Ahora bien, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 30 de junio de 1995 para el nivel territorial, el señor ALFREDO LAMBIS CASTRO, tenía 47 años de edad y más de veintitrés (23) años de servicio, lo que lo hacía beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 ídem.

Así las cosas el régimen pensional aplicable al demandado, es el previsto en la Ley 33 de 1985, donde se establece que los requisitos para acceder a la pensión de jubilación son: haber cumplido 20 años de servicio y tener 55 años de edad (art. 1º).

En cuanto atañe al porcentaje de reconocimiento de la pensión, dispone la Ley 33 de 1985 que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (art. 1º), factores que fueron definidos en la Ley 62 de 1985, que subrogó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, cuando el demandado presentó la solicitud de pensión de jubilación el 28 de noviembre de 1997 (fl. 44), y cuando se reconoció dicha prestación, el 22 de diciembre de 1997, contaba con más de 20 años de

servicio, pero no cumplía con la edad requerida -55 años-, pues tenía 50 años de edad.

Lo anterior, pone de manifiesto que los actos acusados por los cuales se reconoció la pensión de jubilación al señor ALFREDO LAMBIS CASTRO, y se efectuó la reliquidación de la misma, vulneraron el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, al desconocerlo, en cuanto el requisito exigido de la edad pensional de 55 años; por tanto se efectuó el reconocimiento de la prestación sin el lleno de los requisitos legales, motivo por el cual se declarará la nulidad de las Resoluciones acusadas que reconocieron la pensión de jubilación del demandado, y su consiguiente reliquidación.

Ahora bien, la Sala de Decisión, comparte el criterio expuesto por este Tribunal en casos similares al que ahora nos ocupa⁴, donde se analizó que si el demandado al momento de proferirse sentencia cumple los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión conforme al régimen que le es aplicable, no tenga que someterse de nuevo al trámite administrativo para el reconocimiento de pensión, pues dicha situación lo priva del goce del derecho prestacional y afecta el núcleo de sus derechos fundamentales protegidos constitucionalmente -artículos 46 y 48 C.P.-.

Así, podemos verificar que al momento de proferirse esta sentencia, el señor ALFREDO LAMBIS CASTRO, respecto de los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, tiene más de 26 años de servicio en la Universidad de Cartagena y cumplió 55 años de edad el 20 de diciembre de 2002.

Por lo que en aras de garantizar los derechos a la seguridad social de las personas sujetos de especial protección constitucional, y siguiendo la línea jurisprudencial fijada por el H. Consejo de Estado en múltiples providencias⁵, se

⁴ Entre otras, Sentencia No. 25 NR proceso radicado No 13-001-23-31-001-2002-01732-00 del 29 de marzo de 2012, Sala de Descongestión No. 001, M.P. Arturo Matson Carballo.

⁵ Entre otras, C.E. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A", Sentencia del 2 de noviembre de 2006, radicación 76001-23-31-000-2003-04193-01(8826-05) C.P. ANA MARGARITA OLAYA FORERO Sentencia del 15 de marzo de 2007, radicación 76001-23-31-000-2001-00516-02(7611-05) C P ALBERTO ARANGO MANTILLA Sentencia del 7 de abril de 2005, radicación: 76001-23-31-000-2001-00598-02(1710-03) C.P. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE.

ordenará a la **UNIVERSIDAD DE CARTAGENA** que proceda en forma inmediata a expedir el acto administrativo que reconozca el derecho a la pensión del demandado conforme al régimen que le es aplicable, el cual ha sido previamente determinado y definido en la sentencia, tomando como base los factores pensionales computables señalados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, es decir, los correspondientes al último año de servicio, el cual fue determinado en las Resoluciones No. 184 del 22 de diciembre de 1997 y 0529 del 13 de marzo de 1998, por la cual se reliquidó la pensión de jubilación del demandado a partir del 1° de enero de 1998, teniendo en cuenta el retiro efectivo del servicio, actualizado al año 2002 cuando cumplió el requisito de 55 años de edad, y sobre ese valor (mesada pensional y base para liquidar el 75%) aplicar los reajustes pensionales pertinentes para los años siguientes hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, a fin de evitar que quede privado del goce del derecho prestacional.

En relación con la pretensión de restablecimiento del derecho, consistente en la restitución de los dineros que por concepto de pensión de jubilación se canceló al demandado, no procede acceder a ella, por cuanto se presume que el señor LAMBIS CASTRO obró de buena fe, sin que se encuentre prueba en el proceso sobre actuación dolosa o fraudulenta de la misma para obtener el reconocimiento de la pensión, por lo que la presunción no ha sido desvirtuada, así procede la aplicación del artículo 136 del C.C.A. que prescribe que no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, por el contrario fueron las autoridades del ente universitario quienes efectuaron el reconocimiento de la prestación desconociendo la aplicabilidad de la disposición legal que la regía.

COSTAS.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones No. 184 del 22 de diciembre de 1997, proferida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, y la No. 0529 del 13 de marzo de 1998, proferida por el Rector de la misma institución, mediante las cuales se reconoce y reliquida la pensión de Jubilación del señor **ALFREDO LAMBIS CASTRO** identificado con cédula de ciudadanía No. 9.064.527 de Cartagena.

SEGUNDO: ORDENÁSE a la **UNIVERSIDAD DE CARTAGENA** reconocer pensión de jubilación del señor **ALFREDO LAMBIS CASTRO**, en los términos señalados en las Leyes 33 y 62 de 1985, de conformidad con los parámetros señalados en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

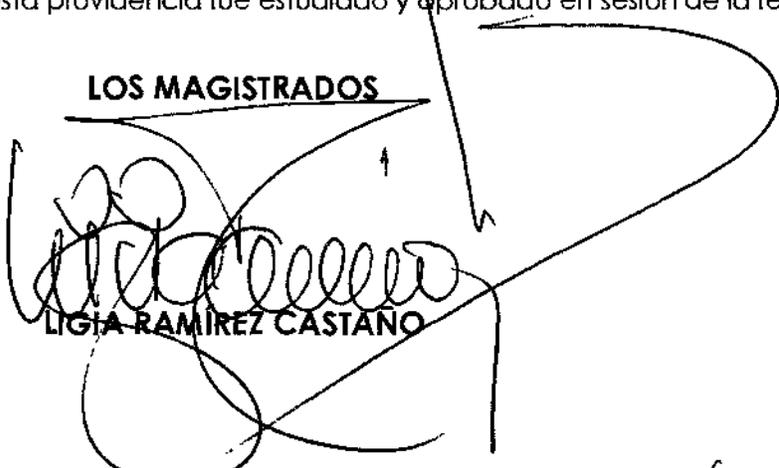
CUARTO: No hay lugar a condenar en costas.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en los libros radiadores y el sistema judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

AUSENTE CON PERMISO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1353
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MARIO JIMENEZ PARRA
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO D E LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2012-00113-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

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

Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISIÓN No 004

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

SENTENCIA No. 305 /2013

2ª Instancia

Tema: Reajuste Asignación de Retiro - IPC

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-008-2012-00113-01
Demandante: MARIO JIMENEZ PARRA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

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

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor MARIO JIMENEZ PARRA instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y

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

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad del Oficio Cremil No. 56931 del 16 de agosto de 2011, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la reliquidación y sus reajustes pensionales de la asignación de retiro al actor, dando aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con la Ley 238 de 1995.

2.- Que como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuar el reajuste y reliquidación para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 por la ausencia de aplicación del IPC de conformidad con la Ley 238 de 1995, teniendo en cuenta el porcentaje que le corresponde a cada grado, con respecto del sueldo básico del general.

3.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares deberá pagar las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los índices del precio al consumidor.

4.- Se ordene el pago de las diferencias a favor del señor suboficial Jefe @ MARIO JIMENEZ PARRA.

HECHOS

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

Como soporte fáctico de sus pedimentos, el señor MARIO JIMENEZ PARRA expone que le fue reconocida su asignación de retiro a partir del 24 de agosto de 1992 y presentó petición ante la Caja demandada el día 15 de julio de 2011,

solicitando el reajuste de su asignación de retiro dando aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en relación con los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, la cual fue negada afirmando que se han hecho los reajustes de ley, por lo tanto no hay lugar a reajustar la asignación de retiro con base en el IPC.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

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

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

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

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada contestó la demanda en forma extemporánea, tal y como lo dispuso el auto de fecha 15 de mayo de 2013 (fl. 81), por lo tanto no será tenida en cuenta.

III. SENTENCIA CONSULTADA

La Juez Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013), y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO. De oficio declarar probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, frente al reajuste con base en el IPC del año 2000, por tanto el Despacho se declara inhibido para emitir una decisión de fondo.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del oficio CREMIL No. 56931 del 16 de agosto de 2011, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante la cual se negó la petición formulada por el actor en escrito presentado el 15 de julio de 2001, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.

TERCERO: Como consecuencia de la nulidad declarada en el numeral anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordénese a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES que efectúe la reliquidación de la asignación de retiro del actor en relación con los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: Ordenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, que tomando como base la reliquidación ordenada en esta providencia, reajuste la base pensional del actor.

(...)

SEXTO: De oficio declarar probada la excepción de prescripción, frente a las asignaciones causadas con anterioridad al 15 de julio de 2007, por tanto solo habrá lugar al pago de las diferencias resultantes con ocasión de lo dispuesto en los numerales anteriores, respecto de las asignaciones causadas a partir de esa fecha.

(...)."

Estimó la Juez a quo, que al demandante le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No. 1336 del 24 de agosto de 1992, la cual ha venido siendo reajustada con sujeción a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional.

Afirma que la asignación de retiro es una forma especial de pensión, que por lo tanto debe ser reajustada en los términos del Art. 14 de la Ley 100 de 1993, tal como lo hizo extensible la Ley 238 de 1995.

Sostiene que el accionante tiene derecho a que la Caja demandada le reajuste su asignación de retiro, teniendo en cuenta que para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 el incremento que resulta de la aplicación del IPC fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, existiendo una diferencia desventajosa para el actor, entre la asignación de retiro percibida y la reajustada con base en el IPC.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendarado el 7 de octubre de 2013, esta Corporación aprehendió el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo establecido en artículo 184, inciso 4 del C.C.A., dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 3 cdno 2)).

En esta oportunidad procesal las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que a su tenor dispone:

“ART. 184. Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectúe una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.” (Negrillas y subrayas de la Sala)

En esas condiciones es necesario previamente verificar si se dan los presupuestos legales para ello, tratándose de un asunto contencioso de carácter laboral, donde la sentencia de primera instancia impuso condena a cargo de la entidad pública, procede constatar si la demandada durante la respectiva actuación no ejerció defensa alguna de sus intereses.

Así se observa que la demandada fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda el día 8 de abril de 2013, al Director General de la

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fl. 47), y fijada en lista entre el 19 de abril y 3 de mayo de 2013 (fl. 41 rvso.), observando la Sala que, el escrito de contestación se presentó con posterioridad a la fijación en lista (fls. 49 a 56); y no alegó de conclusión.

Determinada la procedencia del grado de consulta, esta Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, analizará la sentencia dictada por el Juzgado Piloto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena el 28 de junio de 2013.

CADUCIDAD.

De conformidad con lo previsto en el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A., pueden demandarse en cualquier tiempo los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas.

Como quiera que el presente asunto cubija el estudio de una prestación de tal carácter, no hay lugar a verificar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

PROBLEMA JURÍDICO.

Como problema jurídico, la Sala deberá determinar si los reajustes de la asignación de retiro estuvieron conforme al ordenamiento jurídico, es decir, si el accionante tiene derecho al reajuste del IPC tal y como se declaró en la sentencia consultada, o si por el contrario, al reajuste de la asignación de retiro del señor MARIO JIMENEZ PARRA le es aplicable inexorablemente el régimen prestacional de la Fuerza Pública.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, dado que la entidad demandada debe reconocer y pagar las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del Índice de Precios al Consumidor para que luego, tales

diferencias sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se trata del Oficio Cremil No. 56931 de fecha 16 de Agosto de 2011, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro por concepto de reconocimiento del índice de precios al consumidor "IPC" del SJ @ MARIO JIMENEZ PARRA (fl. 20).

En sede administrativa el señor MARIO JIMENEZ PARRA, presentó derecho de petición de fecha 15 de julio de 2011, solicitando el reajuste de la asignación de retiro, con base en el I.P.C., el que fue atendido con el Oficio Cremil No 56931 de fecha 16 de Agosto de 2011, negando dicha solicitud, agotando así la vía gubernativa como lo dispone el art. 63 del C.C.A. y, por tanto, habilitando a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado en la forma como lo establece el art. 135 ib.

DEL CASO EN CONCRETO.

Respecto al reajuste de la asignación de retiro de un miembro de la Fuerza Pública, es procedente aplicar la Ley 100 de 1993 (I.P.C.) y no el sistema de oscilación consagrado en las normas especiales cuando aquélla comporte un resultado más favorable en cada uno de los años en que se compruebe tal favorabilidad.

Sobre el tema es necesario dejar claro, en primera medida, que esta Sala para dirimir el asunto que nos ocupa acoge integralmente los conceptos expuestos por la H. Corte Constitucional en cuanto se refiere al análisis de la normas que regulan la fijación de la asignación de retiro y de la pensión de invalidez a que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, su compatibilidad e incompatibilidad con otras remuneraciones provenientes del tesoro público y

con otras pensiones, de manera que se puede concluir que tienen similitud a pesar que guardan sus propias características.

Así las cosas, es preciso aceptar como lo ha mencionado la jurisprudencia, que el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública es de carácter especial hasta el punto que contempló la asignación de retiro en reemplazo de las pensiones de jubilación y de vejez precisamente para que pudieran incrementarse como los sueldos de los miembros activos, según la regulación que venía rigiendo, creando una garantía de la cual no han disfrutado los demás servidores públicos, sobre la base de atender las condiciones de la función sometida a los continuos riesgos de su cumplimiento; sin embargo, esta circunstancia no la puede convertir en una prestación diferente en su esencia a la pensión, bien de jubilación, o bien de vejez.

Sobre este mismo tema el H. Consejo de Estado¹ expresó:

**"LAS ASIGNACIONES DE RETIRO SE ASIMILAN A LAS PENSIONES DE VEJEZ Y DE INVALIDEZ
Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares.**

Estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 20 del artículo 36 del decreto 4433 de 2004."

En este orden de ideas y desde el punto de vista prestacional se puede decir, que la asignación de retiro señalada en las normas legales para los miembros de la Fuerza Pública, tiene la misma naturaleza jurídica que la pensión, es decir, cubre el riesgo de la seguridad social al proteger a un servidor que cesa en su labor auxiliado con un pago económico y, por lo mismo, esa naturaleza jurídica es similar a las demás pensiones prevista para todos los servidores públicos y

¹ Rad: 250002325000200607954-01 de fecha 26 de febrero de 2009, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Paz.

privados. En consecuencia, las normas que regulen aspectos sobre esta prerrogativa y que de alguna manera, se hagan extensivas a pensionados sometidos a regímenes especiales, deben aplicarse también a los miembros retirados de las Fuerzas Militares y de la Policía que, gocen de pensión de invalidez o de asignación de retiro.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que en el presente asunto, que el servidor retirado de la Fuerza Pública, tiene derecho a que la entidad demandada revise los incrementos de su asignación de retiro y verifique cuál es el mayor porcentaje de cada año para su reajuste, a partir de 1997 si del aumento salarial de los miembros activos de la Fuerza Militares y de Policía, fijado en la escala salarial porcentual, o del Índice de Precios al Consumidor - IPC, que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de manera que, en cada año se aplique el porcentaje de mayor valor en orden a realizar el incremento, teniendo en cuenta que sólo se debe utilizar uno de estos porcentajes, el más favorable, no los dos de manera concomitante el mismo año, toda vez que, no son acumulables porque se generarían dos aumentos no ordenados por la ley para el mismo periodo fiscal o anualidad.

Si de las operaciones matemáticas que se efectúen, resulta alguna diferencia entre los valores cancelados y la nueva liquidación, deberá pagarse esa suma al demandante, actualizada como lo ordena el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la Sala considera que el acto administrativo demandado, viola normas superiores, lo que permite inferir que le asiste razón al accionante, de manera que se confirmará la sentencia apelada.

Sin duda, al aplicarse un reajuste en la asignación de retiro con base en el IPC, ello necesariamente modifica la base de liquidación de dicha asignación desde el momento en que se efectúa el reajuste hacia el futuro, dado el carácter de vitalicia de la asignación de retiro.

De la Prescripción.

Con relación a la prescripción de las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares, en un pronunciamiento del máximo órgano de la Jurisdicción, se precisó:

"PRESCRIPCIÓN CUATRIENAL –ASIGNACION DE RETIRO – Su reliquidación debía solicitarse dentro del término de los 4 MESADAS PENSIONALES –RELIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO –

Como un modo de extinción de derechos particulares contempla el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 la prescripción cuatrienal, es decir, que ellos prescriben en cuatro años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles. Para que dicha figura opere, es indispensable que concurren todas las exigencias legales, entre ellas, que sea evidente la exigibilidad, frente a la cual se observe inactividad injustificada del interesado o titular del derecho, en lograr su cumplimiento. En casos como el presente, obran tales presupuestos, pues la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia. A partir de ese momento, el demandante contaba con el término de cuatro (4) años para deprecar el reconocimiento de la reliquidación de la asignación de retiro con el factor prima de actualización y sucedió que la solicitud se entabló por fuera de este lapso. En efecto, para resolver el sub-júdice, necesario es acudir al término prescriptivo que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, norma que contempla la prescripción especial de las acreencias laborales de un sector específico de servidores públicos, como son las que perciban los miembros de la Fuerza Pública. Conforme a lo anterior, haciendo uso de la analogía es dable acudir a la regla prescriptiva que se contempla en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que la postura de la parte actora implicaría admitir que todos los derechos surgidos al amparo de la Ley 4ª de 1992 serían imprescriptibles, aserto que no es de recibo dado que solamente los derechos laborales de tracto sucesivo de orden vitalicio, salvo excepciones legales, quedan amparados por esta prerrogativa. Respecto de esta clase de derechos, prescriben las mesadas no reclamadas en los términos preclusivos establecidos para el efecto, pero el derecho en sí no se extingue y se hace exigible en cualquier momento."²

De igual manera mediante sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P. Alfonso Vargas Rincon, radicado (1638-08); reiterado en sentencia de 27 de enero de 2011, C.P. Gustavo Gómez Aranguren:

"La figura de la prescripción cuatrienal es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone, la evidencia de la exigibilidad y una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

En ese orden se tiene que la petición en vía gubernativa se formuló por el actor 20 de febrero de 2006, en consecuencia los derechos causados con

² Rad No 76001-23-31-000-2003-03373-01(6537-05) de fecha 24 de agosto de 2006, C P Alejandro Ordóñez Maldonado (E)

anterioridad al 20 de febrero de 2002 se encuentran prescritos de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Como ya se expuso, la prescripción que en esta providencia se decreta es en relación con los derechos correspondientes a los años anteriores al 20 de febrero de 2002, por haberse presentado la petición el 20 de 2006, no obstante, debe precisar la Sala que en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC, en los años 1997, 1999 y 2001 en lugar del principio de oscilación que se le aplicó, la entidad debe efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes conforme al cuadro que aparece a folios 15 y 16.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.”

Así las cosas, la entidad deberá reajustar con base en el I.P.C., desde cuando se adquirió el derecho, y en los años que sean más favorables, no aplicando un sólo régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable al trabajador, tal y como lo expresa la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“ASIGNACION DE RETIRO – Reajuste de acuerdo con el índice de precios al consumidor debe ser utilizado para la liquidación de las mesadas futuras sin limitación ninguna.

Dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado. En consecuencia, se modificará el numeral 4º de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso.”³

³Radicación número 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09) de fecha 27 de enero de 2011. Consejero ponente Gustavo Eduardo Gomez Aranguren

En el presente caso la entidad deberá reajustar la asignación de retiro con base en el IPC desde cuando se adquirió el derecho y en los años en que sean más favorables, no aplicando un sólo el régimen en totalidad, sino aplicando a cada año en particular, el régimen que le es más favorable al demandante.

Para lo anterior, se procederá a hacer el estudio comparativo sobre el reajuste de la asignación que percibe el actor, aplicando el régimen de oscilación y el I.P.C., en aras de determinar cuál de los criterios le es más favorable.

Reajuste de la asignación de retiro aplicando el régimen de oscilación.

AÑO	INCREMENTO GOBIERNO	IPC	DIFERENCIA
1997	21.38%	21,63%	-0,25%
1999	14.91%	16,70%	-1,79%
2001	5.85%	8,75%	-2,90%
2002	4.99%	7,65%	-2,66%
2003	6.22%	6,99%	-0,77%
2004	5.38%	6,49%	-1,11%

De lo anterior se concluye que, le asiste razón a la Jueza *a quo* al considerar que el accionante tiene derecho a que la Caja demandada le reajuste su asignación de retiro, teniendo en cuenta que para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 el incremento que resulta de la aplicación del IPC fue mayor que el decretado por el Gobierno Nacional, además resulta aceptado declarar prescritas las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, causadas con anterioridad al 15 de julio de 2007, ya que la petición de reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC fue presentada por el actor el 15 de julio de 2011, por lo tanto el fallo dictado en primera instancia debe ser confirmado.

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

FALLA

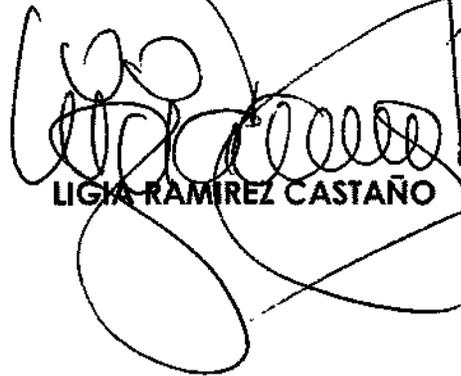
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

AUSENTE CON PERMISO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1354
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2010-00471-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

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

Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISIÓN N° 004

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

Magistrada Ponente: LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

ACLARACIÓN DE SENTENCIA

Radicación: 13-001-33-31-000-2010-000471-00

Clase de proceso: REPARACIÓN DIRECTA

Demandante: DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES Y OTROS

Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

SOLICITUD DEL DEMANDANTE

Procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre la solicitud de aclaración de la sentencia de fecha 21 de Febrero de 2013, por medio de la cual se profirió sentencia de primera instancia, declarándose responsabilidad de la entidad demandada, efectuándose la respectiva reparación del daño.

ANTECEDENTES

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 86 del C.C.A., los señores DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES y OTROS solicitaron la declaratoria de responsabilidad extracontractual de la Nación – Fiscalía General de la Nación, producto de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor ANAYA MORALES, en el marco de investigación penal adelantada en su contra por parte de la entidad demandada, por la presunta comisión del delito Concierto para Delinquir.

A manera de REPARACIÓN DEL DAÑO solicitaron lo siguiente:

"3.1. Se declare responsable a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios materiales y morales causados a DOMINGO

MANUEL ANAYA MORALES, ELSA MARÍA MORALES DE ANAYA, GERSON VLADIMIR ANAYA MORALES, MELISA PAOLA ANAYA MARTÍNEZ, JONATHAN ALBERTO ANAYA MORALES, DOMINGO MANUEL ANAYA HERNÁNDEZ, AIDÉ MARÍA MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JAIRO MARTIN ANAYA MORALES, ALBERTO ENRIQUE ANAYA MORALES, REINEIRO DE JESÚS ANAYA MORALES, ARGELIA MARÍA ANAYA DE PALMIERI Y ENITH DEL CARMEN ANAYA VEGA, por la falla del servicio en la administración de justicia.

3.2. que como consecuencia de lo anterior, se condene a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN,** a fin de reparar el daño ocasionado, al pago de las siguientes sumas de dinero, por concepto de daños materiales y morales discriminados así.

3.2.1. **DAÑO EMERGENTE OCASIONADO A DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.1.1. La suma de **SEIS MILLONES DE PESOS MCTE (\$6'000.000)** por concepto de honorarios profesionales que el señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES** canceló al Dr. WALTER JOSE MORALES MENCO como contraprestación del ejercicio de la defensa técnica y profesional dentro del proceso penal.

3.2.2. La suma de **CUATROCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$400.000),** más los intereses de mora causados por motivo de la celebración de un contrato de compraventa con pacto de retroventa entre Jairo Anaya morales (hermano del afectado) con el Almacén de compraventa el Zafiro en fecha 19 de enero del 2004.

3.2.3. **LUCRO CESANTE OCASIONADO A DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES**

3.2.3.1. La suma de **CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS DIECISÉIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS MCTE \$14.816.666** correspondientes a los ingresos netos que debió producir la microempresa de ventas de llamadas (SAI) y que el señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES** dejó de percibir su reclusión en establecimiento carcelario, desde el 12 diciembre de 2003 hasta el 31 de mayo del 2006.

3.2.3.2. La suma correspondiente a lo que su microempresa del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES** hubiese seguido produciendo con posterioridad a la libertad condicional si no hubiere sido capturado teniendo en cuenta que la producción promedio de la microempresa de venta de llamadas (SAI) era de \$500.000 para el año del 2003, multiplicado por la vida útil y productiva de la

misma.

3.2.4. DAÑOS MORALES O SUBJETIVOS OCASIONADOS A DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES Y FAMILIARES.

3.2.4.1. La suma de **DOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE (2.000.000.000)** correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por el señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.2. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por **AIDÉ MARÍA MARTÍNEZ SÁNCHEZ** en calidad de **ESPOSA** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.3. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por **GERSON VLADIMIR ANAYA MARTÍNEZ** en calidad de **HIJO** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.4. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por **JONATHAN ALBERTO ANAYA MARTÍNEZ** en calidad de **HIJO** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.5. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por **MELISA PAOLA ANAYA MARTÍNEZ** en calidad de **HIJA** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.6. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por **DOMINGO MANUEL ANAYA HERNÁNDEZ** en calidad de **PADRE** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.7. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por **ELSA MARÍA MORALES DE ANAYA** en calidad de **MADRE** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.8. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos

por JAIRO MARTIN ANAYA MORALES en calidad de **HERMANO** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.9. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por ALBERTO ENRIQUE ANAYA MORALES en calidad de **HERMANO** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.10. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por REYNERIO DE JESÚS ANAYA MORALES en calidad de **HERMANO** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.11. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por ARGELIA MARÍA ANAYA DE PALMIERI en calidad de **HERMANA** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

3.2.4.12. La suma de CIENTO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMLMV) correspondientes a indemnización por daños morales y subjetivos sufridos por EDITH DEL CARMEN ANAYA VEGA en calidad de **HERMANA** del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES." (...)**

El proceso terminó la primera instancia con sentencia parcialmente favorable a las pretensiones del actor, declarándose la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Nación - Fiscalía General de la Nación, por la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor DOMINGO MANUELA ANAYA MORALES, toda vez que, se probó en el curso del proceso que el señor ANAYA MORALES, estuvo efectivamente privado de la libertad en virtud de medida de aseguramiento que le fuera impuesta por la entidad demandada; posteriormente recuperando su libertad, gracias a lo resuelto por el Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla, quien lo absolvió del delito de Concierto para Delinquir que le fue imputado por la Fiscalía General de la Nación.

LO PRETENDIDO

El apoderado de la parte demandante solicitó la aclaración de la sentencia en la forma como se detalla a continuación:

1. Considera que en el presente caso, el tiempo preciso que duro la privación injusta de la libertad de su apadrinado fue de dos (2) años cinco (5) meses y diecinueve (19) días, que convertidos a meses equivalen al total de 29 meses y 19 día. En ese sentido manifiesta que en el fallo dictado por esta Sala, si bien coincide en que el actor estuvo privado de su libertad por un lapso de dos (2) años cinco (5) meses y diecinueve (19) días, también lo es que, al momento de convertirse a meses, se obtuvo total de 25.63 meses. De tal manera, estima que el yerro advertido afectó la base para liquidar el lucro cesante en favor del señor DOMINGO MANUEL AMAYA MORALES; razón por la cual considera que se debe corregir la sentencia en este aspecto.
2. Manifiesta, que se debe corregir el salario base utilizado por la Sala a efectos de la liquidación del **LUCRO CESANTE** en favor del señor ANAYA MORALES. Así lo estima, puesto que la Sala tomó como base para liquidar el lucro cesante la suma de **\$736.750** derivados de adicionarle un 25% al salario mínimo del año 2013 que equivale a la suma de \$589.500; contrario a ello, considera que la operación aritmética descrita anteriormente arroja el valor de **\$736.875**. por esa razón, solita que se corrija la sentencia en ese sentido.
3. Afirma, que en el fallo aludido hace referencia en su parte motiva, que se le concede a la señora AYDE MARÍA MARTÍNEZ SÁNCHEZ la suma de 30 (treinta) SMLMV por concepto de perjuicios morales en calidad de cónyuge del señor DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES, víctima en el proceso; sin embargo, en la parte motiva de la sentencia se hace referencia a que se le concede por el mismo concepto la suma de 40 (cuarenta) SMMLV. Por ello, solicita que se corrija este aparte de la sentencia, concediéndole a la señora AYDE MARÍA MARTÍNEZ SANCHEZ por concepto de perjuicios morales la suma de cuarenta (40) SMLMV.
4. Solicita que se adicione la parte resolutive de la sentencia, en lo que respecta al reconocimiento del lucro cesante a favor del señor DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES; lo cual fue omitido en ese acápite de la sentencia.
5. Finalmente, solicita que se corrija la sentencia en su parte resolutive, bajo el entendido que, cuando se le reconocieron los perjuicios morales a los familiares de la víctima se dijo dicha condena se derivaba de la privación

injusta de la libertad del señor DOMINGO MANUEL ANAYA MARTÍNEZ; cuando en realidad, la víctima directa responde al nombre de DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.

CONSIDERACIONES

El artículo 309 y 310 del Código de Procedimiento Civil, contemplan la posibilidad de aclarar o corregir la sentencia, respecto de conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda y estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia; de igual manera respecto de la corrección, procede de oficio o a petición de parte cuando se haya incurrido en un error puramente aritmético. A su vez, las normas citadas establecen que la oportunidad para presentar la solicitud de aclaración de la sentencia, es el término concedido por la ley para la ejecutoria de la providencia respecto de la cual se solicita su aclaración.

Sin embargo, cuando la corrección se realice de oficio, aquella se puede efectuar en cualquier tiempo; mientras que sobre la aclaración, solo procede de oficio dentro del término de la ejecutoria de la providencia.

En primer lugar, encuentra la Sala que la solicitud de aclaración, fue solicitada en tiempo, esto es 08 de marzo de 2013, pues la sentencia fue notificada mediante edicto No. 0243, el cual fue desfijado el 07 de marzo de 2007.

Establecida la oportunidad de la solicitud, procede la Sala a estudiarla de fondo.

En efecto, mediante convocatoria a Sala de Decisión 004 de 20 de Febrero de 2013, se decidió el asunto de la referencia, profiriéndose la correspondiente sentencia de primera instancia.

Ciertamente, en el fallo que se solicita sea aclarado, esta Sala determinó que el actuar de la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, produjo a los actores un daño antijurídico que no tenían el deber de soportar, como quiera que se demostró en el curso del proceso, que la medida de restricción de la libertad a la que fue sometido el señor ANAYA MORALES por la entidad demandada careció de fundamento, puesto que fue absuelto por el Tribunal Superior del Distrito de Barranquilla del delito de Concierto para Delinquir.

Ahora bien, la Sala se apresta a resolver la solicitud presentada por el actor en los siguientes términos:

Con relación a la solicitud direccionada a la corrección y a la adición del lucro cesante concedido al señor Domingo Manuel Anaya Morales, considera la Sala que hay lugar a acceder a lo solicitado.

Así se considera, puesto que en la sentencia que ocupa a la Sala, se determinó que el actor estuvo privado de la libertad por un lapso de 2 años 5 meses y diecinueve (19) días, que convertidos en meses en su momento, se obtuvo un total de **25.63 meses**; sin embargo, tal como lo expresa el apoderado del actor, dicha operación aritmética resulta errada, puesto que, el tiempo real que permaneció privado de su libertad el actor fue de 29 meses y 19 días, para un total de **29.63 meses**.

En concordancia con lo anterior, la Sala también accederá a corregir la sentencia en lo que atañe a la renta a actualizar en aras de liquidar el lucro cesante en favor del señor DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES. Ello es así, puesto que para tal efecto se tomó como base el salario mimo legal mensual del año 2013, cual es de \$589.500, que adicionado en un 25% arrojó en la sentencia el valor de **\$736.750**; cuando en realidad los guarismos de esa operación dan como resultado el valor de **\$736.875**, tal como lo sostiene el apoderado del actor.

En ese orden, resulta evidente para la sala que, los yerros advertidos anteriormente influyen de forma negativa en la liquidación del lucro cesante que se realizó en la sentencia del 21 de febrero de 2012, razón por la cual, la Sala efectuara la respectiva liquidación, esta vez con el tiempo de privación de la libertad de 29.63 meses y, con el valor de \$736.875 de renta mensual, como se detalla a continuación:

LUCRO CESANTE

Indemnización debida:

n

$$S = Ra \frac{[1 + i]^n - 1}{i}$$

|

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$736.875

i = Interés puro o técnico: 0.004867.

n = Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la ocurrencia del hecho a la fecha en que efectivamente recupero su libertad de presentación de la demanda, esto es, **29.63 meses**.

$$\Rightarrow S = 736.750 \left(\frac{1,004867}{1} \right)^{29.63} - 1 = \$ 23.425.229.97$$

0,004867

Tal como se puede observar, la liquidación del lucro cesante efectuada anteriormente, arroja el valor de 23.425.229.97, superior, con relación al valor obtenido en la sentencia, cual fue de 20.059.2971. Ello es así, como quiera que la liquidación realizada en esta providencia, sí incluyó el tiempo exacto de privación de la libertad, 29.63 meses, así como el valor preciso de la renta a indemnizar, esto es, \$736.875.

De tal suerte, que la liquidación del **Lucro Cesante** realizada anteriormente, será la que a partir de esta providencia deberá observarse a propósito de la condena impuesta en forma Solidaria a la NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, a través de la sentencia del 21 de Febrero de 2013, entendiéndose corregida en esos aspecto por este proveído.

En ese mismo sentido, en lo que atañe **al lucro cesante**, considera esta Sala que debe acceder a la adición de la sentencia solicitada por los demandantes, puesto que respecto de esa condena no se hizo referencia en la parte resolutive de la sentencia del 21 de Febrero de 2013. Razón por la cual se adicionara la sentencia este sentido.

Por otro lado, respecto de la disparidad advertida por el apoderado el actor, referente a los perjuicios morales reconocidos a la señora AYDE MARTÍNEZ SÁNCHEZ, debe afirmar la Sala que el monto de aquellos debe entenderse por el valor de 30 SMMLV, tal como se expuso en la parte resolutive de la sentencia.

Así lo considera la sala, puesto que el criterio adoptado de forma reiterada por ESTA Corporación para reconocer perjuicios de orden moral, obedece a la mayor exposición de congoja, sufrimiento o tristeza a la que fue sometida la persona que lo solicita. En ese sentido, debe observarse que con relación a la

víctima directa dentro del proceso, se le concedió por concepto de perjuicios morales la suma de 60 SMMLV y, por ello se determinó que, le correspondía como víctima indirecta en este caso por concepto de perjuicios morales la suma de 30 SMMLV.

Así pues, debe entenderse que, tal como se determinó para los abuelos e hijos del señor Anaya Morales, el monto a que tiene derecho por concepto de perjuicios morales la señora AYDE MARTÍNEZ SÁNCHEZ, como cónyuge de la víctima directa, corresponde a la suma de 30 SMMLV, y no 40 SMMLV, como se dijo en la parte motiva de la sentencia.

Ello es así, puesto que los hijos, abuelos e inclusive la cónyuge del señor ANAYA MORALES, tienen la connotación de víctimas indirectas en el presente caso y, como quiera que las personas mencionadas guardan en términos de relaciones familiares la misma cercanía con la víctima, se estableció para aquellos que el monto a reconocer por perjuicios morales sería de 30 SMMLV.

Para finalizar, la Sala accederá a corregir la sentencia en lo referente al nombre de la víctima utilizado para el reconocimiento de los perjuicios morales a sus familiares, en donde se hizo alusión al señor DOMINGO MANUEL ANAYA MARTÍNEZ; cuando la víctima en el proceso responde al nombre de DOMINGO MANUELA ANAYA MORALES. De tal suerte que, se debe entender para todos los efectos legales que, los perjuicios morales reconocidos en la sentencia se derivan de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor DOMINGO MANUELA ANAYA MORALES.

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

FALLA:

PRIMERO: CORREGIR el numeral segundo de la sentencia de fecha veintiuno (21) de Febrero de 2013, bajo el entendido que los perjuicios morales concedidos a las víctimas se derivan de la privación injusta de libertad del señor DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES; numeral que quedará así:

"SEGUNDO: Como consecuencia del numeral anterior, CONDENAR a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN en forma solidaria, a pagar a título de indemnización las siguientes sumas:

Por daños morales:

- La cantidad equivalente a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor de **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**
- La cantidad equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para **MELISA PAOLA ANAYA MARTÍNEZ, en su calidad de hija de DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**
- La cantidad equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para **GERSON VLADIMIR ANAYA MARTÍNEZ, en su calidad de hijo de DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**
- La cantidad equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, **JONATHAN ALBERTO ANAYA MARTÍNEZ, en su calidad de hijo de DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**
- La cantidad equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la señora **AYDE MARIA MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en su calidad de cónyuge de DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**
- La cantidad equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la señora **ELSA MARÍA MORALES DE ANAYA, en su calidad de madre de DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**
- La cantidad equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el señor **DOMINGO MANUEL ANAYA HERNÁNDEZ, en su calidad de padre de DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**
- La cantidad equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para **JAIRO MARTIN ANAYA MORALES, en su calidad de hermano del señor domingo MANUEL ANAYA MORARLES.**
- La cantidad equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para **ALBERTO ENRIQUE ANAYA MORALES, en su calidad de hermano del señor DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES.**

- La cantidad equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para **REYNEIRO DE JESÚS ANAYA MORALES VEGA**, en su calidad de hermano del señor domingo **MANUEL ANAYA MORALES**.
- La cantidad equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para **ARGELINA MARÍA ANAYA MORALES**, en su calidad de hermana del señor domingo **MANUEL ANAYA MORALES**.
- La cantidad equivalente a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para **EDITH DEL CARMEN ANAYA MORARLES**, en su calidad de hermana del señor domingo **MANUEL ANAYA MORALES**".

SEGUNDO: CORREGIR la liquidación de los perjuicios efectuados al señor domingo Manuel Anaya Morales teniendo en cuenta el tiempo de privación de la libertad de 29.63 meses y, renta líquida a indemnizar de \$736.875, la cual quedará así.

"LUCRO CESANTE

Indemnización debida:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$736.875

i = Interés puro o técnico: 0.004867.

n = Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la ocurrencia del hecho a la fecha en que efectivamente recupero su libertad de presentación de la demanda, esto es, **29.63 meses**.

$$\Rightarrow S = 736.750 \frac{(1,004867)^{29.63} - 1}{0,004867} = \$ 23.425.229.97$$

0,004867"

TERCERO: ADICIONAR la parte resolutive de la sentencia de fecha 21 de febrero de 2013, respecto de la condena de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a favor del señor **DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES** así:

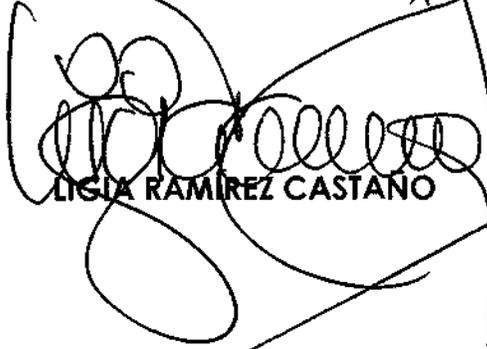
"CONDENAR a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante al señor DOMINGO MANUEL ANAYA MORALES, la suma de VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS (\$ 23.425.229.97)."

CUARTO: NEGAR las demás solicitudes presentadas por el apoderado de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

FAB

AUSENTE CON FERMISO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1355
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: SERVICIOS A LA CARGA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2001-01999-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTIDOS (22) DE NOVIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 002

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

SENTENCIA **303** /2013

Magistrada de Descongestión: Dra. LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Clase de acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No. 13-001-23-31-001-2001-01999-00
Demandante: SERVICIOS A LA CARGA S.A.
Demandado: DIAN

Tema: Tránsito Aduanero

La Sala Especial de Descongestión de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La demanda

A TRAVÉS DE apoderado judicial y en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, la sociedad SERVICIOS A LA CARGA S.A. "SERCARGA S.A." incoó demanda en contra de la NACION – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, para que previo el trámite procedimental, con citación y audiencia del Ministerio Público y de la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., se acceda a las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:
 - 1.1. Resolución No. 000116 de Mayo 19 de 1995, expedida por la División Operativa de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se declara el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero autorizado en la Declaración de Tránsito Aduanero No. 01386 de Abril 7 de

1995, en la que figura SERCARGA como empresa transportadora, PANALPINA S.A. S.I.A. como declarante, y se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 11157812 expedida por la Aseguradora Colseguros S.A., por valor de \$100.000.000

1.2. Resolución No. 003537 de octubre 31 de 2000, proferida por la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que confirma la anterior y concede el recurso de apelación.

1.3. Resolución No. 001835 de agosto 27 de 2001, proferida por el Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación y se confirma la resolución inicial.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la sociedad demandante reclama el restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

1. Se declare que la sociedad SERCARGA S.A. tiene derecho a una investigación administrativa justa, de manera que se retrotraiga la actuación, corriendo pliego de cargos a la demandante sobre los hechos de que tratan los actos administrativos acusados.
2. Que se declare que SERCARGA S.A. cumplió sus obligaciones como empresa transportadora en la operación de tránsito aduanero No. 01386 de abril 7 de 1995.
3. Que se declare que no fue SERCARGA S.A. la declarante en dicha operación de tránsito aduanero, ni intervino en la tramitación, expedición ni radicación de la Declaración de Tránsito Aduanero.
4. Se declare que SERCARGA S.A. queda liberada del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones inherentes al declarante en la Declaración de Tránsito Aduanero a que alude el incumplimiento y las sanciones contenidas en las resoluciones atacadas.
5. Se declare que SERCARGA S.A. no se encuentra obligada a pago alguno a favor de la demandada.
6. Consecuencialmente, se declare que ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. no se encuentra obligada a pago alguno en favor de la demandada, como consecuencia de haber expedido la póliza de cumplimiento No. 11157812.
7. Se declare que la demandada obró con desviación de poder al no motivar la cuantía de la sanción impuesta.

8. Que en el evento en que la demandante o la aseguradora hayan tenido que pagar suma alguna de dinero como consecuencia de las multas impuestas, se ordene a la demandada devolver tales valores, debidamente indexados.
9. Se condene a la demandada al pago de las costas de este proceso.

Hechos:

Los hechos que sirven de soporte a las anteriores pretensiones, se relatan por la sociedad actora en los términos que se transcriben a continuación:

Que la Aduana de partida de Cartagena autorizó la Declaración de Tránsito Aduanero No. 01386 de abril 7 de 1995, con plazo máximo de realización el 21 de abril de 1995, operación en la que actuó como declarante la sociedad PANALPINA S.A. y como empresa transportadora la sociedad SERCARGA S.A., teniendo como depósito de destino PANALPINA en la ciudad de Medellín y se transportaba un contenedor número HLCU-206735-5; que una vez autorizado el tránsito, se le comunica a SERCARGA por parte del declarante que el vehículo asignado para la ejecución del transporte puede ingresar al terminal marítimo a recoger la mercancía que viajará bajo la modalidad de tránsito aduanero, procediéndose al cargue en presencia de PANALPINA S.A., quien actúa como declarante.

SERCARGA, que no participó en ningún momento en la elaboración de la declaración de tránsito aduanero (DTA) por ser ello una función exclusiva del declarante, y tampoco SERCARGA firmó dicha declaración, ejecuta el transporte y entrega la mercancía en la BODEGAS DE PANALPINA en la ciudad de Medellín, mercancía que es recibida de conformidad y en el mismo vehículo que salió del terminal marítimo de Cartagena.

Que, la DTA No. 01386 de 21 de abril de 1995 no fue registrada en la Aduana de Destino, obligación que no es del transportador sino del declarante y, posteriormente, SERCARGA es notificada de la Resolución No. 000116 del 19 de mayo de 1995 proferida por la División Operativa de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, en la cual se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento No. 11157812 en cuantía de \$100.000.000, toda vez que la DTA No. 01386 fue registrada por el declarante después del plazo máximo de realización.

Agrega que se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 000116 de mayo de 1995, la que fue finalmente confirmada por medio de la Resolución No. 001835 de agosto 27 de 2001, por medio de la cual se desató el recurso de apelación.

Concepto de violación de la norma.

El apoderado actor estima que los actos administrativos acusados son violatorios de los arts. 4 y 29 de la Constitución Política, arts. 1, 3, 34 y 35 del C.C.A., art. 5º de la Ley 58 de 1982, art. 2341 y ss del C.C., arts. 2 del Decreto 1800 de 1994, arts. 119 y 124 del Decreto 2666 de 19845, arts. 8º de la Resolución No. 3333 de 1991, arts. 9 y 14 del Decreto 2402 de 1991, art. 17 del Decreto 1909 de 1992, art. 21 de la Resolución No. 2450 de 1997, art. 1º de la Resolución 4324 de 1995, Resolución 1794 de 1993, Decreto 624 de 1989 y Decreto 2117 de 1992. Expone el concepto de violación a la norma invocando los siguientes cargos de censura:

1. *Falsa motivación de la Administración por error en los fundamentos de hecho que dan lugar a declarar el incumplimiento del tránsito aduanero No. 01386 de abril 7 de 1995.* Para respaldar el cargo afirma que la demandante actuó como transportador, que entregó las mercancías en las mismas condiciones en que la recibió, y realizó la entrega en la aduana de destino, dentro del plazo máximo establecido, sin tener la obligación de registrar la declaración de tránsito aduanero, pues tal obligación le corresponde al declarante, como lo establece el art. 9 del Decreto 2402 de 1991.
2. *Atipicidad de la conducta atribuida a SERCARGA S.A. como causal para declarar el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero.* En este acápite expone, que la conducta atribuida a la empresa transportadora es la de que el tránsito aduanero no registrado dentro del plazo máximo de realización, pero en realidad la demandante cumplió con la ejecución del transporte amparado en la Declaración de Tránsito Aduanero No. 01386 de abril 7 de 1995; que el art. 9º del Decreto 2402 de 1991 es clara cuando dispone que quien tiene la obligación de registrar la declaración de tránsito aduanero, en la aduana de destino, es el declarante.

3. *Falta de competencia del funcionario que expide el acto administrativo sancionatorio, por pretermitir las instancias establecidas en el art. 106 del Decreto 2117 de 1992.* Como soporte de su afirmación argumenta que la Resolución No. 000116 de mayo 19 de 1995 fue expedida sin que previamente se hubiera corrido pliego de cargos a la sociedad demandante, como transportador, como lo establece el art. 106 del Decreto 2117 de 1992.
4. *Violación al derecho fundamental al debido proceso.* Aparte en el cual afirma que se violó el derecho al debido proceso porque no se corrió pliego de cargos a la sociedad demandante, permitiéndole conocer el proceso interno o investigación mediante la cual se dedujo el incumplimiento, que no pudo controvertir y ejercer su derecho de defensa, sin darle oportunidad de haber sido oído y vencido.
5. *Expedición irregular de la Resolución 000116 de mayo 19 de 1995.* Para lo cual afirma que este acto viola el principio de legalidad y lo convierte en un acto ilegal, al violar el derecho al debido proceso.
6. *Falta de motivación en la determinación de la cuantía por la cual se ordena hacer efectiva la póliza otorgada por SERCARGA S.A.* Afirma que la administración no da ninguna razón o explicación, no motiva su acto, pero en este caso, al tratarse de una póliza global, la garantía debía ser afectada en la parte incumplida, de manera que la falta de motivación hace que el acto se ilegal.
7. *Violación del principio de contradicción. Violación del derecho de defensa por inaplicación del debido proceso.* Reitera aquí su argumento según el cual a la sociedad demandante se le debió formular un pliego de cargos por el incumplimiento del régimen aduanero, dándole el tiempo prudente para dar contestación con la documentación necesaria para probar si hubo o no incumplimiento.
8. *Las sanciones tributarias deben imponerse con criterio de proporcionalidad y equidad.* En este punto afirma que el poder sancionatorio del Estado tiene como fundamento amparar y garantizar los actos y las actuaciones que le permitan el cumplimiento de su cometido constitucional, por lo que el objetivo de la sanción no es sólo sancionar, sino prevenir y reprimir conductas que lesionen o pongan en

peligro el interés general; que, en este caso, la sanción impuesta es inconstitucional, dado que con el incumplimiento imputado, la empresa transportadora no causó ningún daño, ni lesionó los intereses del Fisco Nacional, por lo que los motivos por los cuales se sanciona a la demandante carecen de fundamento y por ello no procede la sanción que se quiere imputar a SERCARGA S.A.

9. *Terminación en tiempo y en el lugar autorizado, por aplicación del principio de favorabilidad estipulado en el art. 520 del Decreto 2685 de 1999.* Argumenta la sociedad demandante que la normatividad vigente al momento de expedir la Resolución No. 001835 de agosto 27 de 2001, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 000116 de mayo 19 de 1995, está constituida por el Decreto 2685 de 1999, el Decreto 1198 de 2000 y la Resolución 4240 de 2000, que contemplan la responsabilidad del transportador por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.

Empero, la misma disposición, en el acápite correspondiente a las causales de finalización de la modalidad de tránsito aduanero, art. 369 literal a del mismo ordenamiento, contempla que es éste finaliza con la entrega de la carga al depósito o al usuario operador de la Zona Franca, según corresponde, es decir, que modificó los eventos en los cuales se entiende finalizado el régimen, desapareciendo el hecho de la terminación con el registro de los documentos de viaje ante la aduana de destino.

Citando el art. 520 del Decreto 2685 de 1999 y el Concepto General No. 148 de agosto de 2000, afirma que es improcedente la declaración de incumplimiento realizado mediante la Resolución atacada, pues la conducta tipificada como infracción administrativa no se encuentra tipificada en el nuevo estatuto aduanero, por lo que no existe adecuación perfecta de la conducta y de la sanción.

Adición a la demanda.

Con escrito recibido en esta Corporación el 18 de febrero de 2002, la sociedad demandante adicionó su demanda para hacer precisión en que fue notificada

de la Resolución No. 001835 de agosto 27 de 2001 por medio de correo, y asume que el término de caducidad de la acción que ha ejercido, vencía el 28 de diciembre de esa misma anualidad.

II- ACTUACION PROCESAL

Admisión y contestación a la demanda

La demanda y su adición fueron admitidas por auto calendado en marzo 8 de 2002 (fl. 62), notificado a la entidad pública demandada y la aseguradora citada en condición de litisconsorte necesario, las que concurrieron al proceso en los siguientes términos:

1. **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.** Dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual esgrimió los siguientes argumentos de defensa:

Afirma que el tránsito aduanero es el régimen que permite el transporte de mercancías nacionales con destino a la exportación, o extranjeras de una aduana a otra y bajo control aduanero y con suspensión de tributos; que, a la luz del art. 114 del Decreto 2666 de 1984, el tránsito aduanero debe estar garantizado por una póliza de seguros que no podrá exceder del 50% del valor de la mercancía que respalde la obligación de finalizar el régimen aduanero dentro del plazo autorizado y los demás gravámenes que pudieran afectarse en su despacho para consumo.

Expresa que el art. 3º de la Resolución 371 de 1992 establece la obligación del transportador, la que no se reduce a la entrega de la mercancía en el depósito aduanero, sino que se extiende hasta la entrega de los documentos de viaje a la autoridad aduanera, todo dentro del plazo máximo autorizado y se impone la obligación al transportador de las mercancías sometidas al régimen de tránsito aduanero, de entregar la declaración de tránsito en la aduana de partida, para que sea devuelta la garantía o en su defecto se tendrá como prueba la información que suministre la Aduana de Destino, acerca de la llegada o no de la mercancía.

Afirma que para finalizar en debida forma el régimen de tránsito aduanero, se debe entregar no solo físicamente sino documentalmente la mercancía, lo

primero con su entrega al depósito aduanero y, lo segundo, con la presentación del DTA ante la aduana de partida, todo dentro del plazo máximo autorizado para realizar la operación, o en su defecto debe existir una comunicación del administrador de la aduana de la Aduana de Partida, en donde certifique la llegada del tránsito.

Aduce que la Resolución No. 1794 de 1993, que reglamentó lo relativo a las garantías, establece que la División competente procederá a declarar el incumplimiento mediante resolución motivada, previa recepción de las pruebas por parte de la oficina competente de la Administración donde ocurrieron los hechos, y en la misma providencia donde se declare el incumplimiento se ordenará la efectividad de la garantía.

Como argumentos de oposición a la prosperidad de los cargos afirma que la declaratoria de incumplimiento no es una sanción, sino la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de obligación legal de hacer a cargo del transportador, de una obligación legal de resultado, cual era finalizar el régimen dentro del término autorizado por la Aduana de Cartagena.

Afirma que no existió violación alguna en la expedición del acto acusado, no adolece de vicio de irregularidad alguna, ya que fue proferido en aplicación a las normas aduaneras vigentes para el régimen de tránsito aduanero y las que regulan la efectividad de las garantías que respaldan el cumplimiento de las obligaciones aduaneras.

Estima que no es de recibo el argumento de la demandante según el cual debió darse aplicación al art. 2º del Decreto 1800 de 1994, porque el procedimiento para la declaratoria de incumplimiento de régimen de tránsito aduanero se encuentra reglamentado de manera especial por el art. 41 de la Resolución 1794 de 1993 y tampoco se vulneró el derecho de contradicción, pues el actor hizo uso de los recursos de ley, donde bien ha podido aportar la prueba que acreditara el cumplimiento de la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero en debida forma, pero no lo hizo.

2. ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., a través de apoderado judicial, coadyuva las pretensiones de la sociedad demandante y reformulando los cargos de censura a los actos administrativos demandados.

Alegatos de conclusión

Con providencia de marzo 22 de 2013 (fl. 376) determinó prescindir del periodo probatorio y, atendiendo lo previsto en el art. 66 de la Ley 1395 de 2010, citó a las partes a audiencia de alegaciones finales, en la que se hicieron las siguientes intervenciones:

Alegatos del demandante. Su intervención se consignó en los siguientes términos:

“La acción de nulidad y restablecimiento del derecho que se impetra en contra de las Resoluciones No. 0016 de Mayo 19 de 1995 expedida por el jefe de División Operativa de la Administración Especial de Cartagena y la Resolución No. 003537 del 31 de octubre de 2000 proferida por el Jefe de Servicio de comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena y la Resolución No. 001835 del 27 de agosto de 2001 proferida por la Administración Especial Aduanas de Cartagena están viciadas de nulidad según lo estipula el art. 84 del C.C.A., COMO LA FALSA Motivación, se refiere a la motivación expresa que contenga y no a la que haya tenido en mente el funcionario que la expidió, el art. 9º del Decreto 2402 de 1991 establece que corresponde al declarante. En este caso PANALPINA S.A., la obligación de registrar la declaración de tránsito aduanero en la aduana de destino, siendo claro que no es una obligación del transportador sino del declarante, configurando una falsa motivación de la Administración en la Resolución No. 00116 de mayo 19 de 1995, en dicha resolución se afirma que hacen efectiva la póliza por no haber sido registrado dentro del plazo máximo de realización, en el caso, la empresa transportadora SERVICIOS A LA CARGA S.A., cumplió con el transporte amparada en la declaración de tránsito aduanero No., 00116 de mayo 19 de 1995. De conformidad con las normas de tránsito aduanero del Decreto mencionado y el 2295 de 1996 vigentes en la fecha en que se presentó la citada controversia, la obligación de la empresa transportadora es la de entregar la mercancía que viaja al amparo de un tránsito aduanero, en el lugar al que legalmente debe hacer arribo la misma, para efectos de dicho tránsito existen dos aduanas, una en la que empieza la operación y la segunda donde termina, esto es, aduana partida y aduana de destino, el art. 113 del Decreto 2666 de 1984 autoriza

el transporte de mercancías en tránsito aduanero internacional por el territorio de la república cuando no exista prohibición legal, las cuales deberán o presentar una declaración de mercancías conforma a los formatos dispuestos por la misma Administración y excepcionalmente la aduana podrá autorizar el tránsito en vehículos pertenecientes a los declarantes, para lo cual se requiere la constitución de una garantía específica, el declarante se hará responsable ante la aduana por la veracidad de la información consignada en la declaración de tránsito aduanero y por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía sometida al régimen de tránsito y que no llegue a la aduana de destino. La oficina de la División Operativa es la que sanciona sin que previamente haya existido una investigación ni actos preparatorios, violando el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción. En la expedición del acto administrativo objeto de esta demanda no se corrió pliego de cargos, no se hizo una investigación que le permitiera a la empresa SERCARGAS S.A. asumir el derecho de defensa, simplemente le notifican el acto sancionatorio violando el debido proceso que es de orden constitucional, se observa igualmente que las resoluciones demandadas mediante las cuales la Administración hace efectiva la póliza global de cumplimiento No. 11157812 no expone de manera expresa el análisis de los hechos y razones que motivaron la decisión, no se indica, ni siquiera en forma sumaria, en qué consistió el proceso ni el estudio realizado para establecer la cuantía, el art. 35 y 59 del C.C.A. establece que las decisiones que afecten a los particulares deben motivarse y fundamentarse, la motivación constituye un elemento estructural de los mismos, es la expresión de dichos motivos y la precisión de los fundamentos de derecho que respaldan la voluntad de la administración al expedirlos, el acto administrativo en el cual ordenan hacer efectiva la póliza global de cumplimiento expedida por mi poderdante no dio razón de estudios y pruebas con los cuales cuantifican en \$100.000.000 la falta de motivación impidió el ejercicio oportuno y adecuado del derecho de defensa por parte del particular afectado, lo cual configura la anulación prevista en el art. 84 del C.C.A. en concordancia con el art. 35 y 59 ibídem, el incumplimiento en el tránsito

aduanero se rige por lo contemplado en el Decreto 1909 de 1992 art. 6º y el Decreto 2295 de 1996 art. 22, el incumplimiento imputado a la EMPRESA SERCARGA no ocasiona daño patrimonial a la administración porque los derechos de aduana fueron pagados oportunamente por el propietario de la mercancía y la mercancía fue entregada de manea que si no existió daño no puede haber sanción, lo que se apoya en sentencia C-484-100 proferida por la H. Corte Constitucional y sentencia No. 1669 de 2004 del H. Consejo de Estado. Sobre los demás puntos en referencia a mis alegatos, le solicito a la señora Magistrada que tenga en cuenta el alegato completo que milita a folio 256 y siguientes hasta el 264 del cuaderno No. 2, por lo cual solicito declarar respetuosamente la nulidad de las referidas resoluciones denunciadas en la demanda de la referencia”.

Alegatos del Litisconsorte necesario ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. No asistió a la audiencia de alegaciones finales.

Alegatos de la DIAN. ALEGACIONES DE LA PARTE DEMANDADA DIAN. Hizo su intervención para alegar en los siguientes términos:

"En mi calidad de apoderada de la entidad demandada observo que en el presente caso se encuentra probado lo siguiente: 1) que SERCARGA inscrita ante la DIAN como empresa transportadora presentó ante la DIAN solicitud de tránsito aduanero identificado con la DTA-1386 del 7 de abril de 1995 de mercancía consistente en partes para motores con destino a la zona aduanera PANALPINA en la ciudad de Medellín, la DIAN para la ejecución del régimen otorgó un plazo hasta el 21 de abril de 1995, fecha en la cual debía culminar el régimen, está probado también que para la ejecución del régimen se otorgó una póliza por parte del transportador, expedida por la empresa COLSEGUROS, póliza No. 11157812, está probado también que la empresa transportadora entregó la mercancía a la aduana de destino el 26 de abril de 1995, tal como lo comprueba el fax No. 2600175 remitido por la culminación de tránsitos aduaneros de la ciudad de Medellín, esta fueron las razones por las que con Resolución 116 de mayo de 1995 se declaró por la entidad que representó el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero a cargo de SERCARGA y se ordenó hacer efectiva la póliza mencionada antes, expedida por

COLSEGUROS en la suma de \$100.000.000 según lo ordena la Resolución 1794 de 1992 art. 41 parágrafo 2°. Vistos los hechos probados se tiene entonces que SERCARGA y COLSEUROS acusan los actos de la entidad que represento de violación al derecho del debido proceso, derecho de defensa y contradicción en la medida en que no se corrió un pliego de cargos para que los actores se defendieran, incumpliendo así las preceptivas señaladas en el Decreto 1800 de 1994. Acusa también el actor los actos de expedición irregular que conlleva a su ilegalidad en la medida en que era PANALPINA en su calidad de declarante de la operación de tránsito, el responsable del registro de la DTA en la aduana de destino, además de estas razones, COLSEGUROS específicamente se encuentra inconforme porque considera que la cuantía en la que se hizo efectiva la póliza por él expedida no tiene sustento ni motivación dentro de los actos que se demandan. Por tanto el problema jurídico de esta magistratura se contrae a determinar en el presente proceso si, efectivamente, el actor SERCARGA cumplió con el régimen de tránsito aduanero y si la entidad que represento violó las garantías del debido proceso, contradicción y defensa al no proponer pliego de cargos al actor y hacer efectiva la póliza en la cuantía ya señalada. Sea lo primero manifestarle que el art. 2º de la Resolución que declaró el incumplimiento establece literalmente hacer efectiva la póliza global de cumplimiento expedida por COLSEFUROS por valor de \$100.000.000 de acuerdo a lo que establece la Resolución No. 1794 de 1992 art. 41 parágrafo 2º, proporcionalmente en la parte incumplida a favor de la Nación U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales previa notificación al garante y al tomador de dicha póliza. Es decir que el acto demandado sí establece la norma en la cual se funda su decisión de hacer efectiva la póliza y contrario a lo manifestado por la apoderada de COLSEGUROS dicho argumento va mas encaminado a controvertir el proceso de cobro donde la resolución acusada No. 116 de mayo 19 de 12995 pueda servir de título, que como argumento centro de este proceso donde se cuestiona el cumplimiento de las obligaciones a cargo del transportador. Sobre las violaciones alegadas por los accionantes SERCARGA Y COLSEGUROS, considera la demandada que no son de recibo, toda vez

que la jurisprudencia reiterada de la Sección Primera del Consejo de Estado ha precisado que el acto mediante el cual se declara el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con un tránsito aduanero y se ordena hacer efectiva la póliza, no son manifestación de la facultad sancionadora de la administración, sino que es la declaratoria de un riesgo amparado por una póliza que se hace efectiva. Muestra de esta posición son las siguientes sentencias del Consejo de Estado que me permito citar: 1) Sentencia del 18 de abril de 2002 actor SERCARGA contra la DIAN expediente 7375, Magistrada Ponente Olga Inés Navarrete Barreto, 2) Sentencia del 22 de noviembre de 2001 en el expediente 6282 Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 3) Sentencia de febrero 13 de 2003, expediente 8436, actor AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA y COLSEGUROS contra la DIAN, Magistrada Ponente Dra. Olga Inés Navarrete Barreto, estas sentencias del alto Tribunal contencioso ilustran el tema de controversia manifestándose de la siguiente manera: para la Sala las resoluciones demandadas no desconocen el debido proceso por falta de agotamiento previo de una actuación administrativa, en primer lugar, porque es la declaratoria de incumplimiento y no la manifestación de una facultad sancionadora de la administración, pues la decisión no corresponde a la imposición de una multa sino a la decisión que otorga la posibilidad de hacer efectiva una garantía. Siendo así las cosas es claro que no se requiere en el presente caso un procedimiento previo para la expedición del acto que declare el incumplimiento de las obligaciones de tránsito aduanero, en consecuencia solicito que los cargos planteados por la violación al debido proceso y posterior expedición irregular de los actos administrativos, sean descartados por la señora Magistrada, el Tribunal Administrativo de Bolívar ha expedido múltiples sentencias sobre este tema, las cuales me permito citar a continuación: 1) sentencia del 11 de mayo de 2004, expediente 003-1999-0288 a nombre de SERCARGA contra la DIAN, 2) sentencia del 6 de agosto de 2006 expedida en el proceso 002-2001-1550 a nombres de TRAFICOS Y FLETES contra la DIAN, 3) Sentencia del 1º de septiembre de 2006, expedida en el proceso No. 003-1999-0135 a nombre de SERCARGA contra la DIAN. 4) Sentencia del 24 de noviembre de 2006 proferida en el proceso

002-1999-0225 a nombre de SERCARGA contra la DIAN, 5) sentencia de febrero 1º de 2007 proferida en el expediente 11926 a nombre de SEGUROS COMERCIALES BOLIVAR contra la DIAN, 6) Sentencia del marzo 16 de 2007 proferida en el expediente No. 002-1999-0227 a nombre de SERCARGA contra la DIAN, las sentencias citadas niegas las solicitudes de las demandas, pues concluyen que el tránsito no es un incumplimiento, con el fin de guardar la unidad de la jurisprudencia solicitamos a esta magistratura tenerlas en cuenta al momento de fallar. En cuanto al cumplimiento de SERCARGA de entregar la mercancía, pues considera que la obligación de encontraba a cargo de PANALPINA en su calidad de declarante, solicito respetuosamente la aplicación de las siguientes normas que seguidamente menciono: arts. 116 del Decreto 2666 de 1984, que establece que la responsabilidad del declarante se limita a la presentación de las mercancías intactas ante la aduana de destino, con las explicaciones tributarias que conlleva; el art. 114 del Decreto 2666 de 1984, que dispone que el transportador presentará una declaración de las mercancías relacionada para el tránsito aduanero; la Resolución 3333 del 6 de diciembre de 1991, que establece el procedimiento relativo a la entrega de la mercancía objeto del régimen de tránsito, y dispone en su numeral 6.1 que la presentación en la aduana de la mercancía en tránsito debe hacerse dentro del plazo establecido, junto con la declaración de tránsito aduanero en original, segunda y tercera copia, y los documentos de transporte, la misma resolución 3333 dispone en su numeral 6.2 que el funcionario asignado verificara la correspondencia de los datos consignados en la DTA Y los DOCUMENTOS SOPORTEDS anexos con la unidad de carga y del medio de transporte; el Decreto 2402 de 1991, por el cual se modificó el régimen de aduanas contenido en el Decreto 2666, en su art. 9º sobre la cancelación del régimen, dispone que el régimen terminará con la presentación conforme de la mercancía en la aduana de destino; el art. 3º de la Resolución 371 de 1992, vigente para la época de ocurrencia de los hechos, en cuanto a la responsabilidad del transportador, establecía que cuando la mercancía sometida a régimen de tránsito aduanero llegue a la aduana de destino, el conductor del medio de transporte deberá entregar la DTA que se habilitará como

manifiesto de carga. La Sala Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado se pronunció sobre la finalización del régimen de tránsito en sentencia de 1º de noviembre de 2007, en el proceso con radicación 76001-23-31-000-1997-24826-01 a nombre de COOBUTRANS LTDA. contra la DIAN, Magistrado Ponente Dr. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, manifestando que el transportador está obligado a finalizar el régimen de tránsito aduanero con la entrega de la mercancía conforme, esto es con la presentación de la DTA y el manifiesto de carga en la aduana de destino, dentro del término fijado para el correspondiente régimen. El Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia de septiembre 21 de 2011, magistrado Ponente Dr. Luis Miguel Villalobos, expediente 000-2001-1830-01 a nombre de TDM TRANSPORTES contra la DIAN y en el expediente 2001-1250 a nombre de PROVEEDOR Y SERCARGA contra la DIAN, magistrada ponente la Dra. Marcela López Álvarez, expresó acerca de las obligaciones del transportador, que le correspondía finalizar el régimen con la entrega de la mercancía conforme, esto es con la presentación de la documentación respectiva, DTA y manifiesto de carga, en la aduana de destino, dentro del término fijado para el régimen correspondiente, consideró el Tribunal que la obligación de la empresa transportadora no termina con la entrega de la mercancía en el depósito autorizado por la aduana de partida, sino que debe el transportador además entregar los documentos respectivos al tránsito en la aduana de llegada. Atendiendo las normas y las sentencias citadas, la entidad que represento considera que la responsabilidad del transportador no se limita a la simple entrega material de la mercancía en la aduana de destino, sino que su responsabilidad se extiende hasta la entrega de los documentos de viaje a la autoridad aduanera en el destino de la mercancía, todo dentro del plazo autorizado. En este orden de ideas es obligatorio descartar el argumento de los accionantes, referido a que era PANALPINA la obligada, en su calidad de declarante, a presentar los documentos de viaje en la aduana de destino, pues como queda claro, era el transportador quien debía hacerlo. En el caso de marras ello no aconteció, toda vez que se encuentra demostrado en el plenario que los documentos fueron entregados por SERCARGA el 26 de abril de 1995,

siendo que el término máximo para su recepción era el 21 de abril, por tanto, la empresa transportadora entregó los documentos de viaje con cinco días de extemporaneidad sobre el plazo autorizado, configurándose el incumplimiento del régimen. Considero, como apoderada de la entidad demanda, que los actores no lograron desvirtuar la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos demandados y que, al contrario, queda demostrado que SERCARGA no terminó en debida forma el régimen por lo que, solicito respetuosamente que las pretensiones de la demanda sean denegadas en su totalidad”.

Intervención del Ministerio Público. Se abstuvo de emitir concepto en el proceso de la referencia.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

IV. CONSIDERACIONES

Competencia.

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el artículo 132 del C.C.A., como quiera que la cuantía de las pretensiones de la demanda se estiman en \$100.000.000, guarismo que para la época en que se introdujo la demanda (Diciembre de 2001), superaba por amplio margen el límite de 300 smmlv a que se refiere el numeral 3º de la norma en cita.

Caducidad.

Se tendrá por presentada oportunamente la demanda y, de contera, interrumpido el término de caducidad de la acción, como quiera que el último de los actos administrativos acusados se profirió en agosto 27 de 2001 y la

demanda se presentó el día 28 de diciembre de la misma anualidad, lo que se ajusta en un todo a las previsiones contenidas en el art. 136 del C.C.A.

Problema jurídico:

Advierte la Sala, que para definir si los actos demandados deben excluirse o no del mundo jurídico, es necesario dilucidar si el procedimiento observado por la DIAN para proferir el acto de declaratoria de incumplimiento del tránsito aduanero estuvo ajustado a la legalidad, y bajo plena observancia del debido proceso.

Para ello resulta imperioso que se realice un estudio de la normatividad vigente del Régimen de tránsito Aduanero para la época de los hechos, previa referencia de las tesis enfrentadas.

Afirma la sociedad demandante que, en su calidad de empresa transportadora en el régimen de tránsito aduanero No. 001386 de abril 7 de 1995, hizo entrega de la mercancía declarada por PANALPINA S.A. S.I.A. en el depósito aduanero PANALPINA de la ciudad de Medellín, dentro del plazo autorizado para la operación de tránsito aduanero; que, por tanto, no era de su competencia efectuar el registro de llegada de la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero, sino que dicha obligación era de cargo de la sociedad declarante, razón por la cual no es la llamada a responder por el incumplimiento del régimen.

Agrega que con la expedición de los actos acusados se violentó el derecho al debido proceso, como quiera que se ordenó hacer efectiva la garantía por ella prestada, sin que se le enterara previamente de la investigación en su contra a través de la formulación de un pliego de cargos y, la cuantía en que se hizo efectiva la póliza de garantía no es proporcional ni se ajusta a los principios de equidad, toda vez que la DIAN no hizo motivación alguna sobre dicho asunto, sin que además tuviese en cuenta que se trataba de una póliza global.

A su turno, la entidad pública demandada afirma que la obligación del transportador en el régimen de tránsito aduanero no se agota con la entrega

oportuna de la mercancía en la aduana de destino, sino que es necesario que proceda a efectuar el registro de llegada de la operación autorizada y, además, estima que se debe tener en cuenta que la declaración de incumplimiento de esta clase de operaciones aduaneras no requiere de formulación de pliego de cargos, pues no se trata de un procedimiento sancionatorio sino de la declaración de incumplimiento de una obligación legal que se encuentra respaldada con una garantía.

En cuanto al monto de la garantía que se hace efectiva, afirma que el valor de la póliza no puede exceder del 50% del valor de la mercancía declarada, por lo que no hay lugar a motivar la efectividad de la garantía de manera proporcional.

Siendo las anteriores las posturas enfrentadas, se anticipa la Sala en señalar, que en el asunto bajo estudio se dan los supuestos fácticos y legales para la declaratoria de nulidad pretendida.

Acerca del Régimen de Tránsito Aduanero

Para abril de 1995, se encontraban vigentes las normas contenidas principalmente en el Decreto 2666 de 1984¹, modificado por el Decreto 2402 de 1991, la Resolución 3333 de 1991, y el Decreto 1909 de 1992.

El artículo 112 del Decreto 2666 de 1984, modificado por el artículo 2402 de 1991, define el tránsito aduanero como el régimen que *permite el transporte de mercancías nacionales o extranjeras de una aduana a otra, bajo control aduanero en donde la aduana de partida autoriza el tránsito de la mercancía a una aduana de destino en un plazo, mediante la presentación de una declaración escrita –DTA - que identifica plenamente la mercancía por quien demuestra disponer de ella sin necesidad de presentación o nacionalización de los bienes en la aduana de partida, y que tiene como característica principal, el traslado de mercancías sin el pago de tributos aduaneros.*

La carga queda bajo la responsabilidad de la empresa transportadora terrestre inscrita ante la DIAN que ha debido constituir garantías para asegurar su

¹ Derogado por el Decreto 2295 de 1996

cumplimiento. Así lo establece el artículo 4 del Decreto 1105 de 1992 que consagra que la empresa transportadora debe responder por la presentación en debida forma de la información contenida en el Manifiesto de Carga y documentos anexos, suministrados a la Dirección General de Aduanas.

El artículo 13 del Decreto 1909 de 1992 establecía por su parte, que la mercancía descargada en el puerto o aeropuerto o transportada por vía terrestre quedaba bajo la responsabilidad del transportador hasta su entrega a los depósitos habilitados o al declarante.

La norma en cita resulta ser del siguiente tenor:

*Artículo 13. DESCARGUE DE LA MERCANCIA. Para efectos aduaneros, la mercancía descargada en puerto o aeropuerto o transportada por vía terrestre quedará bajo responsabilidad del transportador, **hasta su entrega a los depósitos habilitados o al declarante**, según el caso. (Negrillas de la Sala).*

El numeral 7 de la Resolución 3333 de 1991, "Por medio de la cual se establece el procedimiento relativo al tránsito aduanero", se refiere así a la finalización del régimen.

"7. Finalización del régimen. El régimen de tránsito aduanero se dará por finalizado en los casos previstos en el artículo 9 del Decreto 2402 de 1991, modificadorio del artículo 119 del Decreto 2666 de 1984.

Una vez finalizado el régimen, el funcionario asignado entregará la tercera copia del formulario Declaración de Tránsito Aduanero (DTA) a la empresa transportadora, y la segunda copia original al declarante, el original será archivado en la aduana.

La tercera copia deberá conservarla la empresa transportadora por un lapso no inferior de cinco años y podrá ser constatada por la aduana cuando a bien lo considere".

Y en su numeral 6.1 consagra:

"Trámites en la aduana de destino.

6.1. *Presentación en la aduana de la mercancía en tránsito. Las mercancías en tránsito deberán ser presentadas en la aduana de destino **dentro del plazo establecido**, junto con los siguientes documentos:*

- Declaración de Tránsito Aduanero (DTA), original, 2 y 3 copia.
- Documento de transporte." (Subrayado fuera de texto).

Y en cuanto a la cancelación de la garantía se refiere así:

*"8. Cancelación de la garantía. **La aduana de ingreso o de partida cancelará la garantía cuando se pruebe a satisfacción la terminación del régimen. En caso contrario, se hará efectiva dicha garantía, sin perjuicio de las demás sanciones que corresponda conforme a lo establecido en las normas aduaneras.**" (Subrayado fuera de texto).*

Respecto de la responsabilidad del transportador el Consejo de Estado ha manifestado²:

*En sentencia de 1 de noviembre de 2001 la Sala se pronunció sobre la cuestión y **definió que el transportador está obligado a finalizar el régimen de tránsito aduanero con la entrega de la mercancía «conforme», esto es, con la presentación del DTA y el manifiesto de carga en la aduana de destino, dentro del término fijado para el régimen correspondiente.** Igualmente, los numerales 6.1 y 6.2 de la Resolución núm. 3333 de 6 de diciembre de 1991, por medio de la cual se establece el procedimiento relativo al Tránsito Aduanero, cuyo tenor, en lo pertinente, es el siguiente: "6. 1. Presentación en la Aduana de la mercancía en Tránsito. Las mercancías en tránsito deberán ser presentadas en la Aduana de destino dentro del plazo establecido junto con los siguientes documentos: - Declaración de*

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil ocho (2008), Radicación número: 13001-23-31-000-2002-00178-01, Actor: TRAFICOS Y FLETES S.A., Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

Véase También: C.E. sección Primera, Consejera Ponente; Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, sentencia de fecha 14 de marzo de 2002, Radicación: 76001-23-24-000-1997-4037-01(6228);

*Tránsito Aduanero (D.T.A.), original, 2ª y 3ª copia. Documento de transporte. 6. 2. Recepción de la mercancía. **El funcionario asignado realizará las siguientes actuaciones: Verificar la correspondencia de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero (DTA) y los documentos anexos con los de la unidad de carga y/o medio de transporte. (...). Avisará al Administrador o Jefe Regional de la Aduana de Partida sobre la llegada de las mercancías, vía fax, télex o por radiograma.**". De lo anterior se deduce que: Primero, la entrega de la documentación que respalda la mercancía, consistente en el manifiesto de carga de la misma y de la D.T.A., principalmente, forma parte de los requisitos que la ley exige para que se perfeccione el cumplimiento del tránsito aduanero, esto es, para que se dé como finalizado dicho régimen, y Segundo, la obligación del transportador, en este caso de la actora en cuanto transportadora de la mercancía en tránsito aduanero, era la de finalizar el régimen mediante la entrega de la "mercancía conforme", esto es, con la presentación de la documentación respectiva - D.T.A. y manifiesto de carga - , en la aduana de destino dentro del término fijado para el régimen correspondiente, que en su caso era hasta el 5 de septiembre de 1996. [...]]»*

Acerca del debido proceso.

La premisa consagrada en el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política se traduce en la obligación que tienen las autoridades judiciales y administrativas de adelantar las actuaciones que son de su competencia con sujeción a los procedimientos que las regulan.

El debido proceso entonces implica para el ciudadano, la defensa de sus derechos e intereses, pues la administración está en el deber de observar los procedimientos previstos en la legislación colombiana y de velar por la aplicación de principios procesales contenidos en el ordenamiento jurídico, de tal forma que el administrado pueda controvertir los argumentos y pruebas que se le presenten en su contra.

CASO CONCRETO

Lo probado:

- El 7 de abril de 1995 la DIAN, mediante DTA con número de aceptación 01386, autorizó a SERCARGA S.A. el transporte terrestre (transito aduanero) de cajas contentivas de motores para elevador con sus accesorios, cuya aduana de destino era el depósito aduanero de PANALPINA en Medellín, con un plazo máximo hasta el 21 de abril de 1995, (F. 134 cuaderno principal, y 56 cuaderno de pruebas).
- Que como garantía de la finalización de dicho tránsito, SERCARGA S.A. constituyó póliza global N° 11157812.
- Que en la misma declaración a la que se hace referencia, se verifica a PANALPINA S.A. ostentar una doble calidad dentro de la operación en cuestión, pues es declarante autorizado, al tiempo que Depósito habilitado para recibir la mercancía transportada.
- Que en el correspondiente formato de aviso de llegada de la mercancía, a folio 137 del expediente, se consigna que la mercancía transportada por SERCARGA llegó a su destino el día 26 de abril de 1995.
- No obstante lo anterior, en el documento obrante a folio 56 del cuaderno de pruebas, aportado por la misma entidad demandada como parte integrante de los antecedentes administrativos, y además no discutido en cuanto a lo que en él se consigna, se visualiza sello de recibido por PANALPINA S.A. en calidad de depósito Aduanero en Medellín; **de fecha 19 de abril de 1995.**

Se detiene aquí la Sala para precisar, que en relación con el cargo de *Falta de competencia del funcionario que expide el acto administrativo sancionatorio*, invocado en la demandada bajo el argumento de que la Resolución No. 000116 de mayo 19 de 1995 fue expedida sin que previamente se hubiera corrido pliego de cargos a la sociedad demandante, como transportador; que,

el artículo 106 del Decreto 2117 de 1992 establece que la División de Fiscalización debe adelantar las investigaciones y ejecutar los demás actos preparatorios para la determinación de los impuestos de su competencia **y la aplicación de las sanciones** por infracción a los regímenes tributario, aduanero y cambiario, en lo de competencia de la entidad, profiriendo los emplazamientos, requerimientos especiales y pliegos de cargo para garantizar el derecho de defensa.

Es decir, la norma que se trae como sustento circunscribe el campo de su aplicación a aquellos tramites sancionatorios adelantados por la DIAN, lo cual, si atendemos el sentido literal de las resoluciones acusadas y la naturaleza misma de dichos actos, se advierte que no pueden enmarcarse bajo la connotación de sanción, pues la declaratoria de incumplimiento de tránsito aduanero no tiene tal carácter, y que su finalidad es fundamentalmente declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, para luego poder hacer efectiva la póliza de cumplimiento, - ante una obligación aduanera sometida a garantía -, de tal suerte, que su fin se concreta en una medida de previsión y amparo ante eventuales riesgos que puedan alterar las operaciones que se someten a regulación por parte de las respectivas autoridades aduaneras.

En tales términos, resulta claro que no era necesario formular pliego de cargo o requerimiento alguno, previo a la declaratoria hoy objeto de impugnación.

En lo que atañe al cargo de *falta de motivación en la determinación de la cuantía por la cual se ordena hacer efectiva la póliza*; advierte la Sala, que en las resolutivas de los actos acusados se ordenó notificar del contenido de los mismos, a quien demanda, y a la aseguradora que quedó vinculada al proceso, no obstante, sólo se verifica interposición de recursos por parte de SERCARGA S.A., y, en tales reclamaciones administrativas no figura el cargo al cual se alude, perdiéndose la plena identidad entre lo expresado en sede gubernativa y lo expuesto en el escrito de demanda.

Así, al no haber tenido la administración la oportunidad de considerar todos los hechos posibles en vía gubernativa a fin de poder ejercer un control sobre sus propias decisiones, deberá **declararse de manera parcial** la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, circunscribiéndose el estudio de

legalidad, a los argumentos frente a los que existe coincidencia en sede administrativa y judicial, y que se traducen en el resto de cargos invocados, pues todos ellos se sustentan desde la violación al debido proceso.

Así, retomando el norte que brinda el planteamiento del problema jurídico en el asunto bajo estudio, encuentra la Sala, que del panorama procesal se colige que en efecto, una de las obligaciones de las empresas transportadoras que trasladan mercancías sometidas al régimen de tránsito aduanero es la entrega oportuna de las mercancías y de la documentación requerida dentro del plazo que al efecto ha señalado la aduana de partida, de lo contrario se genera el siniestro (incumplimiento) que ampara la póliza que para el efecto contrae el transportador, y por tanto la potestad de la administración de hacerla efectiva.

No obstante lo anterior, en el caso concreto, no puede valorarse la conducta del transportador con base en el carácter objetivo de sus obligaciones, o verificar la pluralidad normativa en ese momento existente de manera aislada, pues, un análisis del marco legal vigente para la época de los hechos, permite que se desvirtúe la presunción de legalidad que reposa sobre los actos acusados.

Considera entonces la Sala, que sin desestimar las obligaciones propias de las empresas transportadoras y el régimen que debe ser atendido por éstas, el artículo 13 del Decreto 1909 de 1992, que modificó parcialmente la legislación aduanera, es claro en señalar, que para efectos aduaneros, la mercancía descargada en puerto o aeropuerto, o transportada por vía terrestre queda bajo responsabilidad del transportador, hasta su entrega a los depósitos habilitados o al declarante según el caso.

En el presente caso es claro y verificable, que la mercancía fue recibida por el mismo declarante PANALPINA S.A., el 19 de abril de 1995, es decir, - dentro del margen de temporalidad autorizado por la DIAN para que SERCARGA finalizara la operación encomendada -; de tal suerte, que no existió la extemporaneidad en virtud de la cual se expidieron los actos acusados, pues con el acto de recibo de la carga de la primera empresa - en calidad de depósito y declarante el 19 de abril de 1995 -, se entiende que era a ésta a quien le

correspondía el trámite de registro final de la mercancía, debido a que para ese momento, la responsabilidad del transportador había terminado, teniéndose en cuenta el contenido normativo en cita

Erró entonces la DIAN al despachar negativamente lo puesto a consideración en sede administrativa, pues debió confirmar a manos de quien, y en que fecha se concretó el recibido material de la carga transportada, para luego sí establecer sobre quien recaía la responsabilidad de efectuar el registro posterior al arribo *conforme* de la mercancía que autorizó transportar, debiendo la Sala concluir, que el ente administrador no actuó de conformidad con la totalidad los lineamientos legales que debió atender, y no entrar a verificar la situación concreta, más allá de tener la declaratoria de incumplimiento como una obligación con presupuestos fácticos objetivos, sujeta a garantía, se traduce en una violación al debido proceso, tal y como se estima en la demanda.

Concluye entonces la Sala, que al existir en autos prueba y sustento jurídico para establecer que la DIAN, con la expedición de las Resoluciones acusadas violó la garantía constitucional del debido proceso, procede la declaratoria de nulidad pretendida.

COSTAS

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

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de indebido agotamiento de vía gubernativa, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes Actos Administrativos:

- Resolución No. 000116 de Mayo 19 de 1995, expedida por la División Operativa de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.
- Resolución No. 003537 de octubre 31 de 2000, proferida por la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que confirma la anterior y concede el recurso de apelación.
- Resolución No. 001835 de agosto 27 de 2001, proferida por el Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación y se confirma la resolución inicial.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, la sociedad actora queda exonerada de responsabilidad y de la declaratoria de efectividad de la Póliza Global de Seguro de Cumplimiento con número N° 11157812 y que de verificarse pago por dicho concepto, se tiene derecho a su devolución por parte de la DIAN.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

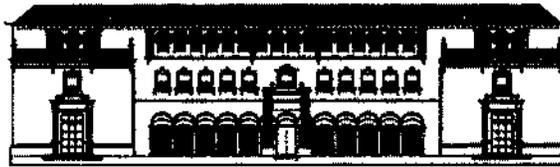
JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

Gmh.

AUSENTE CON PERMISO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1356
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: TRANSCARIBE S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2011-00721-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

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

SENTENCIA No. 299 / 2013

Tema: Sanción por no suministrar información exógena en medio magnético dentro término legal -Resolución No. 12807 de 2006- Improcedencia de la sanción por declaración de renta extemporánea.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 13-001-23-31-040-2011-00721-00

II. PARTES

Demandante: TRANSCARIBE S.A.

**Demandado: NACIÓN- UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL,
DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES.**

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

En oportunidad legal procede esta Sala de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a emitir sentencia de primera instancia en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la entidad TRANSCARIBE S.A., contra la Resolución No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010 y la Resolución confirmatoria No.

900096 de fecha 1 de junio de 2011, expedidas por la División de Liquidación Tributaria de la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena y la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos, respectivamente.

IV.- LA DEMANDA.-

1.- De las pretensiones

El actor solicita de manera principal que se hagan las siguientes declaraciones:

“1. Que SE ANULE el Acto Administrativo contenido en la Resolución Sanción No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, proferido por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, de Cartagena, en contra de la entidad TRANSCARIBE S.A., identificado con el NIT: 806.014.488-5, por la anualidad fiscal del 2006.

2. Que SE ANULE el Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 900096 de fecha 1 de junio de 2011, confirmatorio de la Resolución Sanción No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, proferido por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN.

3. Que, a título de Restablecimiento del Derecho, se reconozcan los efectos del Silencio Administrativo Positivo, en relación con la Resolución No. 900096 de fecha 1 de junio de 2011, Confirmatorio de la Resolución Sanción No, 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, a favor de mi mandante, contribuyente TRANSCARIBE S.A., identificado con el NIT: 806.014.488-5 y, por la anualidad fiscal de 2006. por no haberse notificado, en debida forma, dentro del término legal para ello.

4. Que, a título de Restablecimiento del Derecho se ordene el Archivo Definitivo del expediente No. II-2006-2009-2014, contentivo del proceso administrativo de la investigación por no suministrar información en medios magnéticos, adelantado por la Dirección Seccional de Impuestos Nacionales de Cartagena, contra mi Mandante, Contribuyente TRANSCARIBE S.A., identificado con el NIT: 806.014.488-5 y, por la anualidad fiscal 2006.”

2.- De los Hechos Relevantes.

De acuerdo a la narración cronológica realizada en el acápite correspondiente a los Hechos, se sustraen los siguientes:

El día 4 de abril de 2006, ante el Banco Colpatria, la entidad demandante presentó su denuncia rentístico correspondiente al año gravable 2005, con el Sticker No. 1911501051533-0 y, en el formulario No. 110500550798 - 0, y declaró un PATRIMONIO LIQUIDO (Renglón 43), en la suma \$67.710.105.000 y, un total de INGRESOS BRUTOS (Renglón 51), por la suma de \$1.358.691.000.

La División de Fiscalización Tributaria de la Administración de Impuestos, formuló a la entidad requerimiento ordinario solicitando determinada información relacionada con el año gravable de 2005.

En respuesta a dicho requerimiento, la entidad demandante suministra la información correspondiente y realiza la precisión en cuanto al numeral ocho del mencionado requerimiento y advierte que las transferencias no fueron declaradas como Ingresos, atendiendo al Concepto de la Contaduría General de la Nación y lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto Tributario, en los cuales se señala que *“Las transferencias de recursos, la sustitución de pasivos y otros aportes que haga la Nación o las entidades territoriales, así como las sobretasas, contribuciones y otro gravámenes que se destinen a financiar sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de*

pasajeros, en los términos de la Ley 310 de 1996, no constituyen renta ni ganancia ocasional en cabeza de la entidad beneficiaria”.

Señala la parte demandante que inducida por funcionarios tributarios, corrigió la declaración inicial, por unos errores detectados en la partida de rentas exentas y realizó las siguientes modificaciones:

Total Patrimonio Bruto	41	67.555.102.000
Ingresos Brutos Operacionales	44	-0-
Ingresos B. No Operacionales	45	28.579.632.000
Intereses o Rendimientos Fine.	46	14.602.000
Total Ingresos Brutos	48	28.594.234.000

Posteriormente ampliando la respuesta anterior, radica ante la División de Documentación de Impuestos, los valores relacionados con las transferencias recibidas durante el año gravable 2005:

	En Miles de pesos)
Transferencias del Distrito para Inversión:	\$9.092.317
Transferencias del Distrito para Funcionamiento:	\$ 751.000
TOTAL TRANSFERENCIA DEL DISTRITO:	\$9.843.317
Transferencias recibidas de la Nación:	\$18.706.000
GRAN TOTAL RECIBIDO 2005:	\$28.546.317

Y precisa que dicha partida se encuentra incluida en el renglón 50 de la declaración de corrección.

En una segunda ocasión, la entidad demandante procede a corregir el denunciado rentístico del año gravable de 2005, y determina en la partida del renglón 46- Intereses o rendimientos financieros- en la partida 45- Ingresos brutos no operacionales. Con la corrección queda así:

Total Patrimonio Bruto	41	67.555.102.000
Ingresos Brutos Operacionales	44	-0-
Ingresos B. No Operacionales	45	28.594.234.000
Intereses o Rendimientos Fine.	46	-0-
Total Ingresos Brutos	48	28.594.234.000

A la entidad actora se le inicia investigación por cuanto obtuvo ingresos brutos por el año 2005 por valor de \$2.247.448.00, con lo cual reunía los presupuestos para estar obligado a presentar la información exógena del año gravable 2006.

Mediante pliego de cargos No. 062382009000437 de fecha 26 de octubre de 2009, se propuso sanción de \$269.640.000 sobre base gravable de \$231.409.518.000 aplicándose la máxima tarifa del 5% sobre los valores que, según la parte actora, la entidad demandada le había hecho modificar en sus declaraciones.

La entidad presenta respuesta al pliego de cargos formulado y señala que TRANSCARIBE S.A., no está obligada a suministrar información en medios magnéticos para dicho año, ya que tales ingresos fueron inferiores a los establecidos en la Resolución No. 12807 de 2006.

Mediante Resolución No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010 se impone la sanción propuesta en la tarifa del 5% sobre el valor estipulado en el pliego de cargos.

Ante la División de Documentación, el día 15 de Julio de 2010, se presenta memorial de Recurso de Reconsideración, solicitando se revoque la sanción y se acepte la información exógena presentada el día 16 de agosto de 2007, teniendo en cuenta lo establecido en la Resolución No. 12807 de 2006, así como el monto de los ingresos declarados en su Declaración Inicial del año gravable 2005, en atención a que la entidad demandante declaró "correctamente" sus ingresos en la suma de \$1.358.691.000 y, que por lo tanto, al no superar el tope de los \$1.500.000.000 no quedaba incurso en la obligación de suministrar la información.

Dicho recurso es resuelto de forma desfavorable a la entidad peticionaria y por consiguiente se confirma la sanción.

3. De los Cargos de Violación:

- El acto es nulo porque se encuentra falsamente motivado: sostiene como argumentos para el presente punto lo siguiente: *"(...) Los funcionarios de impuestos nacionales, inician la investigación contra mi Mandante y, provocan, ellos, así no lo quieran reconocer, la corrección de la privada de mi Mandante, No una vez, sino TRES (03), hasta cuando colocan a TRANSCARIBE S.A., en las condiciones que ellos deseaban, es decir, que incluyeran las transferencias, realizadas por la Nación y el Distrito de Cartagena de Indias, para el proyecto de transporte masivo, en el rubro de Ingresos, contrariando así, tanto lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto Tributario, el cual expresamente, señala que dichos aportes, los cuales, además son del Estado, que "se destinen a financiar sistemas de servicio público urbano de transporte masivo de pasajeros. en los términos de la Ley 100 de 1996, no constituyen renta ni ganancia ocasional, en cabeza de la entidad beneficiaria".*

Más adelante afirma: *"Otra razón para poder alegar el Vicio de Falsa Motivación, es el hecho de que los funcionarios tributarios no tienen claridad en lo dispuesto por el Artículo 53 del E.T., y, no le dan valor probatorio a documentos tan importantes como lo son: El Manual Financiero de la Contaduría General de la Nación, entidad pública creada para ello, precisamente; el Certificado de Existencia y Representación Legal, expedido por la entidad encomendada por el Gobierno Nacional, para la guarda del Registro Público de todas las actuaciones de los comerciantes y, asimilados y, la Escritura Pública No. 0071 del 4 de febrero de 2004, la cual también fue aportada al expediente, pero para los funcionarios tributarios, estas pruebas, no son conducentes y pertinentes.*

Y, claro que sí lo son, habida cuenta de que lo que se trata es de demostrar que, en razón de su naturaleza, objeto social y normas contables a las cuales está sometida, TRANSCARIBE S.A., recibe Transferencias de la Nación y del Distrito de Cartagena, transferencias, que de haberse estudiado un poco al detalle el tema, se encontrarían con las mismas, en realidad son aportes, que ingresan a una Fiduciaria y, son destinadas para las obras que acomete TRANSCARIBE S.A., a nombre de la Nación y del Distrito, dentro del plan de Cofinanciamiento a cargo de las tres (3) Entidades. Es decir: Que estas transferencias, en realidad son pasivos que tendría TRANSCARIBE S.A., a favor de la Nación y del Distrito, mientras se realizan las obras en las cuales participan apoyando su financiación (...)"

- Inexistencia de verificación y ausencia de gradualidad de la sanción ante eventual daño: considera que al ente demandante se le impuso el máximo de la sanción prevista, sin que se le hubiera hecho la valoración o se demostraran las razones para dicha graduación de la sanción, y sin que se le hubiese demostrado el daño ocasionado.
- Indebida notificación del acto que decide el recurso- ocurrencia del silencio administrativo positivo: señala la apoderada de la parte demandante que la notificación no se surtió bajo el respeto de todos los parámetros que guían el procedimiento de notificación –envío de oficio de citación, espera de los términos legales para que concurriese el contribuyente a notificarse personalmente, y publicación del edicto-. Y por el contrario se precedió a notificar al representante legal del acto administrativo en el domicilio del contribuyente.

De las normas violadas y de la reseña del concepto de violación.

El actor considera vulneradas las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

- Constitución Política: Artículo 29, 228.
- Estatuto tributario: Artículos 53, 656, 683, 730 y 734

El quebranto de las normas constitucionales se supedita en primer lugar a la violación al debido proceso, ya que el acto que confirma la resolución sanción no es notificado en debida forma y se quebrantaron los procedimientos consagrados en los artículos del Estatuto Tributario.

Y de otro lado, se encuentra la violación al prevalencia del derecho sustancial al desconocer los valores señalados en su declaración y obligando al ente demandante a modificar su declaración en el año 2008 para imponerle una sanción cuya fecha de exigibilidad era en el año 2007.

Finalmente, en cuento a la infracción de las normas señaladas en el Estatuto Tributario, determina que hubo infracción al procedimiento para notificar las resoluciones que deciden recursos; y que se consagra una causal de nulidad del acuerdo al artículo 730 del E.T., al haberse expedido actos cuando ya se encontraba en firme por operar el silencio administrativo positivo.

V.- LA CONTESTACION.

La DIAN, a través de apoderada contestó en término la demanda mediante memorial presentado el 08 de agosto de 2012, donde luego de hacer un pronunciamiento respecto de los hechos de la demanda, procedió a emitir unas breves consideraciones respecto a los argumentos expuestos por la accionante:

Como razones de su defensa señala lo siguiente:

"(...) legalidad de la resolución sanción por no informar dentro de los plazos establecidos.

(...)

Al ser corregida y sustituida la declaración inicial del impuesto sobre la renta del año gravable 2005 en forma valida mediante declaraciones presentadas en forma voluntaria y dentro de la oportunidad legal Nos 2383001379091 el 21 de septiembre de 2007 (folios 162 a 163), 2383001384492 el 13 de noviembre de 2007 (folios 164 a 167).2383001426507 el 20 de octubre de 2008, las cuales fueron aportadas con el recurso (folios 88 a 90), Se observa que registraron un total de ingreso brutos por \$ 28.594.234.000 (folios 168 a 169), el cual supera el tope de \$ 1.500.000.000 que establece el literal a) del artículo 1° de la resolución No. 12807 de 2006.

Respecto el argumento del accionante que se tenga en cuenta el valor de los ingresos brutos que consta en su declaración inicial del impuesto de renta y complementarios del año gravable 2005 con el No. 1911601051183 de abril de 2006 , en la cual se registro en el renglón "Total de ingresos brutos" la suma de \$ 1.358.691.000 (folios 158 a 160), se observó que debido a que quedó la declaración inicial sustituida con cada una de las declaraciones de corrección presentadas, es allí donde se refleja el total de ingresos brutos declarados en forma voluntaria por el contribuyente.

El argumento que cumplió con la obligación de informar como consecuencia de lo previsto en el literal c) del artículo 1° de la resolución No. 12807 del 2006 relativo a las retenciones que hubiere practicado, no justifica el incumplimiento de la obligación de informar de que trata el literal a) del artículo 1° de la misma resolución que motivó la sanción objeto de estudio, cuyo contenido es distinto, esto es lo previsto en los literales b),c), d), f), h), i) y k) del artículo 631 de Estatuto Tributario.

(...)

Al ser voluntarias las correcciones a la declaración inicial en las que incluyo el valor de las transferencias de la nación como ingresos, aspecto por el cual aumentó el valor de los ingresos brutos declarados, no son suficientes en esta oportunidad, así como no lo fueron en la vía gubernativa, los argumentos relativos a la conclusión o la incertidumbre sobre si se debió sumar tales cuantía como ingresos fiscalmente al obrar en las declaraciones que gozan de presunción de veracidad que consagra el artículo 746 de Estatuto Tributario, ya que de considerarlo el contribuyente así debió corregir oportunamente para excluirla, sin que sea esta la oportunidad para debatir los datos declarados por cuanto no se trata de un proceso de determinación. (...)"

En cuanto al material probatorio presentado en el recurso, determinó:

"(...) Reconocido por el mismo contribuyente en las declaraciones de corrección el valor de los ingresos brutos, así como identificado por el mismo el concepto de lo percibido por cada una de las "transferencias", al igual que la finalidad de las mismas, no es necesario efectuar un análisis contable para concluir sobre los ingresos fiscales susceptibles de ser declarados, máxime cuando no obra en el expediente tales documentos. ni se aportaron con el recurso. (...)"

Así mismo, la parte demandada se refiere al cargo de indebida notificación del acto que resolvía el recurso de reposición interpuesto al acto sancionatorio, y sostiene que:

"En relación a este punto tenemos que si bien es cierto como lo manifiesta el accionante de que la administración tenía hasta 1 año para decidir y notificar la resolución que resuelve el recurso, es válido y pertinente aclarar en este punto, que el mismo se hizo dentro del término, toda vez que su interposición fue el 15 de julio de 2010 y la notificación del recurso fue realizada el 11 de julio de 2011, lo que a todas luces nos demuestra que se realizó dentro del término legal, descartando así lo expresado por el accionante en este punto. (...)"

Aduce que la notificación personal se realizó por el funcionario de documentación, quien se encontraba encargado para surtir la misma, y que se procedió conforme a derecho ya que se puso de presente al representante legal y en la dirección que se había indicado en el recurso.

Finalmente, en cuanto a las normas violadas y concepto de violación manifiesta que no se concretó la conducta de acción o de omisión del artículo 29 y 228 de la Constitución Nacional, como tampoco se indicó el alcance o sentido de la violación.

Y agrega:

"Así mismo, se observa que en el escrito de demanda, la apoderada del accionante, manifiesta que se, violan los artículos 53, 656, 683, 730 y 734 del Estatuto Tributario, de los cuales solo se limita a enunciarlos pero no concretiza en qué sentido se violaron los mismos con el actuar de la DIAN, no desarrollando así el concepto de violación, incumpliendo nuevamente con el requisito contemplado en el artículo 137 Numeral 4 del Código Contencioso Administrativo; por lo que igualmente este cargo debe ser desestimado.

Así las cosas, rechazamos el concepto de violación argüido por la demandante enunciados en su concepto de violación, por todo lo anteriormente expuesto. (...)"

VI.- TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada ante la oficina de reparto de los juzgados administrativos de Cartagena el día 10 de noviembre de 2011, donde inmediatamente fue repartida, correspondiéndole su conocimiento al Despacho 004.

Posteriormente de conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Con auto de fecha 15 de junio de 2012 se admitió la demanda y en ese mismo proveído además se ordenó realizar las notificaciones pertinentes. Fl. 75.

Cumplidas todas las notificaciones, el proceso luego fue fijado en lista por el término legal de diez (10) días, hasta el 8 de agosto de 2012, periodo dentro del cual oportunamente la parte demandada contestó la demanda a través de apoderada constituida para el efecto, mediante memorial presentado el último día de fijación en lista y que se halla visible a folios 82 a 142 del expediente, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda con argumentos a los cuales ya hicimos alusión.

Vencido el plazo de la fijación en lista, y al observarse que se habían aportado con la contestación de la demanda todas las pruebas que se hallaban en poder de la parte accionada se procedió a abrir el período probatorio teniéndose como pruebas según su mérito legal, los documentos allegados en la demanda y su contestación; se y de igual forma, se prescindió del período probatorio, y se ordenó el traslado a las partes para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión, por el término común de diez (10) días y vencido este término, traslado del expediente al señor Agente del Ministerio Público, por el mismo término, para que rindiera concepto si así lo solicitaba.

La señora Procuradora Judicial delegada para el Despacho desistió de emitir concepto.

X.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral tercero (3) del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por cuanto se controvierte un acto administrativo de autoridad del orden nacional y la cuantía excede de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

2. Actos administrativos demandados.

- Resolución Sanción No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN de Cartagena, en contra de la entidad TRANSCARIBE S.A., identificada con el NIT: 806.014.488-5, por la anualidad fiscal del 2006.
- Resolución No. 900096 de fecha 1 de junio de 2011, confirmatoria de la Resolución Sanción No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, proferido por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN.

3. Síntesis del caso

La entidad demandante TRANSCARIBE S.A., persigue se declare la nulidad de los actos antes señalados, por cuanto i) aduce que se encuentran falsamente motivados toda vez que atendiendo a las "recomendaciones" de los funcionarios de turno se realizaron correcciones a la declaración de renta año gravable 2005 y en la última corrección –la cual quedó en firme- verifica la entidad demandada que TRANSCARIBE S.A., incumplió la obligación de informar en medio magnético lo relacionado con los literales a) de los artículos 1° y 2° de la Resolución No. 12708 de 2006 dentro del plazo legal.

A juicio del ente demandante, las recomendaciones efectuadas por los funcionarios obedecen a la falta de claridad respecto al artículo 53 del Estatuto Tributario; y agregan que las transferencias de la Nación y el Distrito de Cartagena corresponden a aportes destinados a las obras que acomete TRANSCARIBE S.A., dentro del plan de Cofinanciamiento a cargo de los tres. Por tanto, estas transferencias son pasivos a favor de la Nación y del Distrito mientras se realizan las obras apoyando su financiación.

En segundo lugar afirma la (ii) inexistencia de verificación y ausencia de gradualidad de la sanción ante eventual daño, al considerar que al ser una sociedad anónima con directa participación estatal, no se la causado perjuicio alguno a la administración, como tampoco se ha tenido en cuenta el margen de flexibilidad que permite a la administración graduar la sanción atendido a las circunstancias de cada caso. A la entidad demandante se le impuso el máximo de la sanción sin que se hubiere hecho la valoración o se demostrara las razones para dicha graduación y sin que se hubiere demostrado el daño ocasionado.

Y finalmente, (iii) expone que en el presente asunto se está en presencia de una indebida notificación del acto que decide el recurso- y de ésta forma ha operado el silencio administrativo positivo. Manifiesta que el procedimiento de notificación no se sujetó a las normas que se consagran en el Estatuto Tributario.

Por su parte, el ente demandado -U.A.E. DIAN- asegura que las declaraciones de corrección oportunas y válidamente presentadas por el contribuyente en las cuales registró como ingresos brutos valores por el concepto de transferencias para inversión y funcionamiento y recibidas de la Nación, constituyó el motivo para que la Administración no continuara con el proceso de determinación, por lo tanto, ésta no es la instancia para revivir la discusión si constituyen o no ingresos fiscales las transferencias.

Para la entidad demandada, la remisión a los datos declarados resulta válida en la medida que es ésta la que traba la relación jurídica entre la administración y el contribuyente, la cual por presumirse veraz, y sin haberse desvirtuado mediante otra declaración oportuna, constituye la prueba idónea para establecer la obligación de informar en medios magnéticos.

En este sentido, -la U.A.E. DIAN- considera que sí existió la obligación de informar en medios magnéticos, y al verificarse que no se realizó dentro del término legal para ello, la sanción es totalmente procedente.

Y finalmente, con relación al cargo de indebida notificación, el ente demandado afirma que no ha existido, toda vez que la notificación personal, como notificación preferente a cualquier otra clase de notificación, fue la llevada a cabo y fue la que materializó el derecho de haberse puesto en conocimiento al contribuyente recurrente sobre la decisión tomada en segunda oportunidad –reconsideración- por la administración nacional.

4. El problema jurídico.

El problema jurídico a determinar en el presente asunto, consiste en establecer : (i) si la resolución sancionatoria y su acto confirmatorio, se encuentran ajustado al ordenamiento jurídico, al haberse configurado según la parte demandada, el incumplimiento a la obligación de información en medio magnético lo relacionado en la Resolución No. 12708 de 2006; información requerida para estudios y cruces de conformidad con el artículo 651 del Estatuto Tributario.

Y como problemas jurídicos subsidiarios, (ii) estableciéndose que sí correspondía a la sociedad demandante cumplir con la obligación objeto de sanción, se procederá a determinar si la sanción estuvo ajustada a los criterios de gradualidad.

Y finalmente, (iii) al haberse determinado la validez del acto (por encontrarse ajustado a las normas que le sirven de fundamento), se procederá al estudio de su eficacia, verificando si estuvo o no debidamente notificado.

5. De la situación fáctica probada

En primer lugar, se procederá inicialmente a establecer cuáles son los hechos que se encuentran debidamente probados, todo a fin de poder identificar el conflicto de intereses a solucionar.

En el expediente se encuentra acreditado:

La existencia y representación legal de la empresa demandante.

En efecto, a folios 108 respaldo al 112 se encuentra anexada, copia autentica del certificado de existencia y representación legal de la sociedad **TRANSCARIBE S.A.**, expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena el día 13 de agosto de 2010, y del cual se puede constatar que dicha empresa cuenta con la matrícula No. 09-183809-04 y que su representación legal la ejerce el señor ENRIQUE CHARTUNI GONZÁLEZ en calidad de gerente.

Se tienen igualmente como ciertos, por aceptación expresa de la parte demandada expresada en la contestación de la demanda, los siguientes hechos:

- El hecho número uno, consistente en que la empresa demandante presentó declaración de renta identificada con sticker 1911501051533-0 correspondiente al año gravable 2005, el día 4 de abril de 2006, en cuyo renglón 43 PATRIMONIO LÍQUIDO se declaró: \$67.710.105.000 y en el renglón 51 INGRESOS BRUTOS, se declaró la cifra de \$1.358.691.000. (Fl. 81)¹.
- El hecho número dos, consistente en que la administración de impuestos demandada, por intermedio de la División de Fiscalización Tributaria, formuló a la demandante requerimiento ordinario No. 901.634 en el cual se solicitó a la entidad actora le suministrara determinados documentos y explicara los motivos por los cuales i) estaba declarando renta líquida como exenta y ii) la

¹ Así mismo aparece con sticker No. 2383001379091 con fecha de presentación 21 de septiembre de 2007 y se declaró como total ingresos bruto la suma de \$28.594.234.000, sticker No. 2383001384492 con fecha de presentación 13 de noviembre de 2007; sticker No. 2383001426507 con fecha de presentación 20 de octubre de 2008.

razón por la cual no declaró las transferencias de la Nación como ingresos teniendo el deber de hacerlo. (Fls. 55 a 57).

Dando respuesta a lo anterior, la entidad demandante, en memorial presentado el 21 de septiembre de 2007, manifiesta que procede a corregir la declaración de renta teniendo en cuenta al manejo tributario que se otorga a las transferencias, las cuales son consideradas como ingreso pero no constituye renta ni ganancia ocasional. Afirma de igual forma, que al corregirse lo anterior queda corregido el punto cuestionado en cuanto a la que la renta líquida se encontraba exenta y finalmente que los ingresos operacionales en realidad correspondían a no operacionales, los cuales tampoco constituyen rentas un ganancia ocasional.

- Se encuentra dentro del expediente que se formuló pliego de cargos de la sociedad actora, fecha 26 de octubre de 2009, en el cual se propone sanción por no cumplir con la obligación de presentar la información de que trata el artículo 631 del Estatuto Tributario, recibida el 03 de noviembre de 2009. (Fls. 45 a 51).
- Y se dio Respuesta al pliego de cargos reiterando nuevamente que el valor de \$28.594.234.000 corresponde a transferencias de la nación y del Distrito de Cartagena y otros ingresos para gastos de funcionamiento. Por lo que realizando tal discriminación, los recursos recibidos por concepto de aportes de la Nación y del Distrito de Cartagena para inversión en la estructura del proyecto no constituyen ingresos para TRANSCARIBE S.A., pues no incrementan su patrimonio neto, y los recursos para gastos de funcionamiento –que no son invertidos en la infraestructura del proyecto- constituyen ingresos para TRANSCARIBE, al incrementar su patrimonio al momento de su causación o de recibidos². (Fls. 50 a 53).

² En respuesta al pliego de cargos se discrimina el concepto de. "Otros ingresos para gastos de funcionamiento en \$162.099 000) Es decir que no llega al monto de tal obligación.

- Resolución sanción de fecha 21 de mayo de 2010, en la cual se impone el valor de la misma en \$296.640.000, tomándose para su tasación lo dispuesto en el literal a) del artículo 1° de la Resolución No. 11774 de 2005, al no haber suministrado la información exigida. (Fls. 68 a 75).
- Recurso de reconsideración contra la resolución sanción radicado el 15 de julio de 2010. (Fls. 76 a 87).
- Resolución No. 900096 de fecha 1 de junio de 2011, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración, confirmándose la resolución sanción a la entidad demandante y notificada el 12 de julio de 2011.

6. Normatividad aplicable

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, el presente asunto se encuentra delimitado en gran parte, a esclarecer si la parte actora, como entidad contribuyente, incumplió su obligación tributaria de presentar la información exigida en el artículo 631 del Estatuto Tributario; información que resulta imperiosa para que la Administración pueda efectuar los estudios y cruces de información necesarios y ejercer el debido control de los tributos.

En tal sentido, tenemos el artículo 631 del Estatuto Tributario, sin la modificación efectuada al inciso primero por la Ley 1607 de 2012, señala:

“ARTICULO 631. PARA ESTUDIOS Y CRUCES DE INFORMACIÓN Y EL CUMPLIMIENTO DE OTRAS FUNCIONES. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 684 y demás normas que regulan las facultades de la Administración de Impuestos, el Director de Impuestos Nacionales podrá solicitar a las personas o entidades, contribuyentes y no contribuyentes, una o varias de las siguientes informaciones, con el fin de efectuar los estudios y cruces de información necesarios para el debido control de los tributos:

a. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades que sean socias, accionistas, cooperadas, comuneras o asociadas de la respectiva entidad, con indicación del valor de las acciones, aportes y demás derechos sociales, así como de las participaciones o dividendos pagados o abonados en cuenta en calidad de exigibles.

b. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades a quienes se les practicó retención en la fuente, con indicación del concepto, valor del pago o abono sujeto a retención, y valor retenido.

c. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades que les hubieren practicado retención en la fuente, concepto y valor de la retención y ciudad donde les fue practicada.

d. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los beneficiarios de los pagos que dan derecho a descuentos tributarios, con indicación del concepto y valor acumulado por beneficiario.

e. <Literal modificado por el artículo 133 de la Ley 223 de 1995. Valores absolutos que regirán para el año 2001 establecidos por el artículo 3 del Decreto 2661 de 2000. Ver Notas de Vigencia sobre los valores absolutos para años posteriores. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los beneficiarios de pagos o abonos, que constituyan costo, deducción o den derecho a impuesto descontable, incluida la compra de activos fijos o movibles, en los casos en los cuales el valor acumulado del pago o abono en el respectivo año gravable sea superior diecinueve millones cien mil pesos (\$19.100.000); con indicación del concepto, retención en la fuente practicada e impuesto descontable.

f. <Literal modificado por el artículo 133 de la Ley 223 de 1995. Valores absolutos que rigen para el año 2001, establecidos por el Artículo 3 del Decreto 2661 de 2000. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades de quienes se recibieron ingresos, en los casos en los cuales el valor acumulado del

ingreso en el respectivo año gravable sea superior a cuarenta y siete millones setecientos mil pesos (\$47.700.000) con indicación del concepto e impuesto sobre las ventas liquidado cuando fuere el caso.

g. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada una de las personas o entidades de quienes se recibieron ingresos para terceros y de los terceros a cuyo nombre se recibieron los ingresos, con indicación de la cuantía de los mismos.

h. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los acreedores por pasivos de cualquier índole, con indicación de su valor.

i. Apellidos y nombres o razón social y NIT de cada uno de los deudores por concepto de créditos activos, con indicación del valor del crédito.

j. <Valores absolutos que rigen para el año 2001, establecidos por el Artículo 3 del Decreto 2661 de 2000. Descripción de los activos fijos adquiridos en el año, cuyo costo de adquisición exceda de siete millones cuatrocientos mil pesos (\$7.400.000), con indicación del valor patrimonial y del costo fiscal.

k. La discriminación total o parcial de las partidas consignadas en los formularios de las declaraciones tributarias.

l. <Literal adicionado por el artículo 14 de la Ley 383 de 1997. El valor global de las ventas o prestación de servicios por cada uno de los establecimientos comerciales con indicación del número y tipo de máquina registradora y/o intervalos de numeración de facturación de venta utilizada en el año, ciudad y dirección del establecimiento;

m. <Literal adicionado por el artículo 14 de la Ley 383 de 1997. Valores absolutos que rigen para el año 2001, establecidos por el Artículo 3 del Decreto 2661 de 2000. Cuando el valor de la factura de venta de cada uno de los beneficiarios de los pagos o abonos, que constituyan costo, deducción u otorguen derecho a impuesto descontable, incluida la compra de activos fijos o movibles, sea superior a ocho

millones cien mil pesos (\$8.100.000), se deberá informar el número de la factura de venta, con indicación de los apellidos y nombres o razón social y el NIT del tercero.

PARAGRAFO 1o. La solicitud de información de que trata este artículo, se formulará mediante resolución del Director de Impuestos Nacionales, en la cual se establecerán, de manera general, los grupos o sectores de personas o entidades que deben suministrar la información requerida para cada grupo o sector, los plazos para su entrega, que no podrán ser inferiores a dos (2) meses, y los lugares a donde deberá enviarse.

PARAGRAFO 2o. <Ver Notas de Vigencia. Valores absolutos que regirán para el año 2004 establecidos por el artículo 41 del Decreto 3805 de 2003. Cuando se trate de personas o entidades que en el último día del año inmediatamente anterior a aquél en el cual se solicita la información, hubieren poseído un patrimonio bruto superior a tres mil trescientos sesenta y ocho millones ochocientos mil pesos (\$3.368.800.000), o cuando los ingresos brutos de dicho año sean superiores a seis mil setecientos treinta y siete millones setecientos mil pesos (\$6.737.700.000), la información a que se refiere el presente artículo, deberá presentarse en medios magnéticos que sean procesables por la Dirección de Impuestos Nacionales.

PARÁGRAFO 3. <Parágrafo adicionado por el artículo 14 de la Ley 383 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> La información a que se refiere el presente artículo, así como la establecida en los artículos 624, 625, 628 y 629 del Estatuto Tributario, deberá presentarse en medios magnéticos o cualquier otro medio electrónico, para la transmisión de datos, cuyo contenido y características técnicas serán definidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por lo menos con dos meses de anterioridad al último día del año gravable por el cual se solicita la información."

Regulando el anterior precepto, la U.A.E. DIAN, expide la Resolución No. 12807 de 2006, en la cual se determinó sobre quienes recaía la obligación de suministrar la información establecida en los literales a), b), c), d), e), f), h) i) y k) del artículo 631 del Estatuto Tributario.

"ARTÍCULO 1. SUJETOS OBLIGADOS A PRESENTAR INFORMACIÓN POR EL AÑO GRAVABLE 2006.

- a) Las personas naturales, personas jurídicas y asimiladas, y demás entidades públicas y privadas obligadas a presentar declaración del impuesto sobre la Renta y Complementarios o de Ingresos y Patrimonio cuando sus ingresos brutos del año gravable 2005 sean superiores a mil quinientos millones de pesos (\$ 1.500.000.000).*

- b) Las Personas Jurídicas y asimiladas, calificadas como Grandes Contribuyentes a la fecha de publicación de la presente Resolución, obligadas a presentar declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios o de Ingresos y Patrimonio, sean Entidades Públicas o Privadas, independientemente del monto de los ingresos obtenidos.*

- c) Todas las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos mutuos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho que efectuaron retenciones en la fuente durante el año gravable 2006, independientemente del monto de los ingresos obtenidos.*

- d) Los Consorcios y Uniones Temporales que durante el año gravable 2006 hubieren efectuado transacciones económicas, independientemente del monto de los ingresos obtenidos, sin perjuicio de la información que deban suministrar los consorciados de las operaciones inherentes a su actividad económica ejecutadas directamente por ellos.*

- e) Las personas o entidades que actuaron como Mandatarios o Contratistas, independientemente del monto de los ingresos percibidos.*

f) Las Sociedades Fiduciarias que durante el año gravable 2006 administraron patrimonios autónomos y/o encargos fiduciarios, independientemente de sus ingresos.

g) Los entes públicos del nivel nacional y territorial de los órdenes central y descentralizado contemplados en el artículo 22 del Estatuto Tributario (2), no obligados a presentar Declaración de Ingresos y Patrimonio, cuando sus ingresos brutos del año gravable 2005 sean superiores a mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000). Para determinar esta cuantía, se deben tener en cuenta los ingresos brutos reflejados en los estados financieros a 31 de Diciembre de 2005.

h) Los Secretarios Generales de los órganos que financien gastos con recursos del Tesoro Nacional, no enunciados en los literales a), b) o g), del presente artículo independiente de la cuantía de ingresos obtenidos.”

Lo que dichas personas deben suministrar, corresponde a lo siguiente:

“ARTÍCULO 2. Información a suministrar por parte de los obligados.

a) Las Personas Jurídicas y asimiladas, obligadas a presentar declaración del Impuesto sobre la Renta y Complementarios o de Ingresos y Patrimonio, sean Entidades Públicas o Privadas y las Personas Naturales obligadas a presentar declaración del impuesto sobre la Renta y Complementarios, cuando los ingresos brutos del año gravable 2005 sean superiores a mil quinientos millones de pesos (\$ 1.500.000.000) están obligadas a suministrar la información de que tratan los literales b), c), d), e), f), h), i) y k) del artículo 631 del Estatuto Tributario (1) .

Las Personas Jurídicas y asimiladas con ánimo de lucro, obligadas a presentar declaración del impuesto sobre la renta y complementarios, adicionalmente, deben suministrar la información de que trata el literal a) del <http://www.estatutotributario.com/631> artículo 631 del Estatuto Tributario.

b) Las Personas Jurídicas y asimiladas calificadas como Grandes Contribuyentes a la fecha de publicación de la presente Resolución, están obligadas a suministrar la

información de que tratan los literales b), c), d), e), f), h), i) y k) del artículo 631 del Estatuto Tributario ; adicionalmente los Grandes Contribuyentes con ánimo de lucro deben reportar el literal a) del mismo artículo.

c) Las personas o entidades enunciadas en el literal c) del artículo primero de la presente Resolución, están obligadas a suministrar la información de que trata el literal b) del artículo 631 del Estatuto Tributario.

d) Las entidades enunciadas en el literal d) del artículo primero de la presente Resolución, están obligadas a suministrar la información de que tratan los literales b), e) y f) del artículo 631 del Estatuto Tributario, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la presente Resolución.

Lo anterior sin perjuicio de la información que deban suministrar los consorciados o asociados, si cumplen los topes establecidos en el artículo primero de la presente Resolución, de las operaciones inherentes a su actividad económica.

e) Las personas o entidades que actuaron como Mandatarios o Contratistas, están obligadas a suministrar la información de que tratan los literales b), e), f), h) e, i) del artículo 631 del Estatuto Tributario, relacionada con las operaciones inherentes a las actividades ejecutadas en desarrollo de cada uno de los Contratos de Mandato o de Administración Delegada, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la presente Resolución.

Lo anterior sin perjuicio de la información que deba suministrar el Mandatario o Administrador si cumple los topes establecidos en el artículo primero de la presente Resolución, de las operaciones inherentes a su actividad económica.

f) Las Sociedades Fiduciarias que durante el año 2006 administraron patrimonios autónomos y/o encargos fiduciarios, deberán informar bajo su propio NIT y Razón Social el valor patrimonial de los derechos fiduciarios, las utilidades causadas, los pagos o abonos en cuenta realizados con recursos del fideicomiso y las retenciones practicadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la presente Resolución.

Lo anterior sin perjuicio de la información que deba suministrar la Fiduciaria sí cumple los topes establecidos en el artículo primero de la presente Resolución, en relación con operaciones propias.

g) Los entes públicos del nivel nacional y territorial, de los órdenes central y descentralizado, señalados en el literal g) del artículo 1° de la presente resolución, están obligados a suministrar la información de que tratan los literales b) y e) del artículo 631 del Estatuto Tributario.

h) Los Secretarios Generales de los órganos que financien gastos con recursos del Tesoro Nacional, no enunciados en los literales a), b) o g), del presente artículo, deberán suministrar la información de que trata los literales b) y e) del artículo 631 del Estatuto Tributario (1) , de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la presente Resolución.

Parágrafo. Información a reportar por la fracción del año gravable. *Las personas naturales que cancelen su registro mercantil o terminen sus actividades y las personas jurídicas y asimiladas, y demás entidades que se liquiden durante el año y que para la fecha de expedición de la presente Resolución no hayan cancelado el Registro Único Tributario y cumplan los requisitos para estar obligados a reportar la información de que trata el artículo 631 del Estatuto Tributario, deberán informar antes de la cancelación del Registro Único Tributario, por la fracción de año con el contenido y las características técnicas señalados en esta resolución."*

Y los plazos a suministrar dicha información se concretaron en los siguientes:

“ARTÍCULO 18. PLAZOS PARA PRESENTAR LA INFORMACIÓN. *Para la entrega de la información solicitada en la presente Resolución, deberá tenerse en cuenta el último dígito del NIT del informante cuando se trate de un Gran Contribuyente o los dos últimos dígitos del NIT del informante cuando se trate de una persona jurídica y asimilada o de una persona natural, y suministrarse a más tardar en las siguientes fechas:*

(...)

PERSONAS JURÍDICAS Y ASIMILADAS Y PERSONAS NATURALES:

Fecha Últimos Dígitos

Marzo 20 de 2007 51 61 71 81 91

Marzo 21 de 2007 01 11 21 31 41

Marzo 27 de 2007 03 13 23 33 43

(...)

Abril 16 de 2007 56 66 76 86 96

(...)

Abril 20 de 2007 58 68 78 88 98

(...)"

De igual forma, consagra la Resolución mencionada, que en caso de no suministrar la información dentro del término legal, o cuando el contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirá en la sanción prevista en el artículo 651 del Estatuto Tributario.

"Artículo 651. Sanción por no enviar información. <Inciso modificado por el artículo 55 de la Ley 6 de 1992> Las personas y entidades obligadas a suministrar información tributaria así como aquellas a quienes se les haya solicitado informaciones o pruebas, que no la suministren dentro del plazo establecido para ello o cuyo contenido presente errores o no corresponda a lo solicitado, incurrirán en la siguiente sanción:

a) <Literal modificado por el artículo 55 de la Ley 6 de 1992> Una multa hasta de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000.00), (15.000 UVT), la cual será fijada teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- Hasta del 5% de las sumas respecto de las cuales no se suministró la información exigida, se suministró en forma errónea o se hizo en forma extemporánea.

- Cuando no sea posible establecer la base para tasarla o la información no tuviere cuantía, hasta del 0.5% de los ingresos netos. Si no existieren ingresos, hasta del 0.5% del patrimonio bruto del contribuyente o declarante, correspondiente al año inmediatamente anterior o última declaración del impuesto sobre la renta o de ingresos y patrimonio.

b) El desconocimiento de los costos, rentas exentas, deducciones, descuentos, pasivos, impuestos descontables y retenciones, según el caso, cuando la información requerida se refiera a estos conceptos y de acuerdo con las normas vigentes, deba conservarse y mantenerse a disposición de la Administración de Impuestos.

Cuando la sanción se imponga mediante resolución independiente, previamente se dará traslado de cargos a la persona o entidad sancionada, quien tendrá un término de un (1) mes para responder.

La sanción a que se refiere el presente artículo, se reducirá al diez por ciento (10%) de la suma determinada según lo previsto en el literal a), si la omisión es subsanada antes de que se notifique la imposición de la sanción; o al veinte por ciento (20%) de tal suma, si la omisión es subsanada dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha en que se notifique la sanción. Para tal efecto, en uno y otro caso, se deberá presentar ante la oficina que está conociendo de la investigación, un memorial de aceptación de la sanción reducida en el cual se acredite que la omisión fue subsanada, así como el pago o acuerdo de pago de la misma.

En todo caso, si el contribuyente subsana la omisión con anterioridad a la notificación de la liquidación de revisión, no habrá lugar a aplicar la sanción de que trata el literal b). Una vez notificada la liquidación sólo serán aceptados los factores citados en el literal b), que sean probados plenamente.”

Y el artículo 1° de la Resolución 11774 de 2005, la cual regula la sanción establecida en el artículo antes transcrito, determinó, con relación a los parámetros de graduación los siguientes:

“Artículo 1°. Graduación de la sanción cuando existe base para imponerla. La sanción de que trata el inciso segundo del literal a) del artículo 651 del Estatuto Tributario se aplicará en forma gradual de acuerdo con la conducta en la cual incurrió el contribuyente o el obligado, según el caso, teniendo en cuenta el tope máximo establecido en el citado literal y los criterios que a continuación se enuncian:

a) Cuando se trate de la información exigida y no suministrada, se aplicará el cinco por ciento (5%), del total de la sumatoria de la información no suministrada;

b) Cuando se trate de la información suministrada en forma extemporánea, se aplicará el cinco por ciento (5%), del total de la sumatoria de la información suministrada en forma extemporánea;

c) Cuando se trate de la información suministrada por la persona o entidad obligada, pero sin el cumplimiento de las características técnicas exigidas en las resoluciones que para tal efecto emite la DIAN, la sanción será del cuatro por ciento (4%) del valor total suministrado en forma errónea;

d) Cuando se trate de la información reportada por las personas o entidades obligadas a suministrarla, pero presente errores de contenido se aplicará una sanción del tres por ciento (3%) sobre el monto de los registros errados.”

7. Caso concreto

Trayendo lo anterior al caso bajo examen, tenemos que la sociedad demandante TRANSCARIBE S.A., es una sociedad anónima que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal visible a folio 108 respaldo al 112 del expediente, tiene como objeto social principal “[E]jercer la titularidad sobre el sistema integrado de transporte masivo de pasajeros del Distrito de Cartagena, que servirá al Distrito y su respectiva área de influencia. Funciones y actividades. En desarrollo de su objeto, la sociedad podrá desarrollar las siguientes funciones 5.1. Funciones 5.1.1. La ejecución

*directamente o a través de terceros, de todas las actividades previas, concomitantes y posteriores, para construir, operar y mantener el Sistema Integrado de Transporte Masivo de pasajeros del Distrito de Cartagena y sus respectivas áreas de influencia.
(...)"*

En cumplimiento de su deber legal, TRANSCARIBE S.A., presenta su declaración de impuesto sobre la renta y complementarios el día 04 de abril de 2006.

Sin embargo, en uso de la facultad otorgada a quienes se encuentran obligados a declarar, (artículos 588 a 590 del E.T.) la entidad actora procedió a corregir en tres oportunidades los valores presentados en su declaración inicial.

Para la entidad demandante, las correcciones obedecieron a "recomendaciones" efectuadas por los mismos funcionarios de la DIAN. Sin embargo, de lo expuesto en el requerimiento ordinario y demás elementos que configuran la actuación administrativa, no es posible colegir que las modificaciones efectuadas por la entidad, hayan obedecido precisamente a recomendaciones de funcionarios.

Conforme se observa en el Requerimiento Ordinario (Fl. 54) a la sociedad actora, se le está requiriendo en principio el suministro de ciertos documentos y finalmente se le interroga por los conceptos declarados en cuanto a una renta líquida exenta y al motivo por el cual no declaró las transferencias como ingresos, debiendo hacerlo.

Al momento de expedirse dicho Requerimiento Ordinario, la entidad demandada sólo pretende obtener dos respuestas a la circunstancia presentada en la declaración inicial. No queriendo decir lo anterior, que a TRANSCARIBE S.A., se le estuviera obligando a presentar una nueva declaración.

Sin embargo, la sociedad demandante en pleno uso de liberalidad procedió a modificar los valores declarados, de la siguiente manera: sticker No. 2383001379091

con fecha de presentación 21 de septiembre de 2007 y se declaró como total ingresos bruto la suma de \$28.594.234.000; sticker No. 2383001384492 con fecha de presentación 13 de noviembre de 2007; sticker No. 2383001426507 con fecha de presentación 20 de octubre de 2008.

Obsérvese como la sociedad demandante luego de un año de haber presentado su declaración inicial, y con posterioridad al Requerimiento Ordinario –el cual sólo se limitaba a solicitar los fundamentos jurídicos por los cuales se habían procedido a declarar como exenta la renta líquida y omitido declarar transferencias como ingresos- procedió a incorporar en el renglón 48 total Ingresos Brutos: \$28.594.234.000 (manteniéndose dicho valor en las restantes correcciones Fls.158 respaldo a 172 respaldo).

Aduce la parte actora, que las modificaciones en criterio jurídico atienden al “nuevo Manual Financiero de los Entes Gestores en ejecución de los proyectos del SITM presentado por la Unidad Coordinadora de Proyectos del Ministerio de Transporte, en el cual se establecía que los recursos recibidos por la Nación y los demás Entes territoriales se registran en las contabilidades como un fortalecimiento patrimonial en cuenta 3265. Recurso de Cofinanciación-. Y no la de Transferencias Corrientes del Gobierno Nacional.”

En cuanto al tratamiento tributario, TRANSCARIBE S.A., se ajustó a lo dispuesto en el artículo 53 del Estatuto Tributario, mediante el cual se dispone, para el caso específico, que los aportes que haga la Nación o los entes territoriales no constituyen renta ni ganancia ocasional, en cabeza de la entidad beneficiaria.

La sociedad demandante, a través de su libelo demandatorio sugiere que para la resolución del caso concreto, se examine que efectivamente, los valores declarados en las distintas modificaciones de su denuncia rentística, en especial el renglón 48- Ingresos Bruto- **no constituyen** ingresos para TRANSCARIBE S.A., ya que no

incrementa su patrimonio en la medida que al aumentar los activos, incrementan los pasivos al momento de causación.

Arguye el ente demandante, que sólo constituye ingreso tributario para TRANSCARIBE S.A., lo recibido para gastos de funcionamiento y cualquier otro ingreso que reciba para atender los gastos de administración y gestión de la empresa (Gastos de Funcionamiento), con lo cual no se supera el monto de \$1.500.000.000.

De lo anterior, advierte la Sala, que no es posible entrar a determinar los valores plasmados en el acto de declaración unilateral efectuado por la sociedad demandante –su Declaración de Renta, incluyendo modificaciones-, toda vez, que sólo la administración se encuentra facultada para revisar dicha información declarada, y en tal virtud modificarla cuando sea el caso.

Las declaraciones tributarias se constituyen en documentos que sólo pueden emanar del contribuyente obligado al efecto, e incluso las mismas gozan de reservas (Art. 583 E.T.).

Así las cosas, no es posible encontrar motivo alguno para que la administración de justicia, pueda entrar a inmiscuirse en el estudio de los valores presentados en la declaración de TRANSCARIBE S.A., ni mucho tener presente los **datos contables** como lo pretende la parte demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procederá a examinar la última declaración de renta de la parte actora y que corresponde al sticker No. 2383001426507 con fecha de presentación 20 de octubre de 2008.

Sobre dicha declaración, el ente demandado, presentó el pliego de cargos a la entidad demandante, y se surtió todo el procedimiento administrativo sancionatorio.

Sin embargo, el ente fiscalizador, pasó por inadvertido que la fecha en la cual se presentó la última declaración correspondió al **20 de octubre de 2008**, fecha para la cual había precluido el plazo o término legal establecido en la Resolución No. 12807 de 2006 artículo 18, correspondiente al **20 de abril de 2007**.

Salta a la vista, que durante el procedimiento sancionatorio a cargo de la DIAN, dicha entidad tiene como fundamento para sancionar, el hecho de que la entidad demandante atestara en su declaración privada Ingresos Brutos por valor de \$28.594.234.000, lo que de conformidad a lo establecido en el artículo 1 literal a) de la Resolución No. 12807 de 2006, la hacía responsable de reportar tal información. Olvidándose que ya no era posible exigir el cumplimiento de la obligación, a partir de la última declaración- 20 de octubre de 2008- por cuanto habían transcurrido 6 meses desde que le era exigible a TRANSCARIBE S.A., manifestar la información, de acuerdo a los dos últimos dígitos de su NIT.

No puede pretender la parte demandada, dividir lo que resulta un conjunto indivisible, tomando para sí lo conveniente y omitiendo que se encontraba caducada la obligación que pretende sancionar. Por consiguiente, no podría afirmarse que la entidad demandante incumplió la obligación de suministrar la información.

De haber actuado en forma mucho más diligente, la DIAN hubiera podido elevarse un pliego de cargos a la entidad demandante dentro del término que imponía la norma; pudo haberlo efectuado desde el momento en que es notificada la PRIMERA corrección.

Se desprende por tanto, que la obligación de suministrar la información de acuerdo al literal a) del artículo 1° de la Resolución No. 12807 de 2006, se concretiza en (i) aquellas personas naturales, jurídicas y asimiladas, incluyendo a las entidades públicas y privadas que presenten declaración del impuesto sobre la Renta y

Complementarios o de Ingresos y Patrimonio cuando sus Ingresos Brutos del año 2005 sea superiores a mil quinientos millones de pesos (\$1.500.000.000).

Y (ii) en que el término para suministrar dicha información, se encuentre debidamente señalado por la norma que ha regulado la sanción; de ésta forma se evidencia que no hace parte de la discrecionalidad de la administración exigir en cualquier momento que se cumpla con la sanción impuesta a quien incurrió en el deber de suministrar la información, toda vez que la misma –sanción- se encuentra supeditada a que el nacimiento de la obligación se efectúe antes de precluir el término para enviar la información.

No se puede sancionar al contribuyente, que haciendo uso de derecho de corrección emplee una fecha con posterioridad al vencimiento de la obligación, pues aceptarlo, implicaría desconocer i) las oportunidades en las cuales se procede la corrección de las declaraciones –establecidas en el Estatuto Tributario- ; y ii) el sentido de la norma que ha querido delimitar en el tiempo el momento en el cual debe el contribuyente cumplir su obligación para un período gravable específico.

Ésta Sala reitera por tanto, que muy a pesar encontrarse con que de forma objetiva, -teniendo en cuenta las distintas declaraciones de corrección efectuadas- TRANSCARIBE S.A., debió suministrar la información dispuesta en el literal a) de los artículos 1° y 2° de la Resolución No. 12807 de 2006, la infracción se encontraba supeditada de igual forma al estar vencido el término para cumplir. Por ello, al no existir la obligación del suministro de la información, tampoco era posible la existencia de sanción alguna.

Para la Sala, ha quedado demostrado que efectivamente las resoluciones No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, y la No. 900096 de fecha 1 de junio de 2011, confirmatorio de la Resolución Sanción, se encuentran falsamente motivadas

al tomar una declaración de fecha ampliamente superior, de la cual efectivamente podía imponerse sanción.

De igual forma, la Sala se abstendrá de adentrarse al estudio de los restantes cargos, toda vez que por haber prosperado uno de ellos, resulta menester declarar la nulidad de los actos demandados.

Así las cosas, se procederá a declarar la nulidad de los actos administrativos enjuiciados y se ordenará el correspondiente restablecimiento del derecho en el sentido de anularse la investigación adelantada por la U.A.E. DIAN y ordenarse el archivo de la misma.

Por último, en cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A. *“el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil”*. En el sub lite no se evidencia en la actitud de la parte demandada temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

XI. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la **NULIDAD** de la Resolución Sanción No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, proferido por la División de Gestión

de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, de Cartagena, en contra de la entidad TRANSCARIBE S.A., identificado con el NIT: 806.014.488-5, por la anualidad fiscal del 2006, y la Resolución No. 900096 de fecha 1 de junio de 2011, confirmatorio de la Resolución Sanción No. 062412010000191 de fecha 21 de mayo de 2010, proferido por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- DIAN, al haberse proferido bajo falsa motivación.

SEGUNDO: ORDENAR a título de Restablecimiento del Derecho, la nulidad de la investigación adelantada por la U.A.E. DIAN contra TRANSCARIBE S.A., y el ARCHIVO definitivo del expediente No. II-2006-2009-2014, contenido del proceso administrativo de la investigación por no suministrar información en medios magnéticos, adelantado por la Dirección Seccional de Impuestos Nacionales de Cartagena.

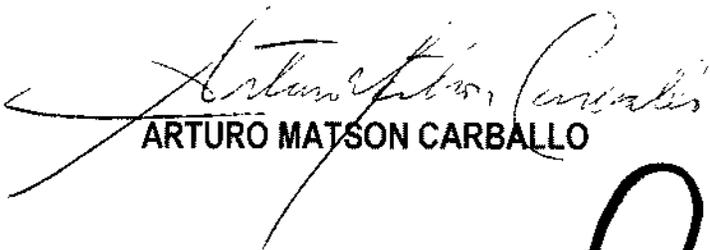
TERCERO: Sin condena en costas.

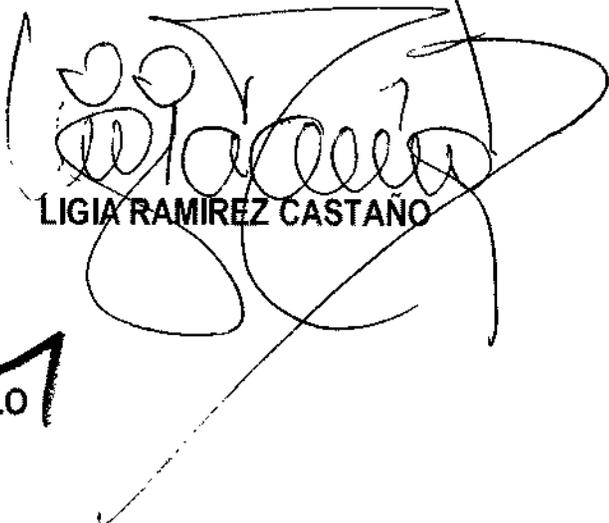
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHIVAR el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDINO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1357
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA Y OTROS
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2010-00221-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 29312013

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

TEMA: Accidente de tránsito con vehículo oficial

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 004 2010 00221 00

II. PARTES

Demandante: JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA Y OTROS

Demandado: DIAN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a decidir la demanda de reparación directa interpuesta por el señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA y otros en contra de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 31 de enero de 2008.

IV. ANTECEDENTES

1- HECHOS

“ 1.- El día 31 de enero del 2008, siendo las 5:30 de la tarde, en el Distrito de Cartagena de Indias, corredor de carga avenida del Bosque a la altura de la iglesia del Bosque, se presento coalición entre una motocicleta de placas TZV91A, conducida por el señor JULIO PARIS ECHEVERRIA y una camioneta Marca TOYOTA LAND CRUISER, de placas OIL710, conducida por el señor VICTOR MANUEL ACOSTA MEDINA, vehículo de propiedad de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

2.- El señor JULIO PARIS, conduce la motocicleta en la carretera del Bosque, la cual tiene cuatro carriles y se desplaza en el carril del extremo izquierdo del sentido de la vía, el señor VICTOR MANUEL ACOSTA MEDINA, conduce el vehículo de propiedad de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por la calle que entra a manzanillo e intenta atravesar los cuatro carriles y entrar por la calle de la iglesia del Bosque, cruce bastante peligroso, además prohibido y en ese cruce el vehículo de placas impacta al señor JULIO PARIS, información que se puede observar en el informe policial de accidente tránsito N° 63838de fecha 31 de enero del 2008.

3.- El accidente de tránsito dejo como consecuencia, graves lesiones al señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA, estas fueron:

- LUXACIÓN TRAUMATICA CADERA DERECHA
- FRACTURA ACETABULO DERECHO
- FRACTURA DE TIBIA TERCIO PROXIMAL
- FRACTURA DE CLAVICULA IZQUIERDA NO DESPLAZADA.

4.- El señor JULIO PARIS, permanece en tratamiento desde la fecha del accidente hasta la actualidad, por las secuelas permanentes sobre su cadera, la cual se fracturo en el accidente en mención

5.- señor JULIO PARIS, es evaluado en los siguientes términos: dictamen médico legal N° 1653 del 2008, con diagnostico de luxación traumática cadera derecha, más fractura acetábulo derecho, más fractura tibia tercio proximal, más fractura de clavícula izquierda no desplazada, sufrido un trauma funcional, incapacidad definitiva de 90 días.

6.- El señor JULIO PARIS, se le determinan como consecuencia las siguientes secuelas: evaluación realizada por EL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, el día 12 de enero del 2010, a las 17:21 horas en tercer reconocimiento médico legal.

ANAMESIS; previo informe firma del consentimiento informado y toma de huella dactilar.

Paciente en tercer reconocimiento médico legal con dictamen anterior N° 5402-2008 de hechos ocurridos el 31 -01-2008 cuando iba de conductor de motocicleta y fue atropellado por una camioneta con múltiples traumas en el cuerpo, múltiples fractura en la pierna derecha. Aporta valoración por ortopedista rotulado DR RIPOLL LLAMAS RAIMUNDO que pertenece al examinado fechado 09-12-09 que dice: "paciente de 42 años de edad quien el 31-01-08 al estar laborando tuvo accidente con trauma directo en pierna derecha con fractura de tibia proximal derecha + luxa fractura de acetábulo derecho + fractura de clavícula izquierda, por lo que le realizaron reducción cerrada de luxa fractura de cadera derecha + tracción esquelética ya los tres días le realizaron aplicación tutor externo tubular en tibia derecha y reducción abierta

Osteosíntesis de fractura de clavícula izquierda con placa, y 8 días después le realizaron reducción abierta + osteosíntesis de acetábulo de cadera derecha. El 19-02-09 se hace la conclusión: 1) secuela de luxa fractura de cadera derecha + fractura de tibia proximal derecha. 2) secuelas s de 1-3 evolución buenísima en términos generales para el tiempo y el tipo de lesiones.

El 02-10-09 se hace la conclusión: 1) nuevamente recaía de su coxartrosis de cadera derecha por no tener la reubicación laboral ya solicitada en varias oportunidades pretéritas.

El 16-10-09 se hizo la conclusión: 1- mejoría evidente de sintomatología de cadera 2- las vacaciones y gimnasio lo ayudaron bastante pero debe evitar subirse de peso y se recomienda el plan: 1- ejercicios y medios físicos intensivos por paciente, 2- no aumentar de peso.

7.- mi cliente en la actualidad aún se encuentra en proceso de recuperación de las lesiones sufridas, por lo que se advierte que puede sobrevenir situaciones medicas que no se encuentran evaluadas.

8.- El señor JULIO PARIS, en la actualidad por su profundas depresiones por el estado en que se encuentra a causa del accidente, por lo que se encuentra en tratamiento sicológico.

9.- EL señor JULIO PARIS ECHEVERRIA, es casado con la señora FATIMA RANGEL, desde 19 de enero del 1998 hasta la fecha, teniendo un tiempo de 12 años de casados aproximadamente.

10.- El señor JULIO PARIS ECHEVERRIA, es hijo legítimo de los señores LEONOR ECHEVERRIA ECHEVERRIA y JULIO CESAR PARIS ARANGO,

quienes han sufrido graves afecciones emocionales al ver el estado crítico de su hijo.

11.- El señor JULIO PARIS, tiene como hermano único al señor MAURICIO ALBERTO PARIS ECHVERRIA, quien ha sufrido graves afecciones emocionales al ver el estado crítico de su hijo.

11.- El señor JULIO PARIS, tiene como hermano único al señor MURICIO ALBERTO PARIS ECHEVERRIA, quien ha sufrido graves afecciones emocionales al ver el estado crítico de su hermano.

*12.- HE recibido poder especial para presentar esta actuación prejudicial.”
(SIC)*

2- PRETENSIONES

“1. DECLARE CIVILMENTE RESPONSABLE POR FALLA PRESUNTA DEL SERVICIO, a LA NACIÓN ADUANAS NACIONALES DIAN – DIRECCIÓN SECCIONAL DE CARTAGENA, Representadas legalmente por los DOCTORES NESTOR DIAZ SAVEEDRA Y ERWING ARENA ARDILA, respectivamente o quienes hagan sus veces.

2. ORDENE a LA NACIÓN ADUANAS NACIONALES DIAN- DIRECCIÓN SECCIONAL DE CARTAGENA, representadas legalmente por los DOCTORES NESTOR DIAZ SAAVEDRA Y ERWING ARENA ARDILA, respectivamente o quienes hagan sus veces a la reparación del daño ocasionado a los perjudicados, o a quienes representen legalmente sus derechos, consistentes en el pago de los perjuicios materiales e inmateriales, actuales y/o futuros que resulten probados dentro de la acción de reparación del daño (indemnización plena), lo anterior atendiendo el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

3. *ORDENE, la indexación de las sumas reconocidas como perjuicios desde la fecha de la ocurrencia de los hechos hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de dichas sumas.*

4. *CONDENESE a las demandadas a que si no dan cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el art. 176 del C.C.A., paguen a favor de mi mandante los intereses comerciales durante los seis primeros meses contados a partir de la ejecutoria del fallo, e intereses moratorios después de este término conforme lo ordena el Art. 177 del C.C.A.”(SIC)*

B.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Mediante escrito visible a folio 92 a 106 del expediente la entidad demandada se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda. Dentro de los argumentos esgrimidos en la demanda se destacan los siguientes:

“(..) La crítica que en las siguientes líneas le voy a esta afirmación del demandante, no significa que esté de acuerdo con que existe la más mínima responsabilidad de la demandada en los hechos que afirma el libelista en su demanda.

Constituye un apotegma jurídico el hecho de que los perjuicios, todos en general deben probarse. Es decir no solo el demandante tiene el deber de probar el hecho que supone una falla del servicio, sino que también tiene el deber procesal de probar todos y cada uno de los perjuicios, estos no se presumen, es un deber del demandante probar ese extremo procesal. Por supuesto excepto los morales de algunos parientes, como ya se dijo en líneas anteriores.

El demandante solo afirma que se le produjeron a sus clientes esos perjuicios pero por ninguna parte el proceso aparece prueba de esas cuantías.

Al no aparecer probados, debe consecuentemente el dispensador de justicia declarar que no existe, y por lo tanto no se deben.

Esa misma crítica la hago respecto de los perjuicios a la vida de relación que habla el demandante en las líneas seguidas, perjuicio que lo calcula en 200 S.M.M. (...)"

Propone como excepciones la de pago parcial de los daños materiales e inepta demanda por falta de poder.

-LLAMADO EN GARANTÍA

Mediante escrito visible a folio 135 a 144 del expediente la compañía aseguradora Colpatría aduce desconocer los hechos que fundamentan la demanda y por ende se atiene a lo que resulte probado en el proceso, así mismo presenta como excepciones de merito la de ausencia de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, culpa exclusiva de la víctima, carencia de prueba del supuesto perjuicio, tasación excesiva del perjuicio, enriquecimiento sin causa, y cualquiera que resultare probada

Adicionalmente presenta como excepciones al llamamiento las siguientes: límite de la eventual responsabilidad o de la eventual obligación indemnizatoria a cargo de mi representada y a favor del convocante: valor asegurado, deducible y coberturas sublimitadas, obligación condicional del asegurador, ausencia de cobertura de perjuicios morales por cuenta de la póliza de responsabilidad civil extracontractual invocada como fundamento de la citación, las exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual que sirvió de fundamento para el llamamiento en garantía.

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte Demandante: no presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada: la DIAN reiteró los argumentos esgrimidos con la contestación de la demanda. (FI 239-245)

Llamado en Garantía: reitero los argumentos expuesto con la contestación del llamamiento en garantía. (FI 231-238)

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El procurador delegado ante este Tribunal se abstuvo de emitir concepto.

V. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 29 de octubre de 2010.¹
- Mediante auto posterior de fecha 11 de agosto de 2011 se admite la reforma de la demanda, y se llama en garantía a la aseguradora Colpatria S.A. (FI 128-129)
- Mediante auto de fecha 12 de diciembre de 2011, el Tribunal abrió a pruebas el presente proceso. (FI 163-168)
- Por auto posterior de fecha 15 de agosto de 2013 se cierra el periodo probatorio y se corre traslado a las parte para alegar de conclusión. El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto. (FL 230)
- El proceso entra al Despacho para resolver de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES.

Surtidas a cabalidad las demás etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a dictar sentencia de primera

¹ Folio 78 del expediente

instancia, no sin antes resolver las siguientes cuestiones previas:

1. La competencia.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales.

De un estudio de las pretensiones de la demanda así como de los planteado en el acápite corresponde a estimación razonada de la cuantía, a parte actora considera que la misma asciende a novecientos millones de pesos (\$9000.000.000), en concordancia con lo anterior tal monto supera los quinientos (500) salarios mínimos de que trata el artículo razón por la cual este Tribunal es competente para conocer en primera instancia del presente proceso.

2. Caducidad

Los hechos objeto de la presente demanda ocurrieron según lo manifestado por el accionante el 31 de enero de 2008; como quiera que la solicitud de conciliación fue presentada el 20 de enero de 2010, suspendió el término hasta el 07 de abril del mismo año, finalmente la demanda fue presentada el 15 de abril de 2010, (Folio 07), es decir, dentro del término de dos años dispuesto en el numeral octavo del artículo 136 C.C.A. Esto dado que el plazo se suspendió con ocasión de la presentación de la solicitud de conciliación.

3. Síntesis del caso

En el presente caso el señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA pretende que se declara administrativamente responsable a la entidad demandada DIAN, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el día 31 de enero de 2008,

dentro de una vía de la ciudad de Cartagena, en la cual resultó gravemente lesionado y aduce haber sufrido daños que debe ser reparados por la demanda dado que el vehículo que lo accidentó pertenecía a dicha entidad y además estaba siendo conducido por un funcionario de estos. Alega que el accidente fue producto del conductor del vehículo que sin mediar consecuencias invadió el carril del corredor de carga de esta ciudad buscado salir hacia otra calle y en dicho hecho lo arrolló.

La parte demandada se opone a las pretensiones de la demanda considerando que no se encuentra estructurados los elementos de la responsabilidad estatal, puesto que en primera medida el tratamiento dado por la ARP fue de accidente laboral, cubriendo esta las contingencias por el mismo, y lo segundo es que no queda clara la culpabilidad del conductor del vehículo de la DIAN, como quiera que alegan que no es cierto que olvidara seguir las normas de tránsito desconociendo una señal de pare, aduce además la demanda que el actor es quien se encontraba conduciendo a exceso de velocidad y que por tal razón cuando los vehículos le dieron el paso al vehículo de la DIAN, la moto conducida por el demandante colisionó con este, puesto que la velocidad a la que llevaba no le dio tiempo de reacción.

Considera además que los perjuicios solicitado son excesivos y que le actor no los probó.

Finalmente alega como excepciones la de pago parcial de los daños materiales y la inepta demanda por falta de poder.

4. Problema Jurídico

La Sala se enfrenta a resolver *¿si el demandado es patrimonialmente responsable por los daños y perjuicios causados al demandante, por la ocurrencia del accidente de tránsito el día 31 de enero de 2008, en el corredor de carga del Bosque de la Ciudad de*

Cartagena y en la cual el señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA resultó lesionado?

Pues bien, para dar respuesta al problema jurídico planteado, es pertinente hacer previamente las siguientes precisiones.

4.1 Excepciones

Se precisa que la entidad demandada como el llamado en garantía presentan excepciones es pertinente hacer un estudio previo en aras de dilucidar si las mismas son de aquellas que afecten el estudio de fondo o si por el contrario por sus características puedan ser resueltas con el fondo del mismo.

Las partes presentan como excepciones las siguientes: pago parcial de los daños materiales, inepta demanda por falta de poder, ausencia de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, culpa exclusiva de la víctima carencia de prueba del supuesto perjuicios, tasación excesiva del perjuicio, enriquecimiento si justa causa, prueba del daño y su cuantía.

Pues bien en lo referente a la falta de poder que en principio afectaría directamente la legitimación en la causa por activa, sustenta la demandada que los poderes especiales concedidos al abogado quizás por problemas de redacción se refiere una demanda de restablecimiento del derecho, sin embargo apunta la Sala que dicho defecto fue corregido por el apoderado de los demandantes como quiera que tal defecto se observo en la admisión de la misma, razón por la cual en principio se inadmitió. Dicho lo anterior tal excepción no tiene vocación de prosperidad.

Con respecto al resto de excepciones por encontrar que las mismas atacan el fondo del asunto se estudiaran en conjunto con este.

Por su parte la aseguradora Colpatria presenta excepciones sobre el llamamiento en garantía aduciendo el límite de la eventual responsabilidad o de

la eventual obligación indemnizatoria a cargo de mi representada y a favor del convocante: valor asegurado, deducible y cobertura sublimitadas, obligación condicional del asegurados, ausencia de cobertura de perjuicios morales por cuenta de la póliza de responsabilidad civil extracontractual invocada como fundamento de la citación, exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil extracontractual que sirvió de fundamento para el llamamiento en garantía.

Con respeto a las presentadas por la aseguradora y dado que estas principalmente buscan limitar su responsabilidad hasta lo contratado en la póliza de seguro, es menester que se determine si existe responsabilidad o no, en cuyo caso si se podría hablar sobre lo que esta solicitado como llamada en garantía.

5. Hechos Probados

- Copia auténtica del informe policial de accidente de tránsito N° 63838 visible a folio 225-226 del expediente. En dicho documento se observa croquis del accidente así como las versiones de ambos conductores.
- Copia de epicrisis seguida por la CLINICA AMI SA IPS, al señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA visible a folio 18 a 21 del expediente.
- Copia de las valoraciones efectuada por el ortopeda y reumatólogo Dr. Ripoll Llamas Raimundo (FL 14 a 17)
- Historia clínica seguida por la fisioterapeuta Dra. Martha Cecilia Tuiran Tinoco (FI 23 a 28)
- Informe Técnico Médico Legal de Lesiones no fatales N° 2010c-02020200245 de fecha 12 de enero de 2010 (FI 31-32)
- Informe Técnico de lesiones no fatales 2008c-02020205402 de fecha 25 de agosto de 2008 (FI 33-34)
- Informe técnico médico legal de lesiones no fatales 2008c-02020201653 de fecha 16 de marzo de 2008. (FL 35)

- Constancia expedida por la Fiscalía General de la Nación, mediante la cual pone en conocimiento de la investigación penal adelantada con ocasión del accidente acaecido el 31 de enero de 2008 en el barrio el Bosque diagonal 21 transversal 52, donde colisionaron una motocicleta y una camioneta, resultando lesionado el señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA. (FL 38)
- Fotografías aportadas por el demandante de las lesiones sufridas en su humanidad (FI 39-41)
- Copia examen médico legal y procedimientos relacionados en víctimas de agresiones sexuales y lesiones personales, concluyendo que el señor JULIO PARIS ECHEVERRIA sufre un trastorno postraumático, recomendando seguir tratamiento psiquiátrico y psicoterapéutico estricto. (FI 86-91)
- Certificación expedida por la DIAN en donde consta que el señor VICTOR MANUEL ACOSTA MEDINA, es funcionario de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, desde el 7 de junio de 2005, encontrándose en servicio el 31 de enero de 2008, y que desempeñaba el cargo de facilitador II nivel 102 grado 02, como empleado temporal con funciones de conductor. (FL 191)
- Diligencia de Testimonio del señor JOSÉ FRANCISCO FUENTES HERNANDEZ (FL 199-200)
- Diligencia de testimonio del señor RAFAEL ALBERTO CANCHILLA CHAVEZ (FL 201-202)
- Certificación expedida por la Clínica AMI, mediante la cual ponen de presente que el demandante ingresa a dicho centro asistencial el día 31 de enero de 2008, por el servicio de urgencias con traumas en diferentes partes del cuerpo y que para tal efecto respecto de los documentos del seguro obligatorio de la moto y de la aseguradora y que dicha entidad asumió los costos por el accidente de tránsito (FL 204)
- Certificación expedida por ARP SURA en donde informa las contingencias por esta cubierta en razón del accidente que sufrió el actor, el pago de las incapacidades, así como los tratamientos médicos, gastos clínicos (FL 209 a

221)

6. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE

Es menester resaltar que para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, es necesario remitirse al contenido de lo expuesto en la demanda, en la cual se observa que el actor estructura las imputaciones contra la Administración por la falla presunta en el servicio, siendo esta constitutiva en el deber de cuidado en la conducción del vehículo que afectó al demandante.

De acuerdo a lo anterior, para el caso bajo examen, y atendiendo al principio *iura novit curia*, la Sala considera que debemos enfocar nuestro análisis, no bajo la teoría de la falla del servicio, sino bajo la teoría del riesgo excepcional, régimen en el cual se presume la responsabilidad en razón del daño antijurídico que padece la víctima, por lo que se trata entonces de un régimen de responsabilidad sin falla o culpa del servicio.-

Actualmente la teoría del riesgo excepcional se aplica generalmente en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas, como por ejemplo la conducción de energía eléctrica, el uso de armas de fuego, la conducción de vehículos automotores, etc, y se genera como consecuencia un régimen objetivo de responsabilidad.

Sobre la conducción de vehículos automotores como actividad peligrosa, la jurisprudencia del Consejo de estado ha expresado lo siguiente:

“De acuerdo con ello, en relación con la responsabilidad por accidentes de tránsito, la doctrina argentina ha dicho que el automotor es conducido por el hombre y esta actividad conductiva es relevante, tiene enorme importancia a la hora de juzgar los accidentes. No se trata de un daño “por” el riesgo del automotor, con indiferencia del modo o manera de ser “manejada” dicha cosa peligrosa. El conductor, la persona humana, puede poseer pericia conductiva o carecer de ella, al margen de la

titularidad de un carné de conductor que sólo autoriza a presumir esa pericia, lo que admite prueba en contrario. Puede ser diligente o imprudente. Cuidadoso o abandonado. Respetar o violar las reglas de tránsito, y aumentar con la actitud transgresora los riesgos de dañosidad. De donde resulta, según esta doctrina, que al "riesgo" de la cosa automotora puede adicionarse "la culpa" del conductor y el accidente imputarse, en consecuencia, a más de un factor de atribución. En relación con la colisión entre dos automotores -"cosa riesgosa versus cosa riesgosa"-, los juristas argentinos han establecido que en cada caso concreto debe analizarse en qué medida ese riesgo se ha creado cuánto riesgo significa un automotor pequeño (un Fiat 600) a 40 kilómetros y cuánto riesgo genera un camión grande (Mercedes Benz) a 80 kilómetros por hora de velocidad-, y en qué medida, obviamente, ha contribuido a la producción del accidente. Evaluar riesgos, de una y otra parte; evaluar, así mismo, las infracciones que pudieron cometerse, su entidad, y, por fin, la virtualidad o aptitud de unos y otras para llevar al siniestro. En Colombia, puede decirse que en general, el régimen de la responsabilidad por daños causados con vehículos de la Administración sigue los mismos lineamientos del de las armas como objetos peligrosos, y por tanto generadores de riesgo. En nuestra jurisprudencia, se encuentran múltiples casos de accidentes causados por diversos vehículos oficiales. Se incluyen allí las bicicletas o motos de los guardas de tránsito o los carros usados por escoltas motorizados; daños causados por máquinas barredoras y, también, en virtud de la noción de guarda, se dá el caso del vehículo particular utilizado temporalmente para la prestación del servicio. La conducción de vehículos ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa y cuando su guarda está a cargo de una entidad estatal, el daño causado en desarrollo de la misma resulta imputable a ésta, en aplicación de la teoría del riesgo como un tipo de régimen de responsabilidad objetiva. Nota de Relatoría:

Ver sentencia de 19 de julio de 2000, exp. 11842, Actor: José Manuel Gutierrez y otros; fallo del 10 de marzo de 1997 exp. 10080”²”

Acerca de esta teoría de responsabilidad por riesgo excepcional el Consejo de Estado también ha dicho:

“No se trata aquí, entonces de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración, sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones, Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del estado.”³

Bajo este régimen de responsabilidad del riesgo excepcional, en consecuencia al demandante solo le bastará demostrar el daño y la relación o nexo de causalidad entre el daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho administrativo, y la parte demandada sólo se podrá exonerar de responder en la medida en que logre demostrar la existencia de una causa extraña, es decir, la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho de un tercero también determinante y exclusivo. No se eximirá aduciendo el caso fortuito o el cuidado, diligencia o prudencia en el ejercicio de tales actividades peligrosas.-

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, pasamos ahora si a verificar si se encuentran o no reunidos los presupuestos para derivar responsabilidad administrativa a la entidad demandada con fundamento en la teoría del riesgo excepcional por el ejercicio de actividad peligrosa, como consecuencia de los

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA. Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil seis (2006). Radicación número: 20001-23-31-000-1998-02939-01; 20001-23-31-000-1997-03334-01(14694). Actor: IDELMA ROSA MESTRE BRITTO Y OTROS. Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS.

³ Consejo de estado. Sentencia Agosto 10 de 2000. Expediente 11.585, Magistrado Ponente Dr. Ariel Eduardo Hernández.

hechos que han sido puestos de presentes en ésta demanda.

5.1 DAÑO

El daño es entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.⁴

Con todo lo que se ha expuesto y los documentos analizados, considera la Sala que el primero de los requisitos para que opere responsabilidad por riesgo excepcional, esto es que exista “un daño que implique lesión de un bien jurídicamente tutelado”, no admite ninguna discusión, pues todos los documentos analizados llevan a la convicción que indudablemente como consecuencia del accidente que se produjo el día 31 de enero de 2008, el señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA resultó lesionado, sufriendo diferentes traumas, tales como fracturas de su clavícula y cadera, que afectaron su devenir normal así como su psiquis, dado que como lo estipulo medicina legal el mismo padecía estrés postraumático y que han tenido que ser tratadas medicamente hasta la fecha de la presentación de la actual demanda, siendo este un daño antijurídico que el demandante no estaba obligado a soportar.-

5.2 IMPUTACIÓN

Establecida la existencia de un daño antijurídico, cierto, e indemnizable, sufrido por los demandantes, que constituye el primero de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso verificar el segundo: la imputación de ese daño al Estado.

⁴Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M P Alir E. Hernández Enríquez.

El art. 90, inc. 1º de la Carta Política, exige -en orden a deducir la responsabilidad patrimonial del Estado-, que los daños antijurídicos sean “causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”, con lo cual se refiere al fenómeno de la imputabilidad, tanto fáctica como jurídica.

De allí que elemento indispensable -aunque no siempre suficiente- para la imputación, es el nexo causal entre el hecho causante del daño y el daño mismo, de modo que este sea el efecto del primero.

En este entendimiento, la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas, en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño.

El problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse con base en lo prescrito en el art. 90 de la Carta Política, según el cual el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición para que surja la responsabilidad, esto es, el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.

Ha sido reiterada la tesis del Consejo de Estado, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella.”⁵ Sin embargo, ha sostenido también el Consejo de Estado que para exonerarse de

⁵ Consejo de Estado Sentencia de fecha 27 de julio de 2000 CP ALIER HERNÁNDEZ Exp 12099

responsabilidad deberá probar que el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

Dicho lo anterior queda solo entonces por verificar el último de los elementos de la teoría del riesgo excepcional, esto es la existencia de *“un nexo causal entre el daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho administrativo por la administración demandada”*, es decir determinar si el daño que hemos encontrado demostrado le es imputable en este caso a la demandada DIAN.

Con relación a la imputabilidad del daño en casos de accidente de tránsito, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“Cabe precisar de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Sala, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público y que la simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública. En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Para establecer cuándo un hecho cometido por un agente estatal tiene vínculo con el servicio, inicialmente la Sala, en sentencia del 17 de julio de 1990, expediente: 5998, formuló el siguiente test de conexidad, con fundamento en la doctrina extranjera: ¿advino el perjuicio en horas del servicio, en el lugar o con instrumento del mismo?; ¿el agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio o bajo su impulsión?. En la misma providencia se advirtió que “ello no quiere decir que siempre que el hecho

ocurra dentro de cualquiera de aquellas especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración pero si resultara que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio". En providencias posteriores se abandonó el citado test tras concluir que "en las decisiones en las que se ha acudido al referido test éste no conduce inexorablemente a una u otra conclusión, ya que se deberán analizar, en cada caso, las circunstancias especiales que rodearon el hecho para poder determinar si el daño es atribuible o no atribuible al demandado, aportando únicamente hechos indicadores en relación con la conducta imputada (no con el nexo de causalidad), a partir de los cuales y en armonía con las demás pruebas se podrá solucionar la controversia". Finalmente, la Sala en providencia de 25 de febrero de 2009, reiteró en relación con el nexo instrumental, que la responsabilidad de la Nación, no se ocasiona por la simple comisión del hecho con un instrumento del servicio, sino que dicha responsabilidad se origina, principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, la cual debe tener una relación directa con el servicio público prestado.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 17 de julio de 1990, rad. 5998; de 26 de septiembre de 2002, rad. 14036; de 6 de diciembre de 2004 y de 25 de febrero de 2009, rad. 17426, MP. Ramiro Saavedra Becerra

DAÑO - Imposibilidad de imputarlo al Estado / ACCIDENTE DE TRANSITO - Imputación. Improcedente / DAÑO - Imputación / NEXO CON EL SERVICIO - Imputación del daño / NEXO CON EL SERVICIO - Imputación del daño. Responsabilidad del Estado

En el sub exámine, el daño no le es imputable a la demandada, porque si bien se acreditó que quien conducía el vehículo para el momento del

accidente era un agente estatal que se encontraba en servicio activo, no se demostró que hubiere nexo con el servicio, dado que no se allegó prueba de que el señor Duvalier Ojeda quien se desempeñaba como tesorero del municipio demandado así como que la víctima Nieva Amparo Portilla quien también era funcionaria de la administración municipal y se desempeñaba como secretaria de la inspección de policía, se encontraran desarrollando una misión oficial al momento de la ocurrencia del hecho. Las pruebas recaudadas en el plenario acreditan que estos funcionarios se encontraban en el corregimiento de Altamira porque estaban desarrollando actividades relacionadas con sus estudios de psicología social comunitaria, es decir que estaban realizando labores propias de su vida personal y de índole netamente particular, razón por la cual la actuación de los agentes públicos se dio dentro del ámbito de su actividad personal, y completamente ajena a la prestación del servicio. Además, se encontró plenamente acreditado que el señor Duvalier Ojeda en su calidad de tesorero municipal tenía prohibido utilizar el vehículo oficial, debido al uso indebido que le había dado con anterioridad al conducirlo en estado de embriaguez. Es decir que con anterioridad a la ocurrencia del accidente se le había dado la orden expresa de que no empleara el automotor, pese a lo cual el señor Duvalier Ojeda decidió utilizarlo, para desplazarse al municipio de Altamira y realizar actividades académicas propias de su esfera personal, lo cual constituye prueba de que no se encontraba en un cumplimiento de alguna orden oficial porque por el contrario se le había prohibido el uso del vehículo del municipio. Sobre este punto, vale precisar que con independencia de la manera en que el señor Duvalier Ojeda hubiere sustraído el vehículo, circunstancia que por demás no se encuentra acreditada en el expediente, y de que la administración municipal no hubiere adoptado las medidas necesarias para evitar que el automotor fuere indebidamente utilizado, lo cierto es que para que se configure el nexo con el servicio se debía acreditar que

la conducta del agente de la administración suponía una manifestación del ejercicio del cargo público, lo cual no ocurrió en el sub lite en el que se demostró que los agentes públicos estaban desarrollando una actividad particular, que no tenía ningún vínculo con el servicio. Consecuencial a la conclusión que antecede, resultan irrelevantes las acusaciones en el sentido de que el conductor del vehículo estaba embriagado o de que el automotor presentaba fallas mecánicas, dado que, ya se concluyó, el accidente no es imputable al municipio demandado, porque no se produjo como una manifestación del servicio. Por las mismas razones, tampoco es posible estudiar este caso bajo el título de imputación de riesgo excepcional.⁶

Siguiendo la anterior pauta jurisprudencial, dentro del expediente vemos que se encuentra demostrado, que el vehículo automotor marca TOYOTA LAND CRUISER de placas OIL710 conducida por el señor VICTOR MANUEL ACOSTA MEDINA y que colisionó con la moto Yamaha RX 100 placa TZV91A color plata niquel, conducida por el demandante señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA, era efectivamente propiedad del ente demandado DIAN tal como se observa en el informe policial de tránsito N° 63838

Dicho lo anterior en primera medida estaríamos frente a elementos conducentes que conlleven a la responsabilidad de la DIAN dado que el vehículo que causó lesiones la actor, era efectivamente de su propiedad.

Ahora bien resulta pertinente que la Sala estudie lo referente a quien conducía dicho vehículo, se desprende del informe policial de accidente que quien conducía el vehículo era el señor VICTOR MANUEL ACOSTA MEDINA, sobre

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejera ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C , diez (10) de junio de dos mil nueve (2009) Radicación número 52001-23-31-000-1997-08547-01(18321). Actor NIEVA AMPARO PORTILLA QUINTERO Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE POLICARPA Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-SENTENCIA-

dicho sujeto y su relación con la entidad demanda se observa mediante oficio N° 148000201-125 expedido por la DIAN que el antes referenciado es funcionario de dicho ente desde el 7 de junio de 2005 y que se encontraba en servicio el 31 de enero de 2008, fecha del accidente, desempeñando el cargo de facilitador II nivel 102 grado 02 como empleo temporal con funciones de conductor.

Pues bien resulta claro entonces que el vehículo que colisionó con el demandante estaba siendo conducido con por un funcionario de dicha entidad además en ejercicio de las funciones propias de su cargo. Por lo que se podría establecer una relación directa con el servicio.

En ese mismo hilo conductor y como quiera que ambas partes ejercían la misma actividad peligrosa, como es la conducción, es menester establecer si la ocurrencia fatídica del accidente es imputable íntegramente al conductor de la camioneta de la DIAN o si por el hecho exclusivo de la víctima o determinante de un tercero la demandada puede lograr eximir su responsabilidad.

Según los hechos de la demanda el actor sustenta que fue arroyado por el vehículo de la demandada cuando transitaba por el corredor de carga del Bosque de la ciudad de Cartagena a la altura de la intersección entre la entrada a Manzanillo y la calle de la iglesia del Bosque, el conductor de la camioneta intentaba cruzar los cuatro carriles que componen el antes mencionado corredor de carga y que este venía por la mismas en el carril izquierdo cuando fue arroyado por esa camioneta.

Del informe policial de accidente de tránsito y más específicamente en el croquis se corrobora efectivamente que mientras la motocicleta circulaba en sentido vertical, el automóvil cruzaba horizontalmente dicho corredor y que el impacto se produjo en el carril izquierdo.

Aduce el conductor de la camioneta que él cruzaba dichos carriles gracias a que otros vehículos le había dado la oportunidad, y que el conductor de la

motocicleta por venir en exceso de velocidad no tuvo tiempo de frenar. Sin embargo el exceso de velocidad alegado por el conductor no es probado en ninguna parte del proceso, y se tiene además que el lugar donde ocurrió el accidente hace parte del corredor de acceso rápido a la variante de la ciudad, por lo que en principio no se podría decir que los niveles de velocidad sean bajos teniendo en cuenta el tipo de vía.

Es pertinente que se diga que frente a este tipo de intersecciones la normatividad de tránsito ha estipulado que quien lleva la vía no deba hacer ningún pare, más aún cuando se trata de un corredor de carga en el cual los automóviles circulan a gran velocidad, no siendo valedera como ya se dijo la excusa de transitar a bajas velocidades por dicho lugar, es por ello que se observa que si el conductor del vehículo tenía la plena intención de invadir los carriles que componen el corredor de carga debía asumir un cuidado especial no solo por lo que la maniobra en si misma acarrea, sino por el tipo de vehículos que puede transitar por dicho sector, poniendo en riesgo incluso su propia integridad.

Sobre el comportamiento que se debe asumir en las maniobras de manejo el Código de tránsito estipula lo siguiente:

“ARTÍCULO 55. Comportamiento Del Conductor. Pasajero O Peatón. Toda persona que tome parte en el tránsito como conductor, pasajero o peatón, debe comportarse en forma que no obstaculice, perjudique o ponga en riesgo a las demás y debe conocer y cumplir las normas y señales de tránsito que le sean aplicables, así como obedecer las indicaciones que les den las autoridades de tránsito.”

ARTÍCULO 60. OBLIGATORIEDAD DE TRANSITAR POR LOS CARRILES DEMARCADOS. Los vehículos deben transitar, **obligatoriamente, por sus respectivos carriles, dentro de las líneas de demarcación, y atravesarlos solamente para efectuar maniobras de**

adelantamiento o de cruce.

PARÁGRAFO 1o. Los conductores no podrán transitar con vehículo automotor o de tracción animal por la zona de seguridad y protección de la vía férrea.

PARÁGRAFO 2o. Todo conductor, antes de efectuar un adelantamiento o cruce de una calzada a otra o de un carril a otro, debe anunciar su intención por medio de las luces direccionales y señales ópticas o audibles y efectuar la maniobra de forma que no entorpezca el tránsito, ni ponga en peligro a los demás vehículos o peatones." (Subrayado por la Sala)

"ARTÍCULO 68. UTILIZACIÓN DE LOS CARRILES. Los vehículos transitarán de la siguiente forma:

Vía de sentido único de tránsito.

En aquellas vías con velocidad reglamentada para sus carriles, los vehículos utilizarán el carril de acuerdo con su velocidad de marcha.

En aquellas vías donde los carriles no tengan reglamentada su velocidad, los vehículos transitarán por el carril derecho y los demás carriles se emplearán para maniobras de adelantamiento.

Vías de doble sentido de tránsito.

De dos (2) carriles: Por el carril de su derecha y utilizar con precaución el carril de su izquierda para maniobras de adelantamiento y respetar siempre la señalización respectiva.

De tres (3) carriles: Los vehículos deberán transitar por los carriles extremos que queden a su derecha; el carril central sólo se utilizará en el sentido que señale la autoridad competente.

De cuatro (4) carriles: Los carriles exteriores se utilizarán para el tránsito ordinario de vehículos, y los interiores, para maniobras de adelantamiento o para circular a mayores velocidades dentro de los límites establecidos.

PARÁGRAFO 1o. Sin perjuicio de las normas que sobre el particular se establecen en este código, las bicicletas, motocicletas, motociclos, mototriciclos y vehiculos de tracción animal e impulsión humana, transitarán de acuerdo con las reglas que en cada caso dicte la autoridad de tránsito competente. En todo caso, estará prohibido transitar por los andenes o aceras, o puentes de uso exclusivo para los peatones.

PARÁGRAFO 2o. Se prohíbe el tránsito de motocicletas y motociclos por las ciclorrutas o ciclovías. En caso de infracción se procederá a la inmovilización"

Pues de las normas transcritas se observa que es preciso no solo tener la posibilidad de cruzar una vía como la del accidente que hoy se estudia sino que era pertinente asumir una conducta cuidadosa, utilizando medios de señalización que le permitiera a los demás conductores percatarse de la intención del conductor, además que por la calidad de la vía esta era de aquellas que cuentan con referencia y que oficialmente la motocicleta impactada circulaba dentro el margen de su carril, siendo este adecuado incluso para adelantar o realizar maniobras.

Resulta en consecuencia para la Sala que si bien ambas partes dentro del plenario ha estado en ejercicio de la actividad de conducción, el conductor de la camioneta no demostró haber efectuado las maniobras que indicar su intención en la vía, así como asumió el riesgo adicional de atravesar la vía, en las condiciones que tal circunstancia significaba, es por ello que desbordando el limite normal de la actividad es a este a quien le es imputable el daño sufrido por el actor.

Sobre la situación alegada por la demandada consistente en afirmar que el accidente sufrido por el actor es de carácter laboral, es pertinente aseverar, que la razón por la cual la ARP del actor le dio dicho trato es porque él mismo desempeñaba funciones de mensajero en su motocicleta, sin embargo tal circunstancia no afecta que se

estudie en este caso la responsabilidad que surge por parte de la DIAN en la ocurrencia del siniestro, como quiera que como se observó con ocasión del actuar del conductor de la camioneta de la DIAN, ocurrió tal accidente.

Finalmente y como se expuso anteriormente respecto de las excepciones propuestas, las mismas no tiene vocación de prosperidad, como quiera que se demostró la concurrencia de los elementos necesarios del juicio de responsabilidad y no se probó causal eximente de responsabilidad.

6. RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS.

Atribuida la responsabilidad al demandado, para el reconocimiento de perjuicios se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La legitimación para reclamar; 2. La demostración del perjuicio; 3. La relación de causalidad entre el perjuicio y la indemnización solicitada.

En cuanto al primer requisito, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar del demandante pues fue directo afectado con la ocurrencia del accidente

En cuanto al segundo requisito, es necesario distinguir entre perjuicios materiales y morales.

6.1. Perjuicios materiales

6.1.1. Daño emergente: El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento". El daño emergente es entonces, la pérdida económica que se causa con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación. En otras palabras y, en consideración con el principio de reparación integral del daño consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, solamente puede indemnizarse a título de daño emergente los valores que

empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho generador del daño.

Respecto del daño emergente, en la demanda se solicita el pago de la suma de cincuenta millones de pesos (\$50.000.00.00), por concepto de los daños que sufrió la motocicleta y los gastos de tratamientos médicos que se generaron y se siguen generando.

Al respecto se observa en el oficio remitido por la ARP SURA (FL 209-221) a esta Corporación que los mismos asumieron el pago de los gastos médicos y tratamientos efectuados al señor con ocasión del accidente que sufrió el 31 de enero de 2008, y que hasta la fecha de presentación del oficio esto es año 2012 seguían asumiendo el pago de tales tratamientos, certifican además que asciende el monto a un total de treinta y siete millones doscientos noventa y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y ocho mil pesos (\$ 37.294.458).

Con respecto a la atención de urgencias en la clínica AMI el día del accidente se observa que su atención correspondió al seguro obligatorio de la motocicleta de su propiedad, razón por la que tales haberes no salieron del patrimonio del actor. En lo referente a los exámenes efectuados por medicina legal, los mismos fueron ordenados en el proceso penal adelantado por la Fiscalía por los hechos ocurridos en el tantas veces citado accidente.

En cuanto al pago de los arreglos de la motocicleta de propiedad del demandante, no yace ni siquiera sumariamente prueba de que la motocicleta tuviese daños o que los mismos fuesen reparados. Razón por la cual estos se negarán dado para acceder a estos es necesario la prueba del empobrecimiento del actor.

7.1.2. Lucro cesante: Este comprende la falta de productividad que se derive del acaecimiento del hecho, como sería para el caso lo dejado de percibir por parte del demandante a consecuencia del accidente.

Ahora bien en el escrito de la demanda se solicita como lucro cesante el pago de trescientos cincuenta millones de pesos (\$350.000.00). Sin dar explicaciones de donde surge tal monto.

De las pruebas que se relacionan y las allegadas al proceso, no se observa que la Junta Regional de Invalidez, efectuara evaluación al actor, determinando su grado de incapacidad, así como determinado si esta es transitoria o permanente.

Se observa a además que la ARP SURA estableció para el actor una incapacidad del 13.10% y canceló por tal concepto un total de tres millones once mil pesos setecientos ochenta y un mil pesos.

Aún así a falta de prueba sobre la cual se pueda determinar el lucro cesante del actor, y la ausencia del porcentaje de incapacidad, impide para esta Sala la tasación del mismo, razón por la cual se negará dicho concepto.

Finalmente y dado que el reconocimiento de lucro cesante de esta pende de lo devengado por el actor y visto que al mismo le fue negado al no existir material probatorio que permitiera su tasación esta Sala negara también tal concepto para la señora FATIMA RANGEL ORTIZ

6.2 Perjuicios inmateriales:

6.2.1. Daño moral: En el libelo introductor, se solicita las siguientes sumas de dinero por dicho concepto:

- Julio Alfredo Paris Echavarría: 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes
- Fátima Rangel Ortiz: en su calidad de cónyuge la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Mauricio Alberto Paris Echaverría: en su calidad de hermano la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Leonor Echeverria Echeverria: en su calidad de madre la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Julio Cesar Paris Arango: en su calidad de padre la suma de 200 Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Pues bien sobre la legitimación para solicitar tal perjuicio encuentra la Sala que el afectado por ser el directo afectado se encuentra habilitado para su reclamación en cuanto a los familiares de este, a través de los registros civiles aportados con la demanda se puede comprobar que la señora FATIMA RANGEL ORTIZ contrajo matrimonio tal como se desprende del registro civil de matrimonio visible a folio 13 del expediente, así mismo en el registro civil del actor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA se desprende como padres del mismo al señor JULIO CESAR PARIS ARANGO y la señora LEONOR MARGARITA ECHEVERRIA ECHEVERRIA, de igual manera en el registro civil del señor MURICIO ALBERTO PARIS ECHEVERRIA se puede comprobar su vínculo como hermano del accionante.

Precisado lo anterior la sala determinara la cuantía de la siguiente manera: para la víctima directa un porcentaje de 50 SMLMV, por haber sufrido este todo el dolor que causaron las lesiones que le fueron producidas, así como el estrés postraumático que ha tenido que sufrir producto de las lesiones. A su cónyuge señora FATIMA RANGEL ORTIZ, quien se entiende ha padecido las aflicciones con su compañero se le reconocerá la suma de 25 SMLMV y en lo atinente a sus padres y hermanos la suma de 12.5 SMLMV. Esta tasación es efectuada de conformidad con el arbitrio juris del Juez tal como al respecto lo ha tratado el Consejo de Estado.

6.3.1 Daño a la vida en relación.

Respecto de dicho daño mas allá de su solicitud en el libelo de la demanda no existen pruebas de la manera como esta afectación ha causado secuelas o injerencia dentro de la vida en relación del actor de manera que por no probar el demandante el

sustento de su petición negará tales perjuicios.

7. Sobre el Llamado en Garantía.

Finalmente sobre las solicitud elevada por la Compañía aseguradora COLPATRIA S.A., respecto de la condena que se le impondrá a la DIAN, esta Corporación precisa que la condena impuesta atiende al estudio que al respecto este Tribunal ha efectuado sobre la responsabilidad de su apadrinado, por lo que las excepciones propuestas de fondo al igual que las presentadas por la demandada no tuvieron vocación de prosperidad, ahora bien con respecto a aquellas referidas al llamamiento en garantía la Sala precisa que el contrato de seguro entre estas dos partes es un asunto que por su naturaleza contractual debe atender a los lineamientos que al respecto estos hayan pactado y que en tanto la DIAN si bien puede cumplir la presente condena solicitado la cancelación de todo o de parte del porcentaje a la compañía aseguradora o a si a bien lo tiene cancelar estos la condena directamente.

Indicó la llamada en garantía, compañía de seguros COLPATRÍA S.A., que en caso de imponerse condena en contra de la entidad demandada, sólo debería responder hasta los sublímites pactados en la respectiva póliza, con los deducibles pactados entre las partes.

El Código de Comercio establece en su artículo 1.079 que el asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada; por su parte, el artículo 1.089 *ejusdem* preceptúa que, para el momento del siniestro, la indemnización no excederá en ningún caso del valor real del interés asegurado, por manera que la DIAN tendrá derecho a que la aseguradora COLPATRIA S.A., llamada en garantía, le reembolse el valor total de la condena que se le impondrá a aquél, pero ese reembolso no podrá superar el límite máximo de responsabilidad pactado, amén de la aplicación de los deducibles correspondientes.

Es menester precisar que si bien este Tribunal ha podido efectuar el estudio sobre el porcentaje correspondiente en pago por la condena impuesta a la demanda, en esta oportunidad no fue aportada al proceso la póliza de seguro, por lo cual no se podrá determinar el monto que le corresponde a la compañía aseguradora por la condena.

En ultimas el reembolso que deberá efectuar la compañía de seguros COLPATRIA S.A., se hará exigible de acuerdo con los términos señalados en el Código de Comercio, según el cual el asegurador indemnizará al asegurado o al beneficiario dentro del mes siguiente a que se acredite judicial o extrajudicialmente el siniestro, de manera que si el asegurador no realiza el pago dentro de ese plazo, estará obligado a pagar intereses moratorios comerciales (art. 1.080 C. C.).

Lo anterior ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, al sostener que:

“... si el asegurador no realiza el pago dentro de ese plazo estará obligado a pagar intereses moratorios comerciales (art. 1.080 C. C.), situación que ha corroborado la jurisprudencia al decir⁷: ‘si la obligación de pagar el seguro es fijada por fallo judicial, como éste tiene el carácter de condena y no constitutivo o declarativo, el asegurador debe ser condenado a pagar intereses moratorios desde el termino que indica el artículo 1080 del Código de Comercio y no desde la ejecutoria del fallo.’

Esa normatividad a la cual refiere la jurisprudencia sirve para precisar que los intereses moratorios que se ordenan se aplican sólo si la aseguradora no paga al demandado EMCALI dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, cuando se define con certeza la obligación; nótese que son

⁷ Nota original de la sentencia citada Sentencia del 10 de octubre de 1980, Corte Suprema de Justicia Sala Civil

*exigibles los intereses moratorios sólo después de ocurrido ese plazo*⁸.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la DIRECCIÓN NACIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES por los perjuicios ocasionados al señor JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA con ocasión del accidente de tránsito ocurrió el 21 de enero de 2008 en la ciudad de Cartagena.

TERCERO: CONCEDER por perjuicios morales los siguientes valores:

- JULIO ALFREDO PARIS ECHEVERRIA (víctima directa) la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- FATIMA RANGEL ORTIZ (Cónyuge) la suma de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- MAURICIO ALBERTO PARIS ECHEVERRIA (Hermano) JULIO CESAR PARIS ARANGO y LEONOR ECHEVERRIA ECHEVERRIA la suma e 12.5 Salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de uno (1) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número 76001-23-31-000-1993-08858-01(16287), Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez, Actor Gamaliel Montenegro y otros; Demandado Municipio de Cali y Emcali

QUINTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: si la presente providencia no resulta ser apelada archívese el expediente.

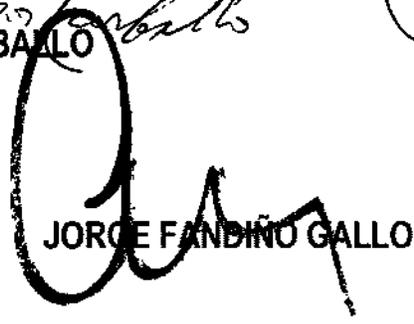
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

SU(Descongestión)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1358
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: H-B FULLER DE COLOMBIA LTDA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2005-00198-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 292/2013

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

TEMA: Incumplimiento régimen de reembarque de mercancía

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-33-31-004-2005-00198-01

II. PARTES

Demandante: H.B. FULLER COLOMBIA LTDA

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha dieciocho (18) de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada la excepción de inepta demanda respecto de la Compañía HB FULLER COLOMBIA LTDA y negó las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

*“ * Declarar la nulidad de la Resolución recurso de apelación N° 001924 del 30 de septiembre de 2004 emitida por el despacho del Administrador de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que confirma la Resolución N° 00206 de febrero 9 de 2004 emitida por la División de Liquidación Aduanera de la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional – Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se declara el incumplimiento de una obligación aduanera y ordenando la efectividad de una garantía por valor de \$10.913.221.00.*

** Que se declare la nulidad de la Resolución Recurso de Reposición N° 001485 del 30 de julio de 2004 emitida por la División de Liquidación Aduanera de la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se confirma la Resolución N° 00206 de febrero 09 de 2004 emitida por la División de Liquidación Aduanera de la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena declarando el incumplimiento de una obligación aduanera y ordenando la efectividad de una garantía por valor de \$10.913.221.00.*

** Que se declare la nulidad de la Resolución N° 00206 de febrero de 2004 emitida por la División de Liquidación Aduanera de la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena declarando el incumplimiento de una obligación aduanera y ordenando la efectividad de una garantía por valor de \$10.913.221.00.*

Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene el restablecimiento del derecho de mi representada de la siguiente manera:

** Se declare que la sociedad H.B. FULLER COLOMBIA LTDA, no incumplió las obligaciones adquiridas mediante la constitución de la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales N° M-A0027030, por un valor asegurado de \$10.913.221.00.*

** Que no obstante haberse declarado el incumplimiento y la efectividad de la garantía, se acepte que las resoluciones proferidas por la autoridad aduanera no fueron expedidas conforme a lo previsto por la ley.*

** Que todos los actos que realice la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en desarrollo de lo dispuesto en las resoluciones cuya nulidad se demanda, queden sin efecto como consecuencia de la declaratoria de nulidad.*

** Que si en razón de la fuerza ejecutoria de los actos demandados, mi representada ha debido pagar o llegare a pagar suma alguna de dinero al Estado Colombiano, esa suma sea reintegrada con el reconocimiento de indexación e intereses a que haya lugar, de conformidad con las variaciones certificadas por el DANE.*

** Que se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios ocasionados a mi poderdante en razón de la necesidad de recurrir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, incluyendo los pagos de honorarios profesionales, gastos del proceso y demás costas procesales.”*

2. HECHOS

“1. El 29 de julio de 2003, arribó al puerto de Cartagena un cargamento amparado por el documento de transporte N° MSCUSA053053, consignado a nombre de H.B. FULLER COLOMBIA LTDA., consistente en 520 bultos de resina de petróleo.

2. El cargamento llegó a Colombia por un error del proveedor, toda vez que se trataba realmente de un despacho con destino a Taiwan, razón por la cual H.B. FULLER COLOMBIA LTDA., decidió proceder al reembarque del mismo de conformidad con lo establecido en el artículo 306 del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero).

3. Mediante memoriales radicados con los números 024142 y 024394 de septiembre 24 de 2003, la Sociedad de Intermediación Aduanera SIA ADUANIMEX S.A., solicitó a la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena la autorización para efectuar el reembarque de la mencionada carga.

4. Para respaldar la operación de reembarque, H.B. FULLER COLOMBIA LTDA., suscribió y presentó ante la autoridad aduanera la póliza de seguros de cumplimiento de disposiciones legales N° M-A0027030, por un valor asegurado de \$10.913.221.00, la cual fue aceptada el 29 de septiembre de 2003.

5. EL 27 de septiembre de 2003 SIA ADUNIMEX S.A., presentó la respectiva solicitud de autorización de embarque bajo la modalidad de reembarque, a la cual le correspondió la autorización de embarque N° 0620020030039860 de la misma fecha.

6. En la casilla 30 de la mencionada solicitud de autorización de embarque se indicó que el transportador sería la agencia marítima Barlovento S.A.

7. El 29 de septiembre de 2003, se celebró la correspondiente Inspección Física a la carga de conformidad con el auto de Inspección N° 06203200030004552 de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

8. El cargamento correspondiente al citado reembarque zarpó del Puerto de Cartagena el día 1 de octubre de 2003, a las 7:20 horas de la mañana, en la motonave MSC PERU, viaje 550 A, al amparo del documento de Transporte N° MSCUBC040413, dentro del contenedor MSCU 140239-8.

9. El 3 de octubre de 2003, la Agencia Marítima Barlovento envió a la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena el memorial radicado con el N° 06001854, con el que informó que la carga amparada por el Documento de transporte N° MSCUBC040413 (entre otras) había zarpado del puerto de Cartagena con destino a Savanna el día 1° de octubre de 2003, adjuntando además relación de cada uno de los manifiestos de aduana junto con el respectivo número de cada autorización de embarque, incluyendo la autorización de embarque correspondiente al trámite de H.B. FULLER COLOMBIA LTDA.

10. Con la comunicación mencionada en el hecho anterior, se cumplió la obligación garantizada con la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales N° M-A0027030, consistente en "garantizar la entrega dentro de los quince días siguientes a la fecha de embarque del certificado expedido por el transportador donde acredite la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional".

11. El 4 de octubre de 2003, la autoridad aduanera a través del sistema informático le asigna a la solicitud de autorización de embarque presentada a nombre de H.B. FULLER COLOMBIA LTDA, el número de declaración de exportación definitivo 0615001095902.

12. El 29 de octubre de 2003, el Grupo de Garantías de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena envió a H.B. FULLER COLOMBIA LTDA, el oficio N° 018895, mediante el cual se le solicitó demostrar el cumplimiento del régimen de reembarque.

13. El 5 de noviembre de 2003, la Sociedad de Intermediación Aduanera SIA ADUANIMEX S.A., en su calidad de declarante autorizado, remitió al Grupo de Garantías de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, con memorial radicado bajo el N° 027789, copia de la declaración de exportación N° 0615001095902, correspondiente a H.B. FULLER COLOMBIA LTDA, con el fin demostrar la efectiva realización del reembarque de la mercancía según lo solicitado.

14. EL 14 de noviembre de 2003, la Sociedad de Intermediación Aduanera SIA ADUANIMEX S.A., remitió al Grupo de Garantías de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, con memorial radicado bajo el N° 28480, original de la certificación adicional emitida por MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY COLOMBIA S.A., en la cual se reitera que la carga objeto de reembarque fue efectivamente embarcada.

15. La División de Liquidación Aduanera de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena expidió la Resolución N° 00206 de febrero 9 de 2004 por medio de la cual se declara el incumplimiento de una obligación aduanera y se ordena la efectividad de una garantía.

16. H.B. FULLER COLOMBIA LTDA., no fue enterada de la anterior resolución motivo por el cual no pudo interponer recursos frente a ella.

17. La División de Liquidación Aduanera de la U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena expidió la Resolución N° 001485 del 30 de julio de 2004, resolviendo desfavorablemente un recurso de reposición interpuesto en contra de la anterior resolución por parte de la empresa aseguradora.

18. La resolución que resolvió el recurso de reposición fue remitida a la aseguradora por correo, es decir, no se efectuó la notificación personal de la misma.

19. H.B. FULLER COLOMBIA LTDA., tampoco fue enterada de la anterior resolución, motivo por el cual no pudo interponer recurso frente a ella.

20. El despacho del Administrador de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, profirió la Resolución N° 001924 del 30 de septiembre de 2004, resolviendo desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto por parte de la empresa.

21. La Resolución que resolvió el recurso de apelación fue remitida a la aseguradora por correo, es decir, no se efectuó la notificación personal de la misma.

22. H.B. FULLER COLOMBIA LTDA., tampoco fue enterada de la anterior resolución.

23. Mediante memorial radicado ante la División de documentación Aduanera de Medellín el 27 de diciembre de 2004 bajo el N° 20490, se solicitó a la División de Documentación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena la expedición de copias con constancia de notificación de todas las resoluciones proferidas dentro del expediente PT 03 03 00663.

24. La anterior solicitud no ha obtenido respuesta hasta el momento de presentación de esta demanda. “

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional Artículos 29, 95 numeral 9, 209
- Decreto 2685 de 1999, Artículos 2 y 307
- Resolución 4240 de 2000, artículo 530
- Código Contencioso Administrativo Artículos 2, 3, 10, 44
- Decreto 2150 de 1995 Artículo 14.
- Ley 95 de 1890, artículo 1º.

Del concepto de violación expuesto en la demanda se puede resaltar lo siguiente:

“la norma en comento es clara al señalar que el objeto de la garantía que se debe constituir como requisito previo a la autorización de la modalidad de reembarque es el de asegurar la entrega dentro de los quince días siguientes a la fecha del embarque, de una certificación expedida por el transportador donde acredite la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional.

Tal como se narró en la parte correspondiente a los hechos, el 3 de octubre de 2003 la Agencia Marítima Barlovento, quien figura como transportador en el respectivo documento de exportación, remitió a la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena un memorial radicado con el N° 06001854, con el cual informó que la carga amparada por el documento de transporte N° MSCUBC40413 había zarpado del puerto de Cartagena con destino a Savanna el día 1º de octubre de 2003, adjuntando además relación de cada uno de los manifiestos de aduana junto con el respectivo número de cada autorización de embarque, incluyendo la correspondiente a H.B. FULLER COLOMBIA LTDA.

Resulta entonces evidente que la obligación garantizada con la póliza cuya efectividad se ordenó fue debidamente cumplida, especialmente considerando que la norma aduanera no establece requisitos ni formalidades especiales que deba contener la certificación ni señala la dependencia ante la cual se debe entregar, por lo que no existe fundamento para desconocer la validez de la certificación entregada por el transportador a la División de Servicio al Comercio Exterior

apenas dos días después de ocurrida la salida de la mercancía de territorio aduanero nacional, máxime cuando esta misma División es la que posteriormente afirma no haber recibido ningún tipo de certificación y por ende da traslado para que se inicie el expediente que termina con la expedición de las resoluciones demandadas.

“(..) De conformidad con el artículo 308 de Decreto 2685 de 1999, el cual establece el procedimiento para la realización del reembarque, la autorización de embarque y la Declaración de Exportación se tramitarán en la forma prevista para la exportación definitiva con embarque único y datos definitivos de que trata el mismo Decreto.

A su vez, el artículo 280 del Estatuto Aduanero indica, refiriéndose a la exportación definitiva, que dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al embarque de la mercancía el transportador transmitirá electrónicamente la información del Manifiesto de Carga relacionado las mercancías según los embarques autorizados por la autoridad aduanera y que el sistema informático aduanero asignará el número consecutivo y la fecha a cada Manifiesto de Carga, agregando que la transmisión electrónica de la información no exonera al transportador de la obligación de entregar los Manifiestos de Carga dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al embarque de la mercancía.

Por su parte el artículo 242 de la Resolución 4240 de 2000 indica que el transportador, dentro de las 48 horas siguientes al embarque de la mercancía, deberá entregar a la División de Servicio al Comercio Exterior, o a la dependencia que haga sus veces, el documento físico del Manifiesto de Carga.

Indica por su parte el artículo 281 del mismo Estatuto, que cumplidos los trámites señalados en los artículos anteriores la Autorización de Embarque con el número de manifiesto asignado por el sistema informático se convierte en Declaración de Exportación definitiva.

Tal como expresó al narrar los hechos, el 4 de octubre de 2003 la autoridad aduanera a través del sistema informático le asigna a la solicitud de autorización de embarque presentada a nombre de H.B. FULLER COLOMBIA LTDA., el número de declaración de Exportación definitiva 0615001095902.

De la lectura de las normas antes citadas se infiere con total claridad que si el transportador no hubiera entregado a la autoridad aduanera el manifiesto de carga con el cual se certifica que la mercancía reembarcaba por H.B. FULLER COLOMBIA LTDA, había salido de territorio aduanero nacional, la Autorización de Embarque no se habría convertido en Declaración de Exportación Definitiva y por ende no existiría número de declaración de Exportación definitiva que identificará a dicho documento.

De lo anterior se concluye, sin lugar a discusión, que la autoridad aduanera si recibió por parte del transportador y de manera oportuna la certificación de que la mercancía había salido efectivamente del territorio aduanero nacional.

Según lo anterior, no puede afirmarse ahora que la autoridad aduanera no fue notificada o que el transportador no certificó el despacho de la mercancía, ya que como se señaló anteriormente el manifiesto de carga debe entregarse con posterioridad al embarque de la misma de conformidad con la normas citadas y tal como se señaló anteriormente fue efectivamente entregado por el transportador surtiéndose así la certificación exigida por el artículo 307 del Estatuto, certificación que se cumplió de manera electrónica inicialmente y posteriormente de manera documental.

Por lo mismo, entendiendo que la información atinente a la salida de la mercancía del país ya se encontraba capturada en el sistema informático de la DIAN y adicionalmente le había sido entregada físicamente por el transportador, la autoridad aduanera debió aplicar las preceptivas del artículo 10 del Código Contencioso Administrativo y del artículo 14 del Decreto 2150 de 1995, los cuales señalan lo siguiente:

Artículo 10 del Código Contencioso Administrativo: "los funcionarios no podrán exigir a los particulares constancias, certificaciones o documentos que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la respectiva entidad"

Artículo 14 del Decreto 2150 de 1995: "no se podrá exigir el cumplimiento de un requisito cuando éste se debió acreditar por mandato legal o reglamentario, en un trámite o actuación anterior que ya se surtió. En tal caso, el servidor público tendrá por cumplido, para todos los efectos legales, el requisito que debió servir de fundamento a una actuación concluida".

En este caso, el requisito de acreditar el embarque de la mercancía se cumplió para efectos del cierre del Documento de Exportación, motivo por el cual no podía solicitarse nuevamente que se acreditara tal circunstancia para efectos de evitar la efectividad de la garantía, sin violar las normas en comento.(...)"

B. LA CONTESTACION (folios 81-91)

La entidad demandada dio contestación a la presente demanda oponiéndose a las pretensiones en ella contenida sustentando que su actuar esta comportado a las normas legales vigentes. Por tal razón solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda por improcedentes.

Sobre la violación al artículo 307 del Decreto 2685 de 1999 la demandada expuso lo siguiente: *"sobre este punto la entidad que represento resalta que NO CONOCE el mencionado memorial radicado bajo el número 06001854 del 3 de octubre de 2003, suscrito por la empresa Barlovento.*

Dicho memorial NO REPOSA EN EL EXPEDIENTE DE VIA GUBERNATIVA, por tanto la administración no basó su decisión en él y tampoco puede ser tomado como parámetro para medir la legalidad del acto.

LA ADMINISTRACIÓN DESCONOCE EL MEMORIAL SUPUESTAMENTE RADICADO BAJO EL NÚMERO 06001854 DEL 3 DE OCTUBRE DE 2003 SUSCRITO POR BARLOVENTO Y LO TACHA DE FALSO.”

Frente al cumplimiento de la obligación de presentación del certificado de embarque de la mercancía la entidad sostiene: *“las obligaciones remitidas por ADUANIMEX no cumplen con la obligación a cargo de HB FULLER, pues la norma exige que sea el transportador quien expida la certificación.*

Por tanto no puede HB FULLER para demostrar la efectiva realización del reembarque aportar certificado de la SIA, cuando la norma exige que sea el transportador.

Por tanto la entidad que represento se opone a que las certificaciones emitidas por la SIA se tomen como cumplimiento de la obligación y precisamente por ello es que se declaró el incumplimiento del régimen de reembarque.”

Frente al cargo de indebida notificación la entidad argumentó: *“para notificar las actuaciones de la administración se hecho mano de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo. El artículo 44 establece la notificación personal para aquellos actos que pongan término a una decisión administrativa. El artículo 45 establece que en los casos de no poderse realizar una notificación personal, se acudirá a la notificación por edicto.*

La DIAN profirió el Acto 206 del 1º de febrero de 2004 y para su notificación libro oficio 1814 del 10 de febrero de 2004 que reposa a folio 29 del informativo de vía gubernativa, enviado por correo certificado de ADPOSTAL mediante planilla 305 del 10 de febrero de 2004, a la dirección calle 27 N° 41-33 de Itagüí – Antioquia. El oficio citaba a HB FULLER para notificarlo de la Resolución 206 y advirtiendo que si no comparecía a los cinco días, el acto se notificaría por edicto.

HB FULLER hizo caso omiso de la situación y por tanto el acto se notificó por edicto fijado durante 10 días, del 18 de febrero al 2 de marzo de 2004, en lugar visible de la División de Documentación.

El procedimiento adoptado por la administración para publicar los actos expedidos en el expediente, se ajusta a la normatividad legal y por tanto no merecen ningún reproche de legalidad”.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 220-237)

El Juez de primera instancia como primera medida respecto del demandante HB FULLER COLOMBIA LTDA declaró probada la excepción de inepta de demanda, al entender que este no agotó la vía gubernativa requisito para acudir ante esta jurisdicción, y que no es de recibo los argumentos según los cuales no fue notificado, puesto que le fue enviada citación por correo certificado y luego como lo demanda la norma notificado por edicto, así mismo y sobre el fondo del asunto consideró negar las pretensiones puesto que, no se demostró la entrega efectiva ante la DIAN del certificado del transportador donde efectivamente hiciera constar la salida de la mercancía hacia el exterior, para lo cual concluyó que la declaratoria de incumplimiento se ajusto a la normatividad, dado que el cumplimiento de la obligación consistente en la presentación del certificado de reembarque se dio de forma extemporánea.

De lo expuesto por él A quo se destaca lo siguiente:

“ (...) no se demostró que se le hubiese entregado a la DIAN, dentro de los términos de ley, la certificación del transportador donde efectivamente hiciera constar la salida de las mercancías hacia el exterior, para efectos de la cancelación de la póliza, pues tan sólo el 14 de noviembre de 2003, fecha en que la DIAN recibió la aludida certificación remitida fue probado tal hecho, por

consiguiente, debe colegirse de dicha sociedad pretermitió el término de 15 días siguientes al embarque, señalado en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999.

Por otra parte, se alega la transgresión de los artículos 14 del Decreto 2150 de 1995 y 10 del CCA, por exigirse al particular requisitos ya cumplidos en un trámite anterior ya surtido. Al respecto debe acotarse que ciertamente debe el transportador transmitir electrónicamente y entregar físicamente el Manifiesto de Carga contentivo de las mercancías exportadas a la autoridad aduanera dentro de las (24) horas siguientes al embarque de aquellas, en los términos en los artículos 308, 280 y 281 del Decreto 2685 de 1999 en armonía con el artículo 242 de la Resolución N° 4240 de 2000, así mismo es resultado de ello la asignación de un número de Declaración de exportación definitiva a la Autorización de embarque, todo lo cual en efecto se cumplió en el caso que nos ocupa; no obstante dicha obligación es distinta e independiente a la consignada en el artículo 307 del Estatuto Aduanero, que prevé la entrega de una certificación, distinta al manifiesto de carga dentro de los 15 días siguientes al embarque de la mercancía.

De otro lado, sobre la forma en que se notificaron las Resoluciones demandadas a Compañía Mundial de Seguros S.A., se observa de acuerdo con las constancias visibles en el expediente, que para dichos efectos la demandada dio aplicación a lo previsto en los ARTÍCULOS 563 y 567 del Decreto 2685 de 1999 los actos administrativos que pongan fin a una actuación administrativa, deberán notificarse personalmente o por correo. Siendo facultativa la escogencia de alguno de esos mecanismos de notificación la entidad utilizó el segundo medio, que resultó eficaz por cuanto la Sociedad aseguradora puso presentar oportunamente los recursos formulados en vía gubernativa.

Por último sobre el argumento planteado en forma subsidiaria relativo a la configuración de la eximente de responsabilidad de caso fortuito o hecho de un tercero en atención a que la presentación extemporánea de la certificación es atribuible a la Compañía Transportadora y no a la parte demandante, cabe precisar que se trata en el caso presente de una garantía que se hace efectiva una vez verificada la ocurrencia del hecho configurativo del siniestro, con prescindencia de a quien le resulte imputable la no radicación oportuna de la certificación de reembarque de la mercancía ante la autoridad aduanera.(...)"

D. LA APELACION (Folio 239- 241)

Mediante apoderado judicial la demandante presentó escrito de apelación oponiéndose a lo resuelto en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

Argumenta como razones de su desacuerdo lo siguiente:

"(...) por lo mismo, así pueda constatar en el proceso copia de una citación para que mi representado se presentara a notificarse, lo cierto del caso es que dicha notificación jamás fue recibida en las instalaciones de la empresa, siendo ese precisamente el motivo por el cual mis representados no pudieron presentarse para efectos de recibir la notificación personal de la resolución.

Por lo mismo, al no haberse recibido la respectiva citación, tampoco resultaba válida la notificación efectuada por edicto, pues la autoridad aduanera debió haber adelantado las diligencias necesarias para notificar adecuadamente la resolución ahora demandada.

Así las cosas, no puede argumentarse la falta de agotamiento de la vía gubernativa, cuando ante la indebida notificación de la resolución que declaró el incumplimiento, no se le otorgó a mis representados la oportunidad de agotar la vía gubernativa.(...)"

“(...) es este mismo orden de ideas, se descarta por el Juzgado la validez de la certificación oportunamente entregada por la Agencia Marítima Barlovento por el hecho de no haber sido mencionada en los recursos de reposición y apelación, pero lo cierto del caso es que dicha certificación no pudo haber sido mencionada en los recurso de reposición y apelación precisamente por cuanto con la indebida notificación de la resolución que ordenó el incumplimiento, la autoridad aduanera privó a la sociedad H.B. FULLER de la oportunidad de presentar dicho documento.

Pero en todo caso, lo esencial es que el documento existe y fue oportunamente radicado ante la autoridad aduanera, existiendo prueba de ellos dentro del proceso, por lo que no resulta ajustado a derecho que el Despacho se niegue a apreciar dicha realidad, pues se termina dando prevalencia a lo procedimental sobre lo sustancial, siendo esto último lo que se debe perseguir al administrar justicia. (...)”

“(...) frente a este punto argumenta el Despacho que la obligación del transportador es diferente a la contemplada en el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, pues en su criterio dicho artículo consagra la obligación de entregar una certificación distinta al manifiesto de carga.

Ante lo anterior debemos expresar que el fondo del asunto es que el transportador debía certificar la salida de la mercancía ante la autoridad aduanera y así lo hizo efectivamente, por lo que no resulta razonable que se pretenda que el mismo hecho sea certificado dos veces por dos medios diferentes.

Además, la doctrina oficial de la misma DIAN ha establecido que la entrega del manifiesto de carga por parte del transportador hace las veces de la certificación exigida por el artículo 307 del Decreto 2685 de 1999, por lo que no encontramos razón alguna para que en sede jurisdiccional se desconozca esta doctrina (...)”

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante: La parte demandante reitera los argumentos expuestos en el escrito de apelación (FI 249-253)

La parte demandada: El apoderado de la parte demandada reitera los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda. (FL254-256)

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en esta instancia

V. TRÁMITE PROCESAL

Segunda instancia:

- Por auto de fecha 09 de mayo de 2012, se admitió el recurso de apelación. (FL 246)
- Por auto posterior de fecha 28 de septiembre de 2012, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. (FL 248). El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

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

2. Síntesis del caso y problema Jurídico

Las demandantes esto es HB FULLER LTDA y la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS S.A, presentan demanda de nulidad y restablecimiento del derecho al considerar que el actuar de la DIAN no estuvo comportado con las normas que gobiernan el asunto, en primera medida alegan que ha existido una indebida notificación del acto de incumplimiento con respecto a HB FULLER LTDA quien por tal razón no pudo hacer uso de los recursos en la vía gubernativa y de otro lado sustentan que si se cumplió con la obligación de entregar el certificado dentro de los 15 días siguientes desde la autorización de la exportación tal como lo estatuye el decreto 2685 de 1999 y que la DIAN hizo caso omiso de la certificación expedida por el transportador. Razón por la cual solicitan la nulidad de los actos administrativos demandados

Por su parte la DIAN, argumenta que sus actuaciones están ajustadas a derecho y que los actos administrativos acusados fueron expedidos con el lleno de los requisitos y con fundamento en las normas procedimentales y sustanciales aplicables en el momento de ocurrencia de los hechos, aducen que desconocen el memorial N° 06001854 del 3 de octubre de 2003 suscrito por la agencia Barlovento, motivo por el cual no basaron su decisión en tal escrito. Aducen que resulta evidente en consecuencia la extemporaneidad de la entrega de la certificación que ordena el artículo 530 del Decreto 2685 de 1999.

El Juez de instancia consideró que ha existido un indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto del declarante HB FULLER COLOMBIA LTDA, en cuanto dentro del expediente hay constancia del envío de la notificación por correo y posteriormente la fijación de edicto y de que no agotó la vía gubernativa, a su vez en cuanto al argumento de la entrega del memorial de la Agencia Marítima que acreditaría el cumplimiento de la exportación de la mercancía esgrimido por la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS, cuestiono el porqué durante la vía gubernativa no se refirieron a tal documento si el mismo resultaba ser tan importante, razón por la cual lo desestimo, y en consecuencia tomó los documentos entregados con

posterioridad, resultando que los mismos fueron presentados de manera extemporánea, razón por la que encuentra justificada la declaratoria de incumplimiento.

Dentro de la oportunidad legal el apoderado judicial del declarante HB FULLER COLOMBIA LTDA, presenta escrito de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se accedan a las pretensiones, aduciendo en primera medida que no ha existido el indebido agotamiento al que se refiere el Juez en cuanto sustentan que la falta de notificación impidió su actuación en la vía gubernativa, de otro lado alega que contrario a lo dicho por el A quo, el documento aportado por la Agencia Marítima fue recibido el 03 de octubre de 2003, es decir dos días después de la exportación y dentro de los 15 días q trata la norma, razón por lo cual no ha habido el incumplimiento que alega la DIAN.

Dicho lo anterior la Sala precisa como primer problema jurídico el determinar si acertó el Juez de instancia declarando probada la excepción de inepta demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto del demandante HB FULLER COLOMBIA LTDA.

En segundo lugar analizar si existió incumplimiento de la obligación de presentar el certificado de reembarque tal como lo estipula el Decreto 2685 de 1999 artículo 280, puesto que a consideración del demandante la agencia marítima BARLOVENTO S.A., radicó memorial certificando el embarque de la mercancía dentro de los 15 días que demanda la norma, documento que no fue tenido en cuenta por el DIAN.

3. Acto administrativo demandado.

3.1 Nulidad de la Resolución N° 00206 del 9 de febrero de 2004 expedida por la División de Liquidación Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena; Que declara el incumplimiento de una obligación aduanera y ordena hacer efectiva una garantía por valor de \$10.913.221.00.

3.2 Nulidad de la Resolución N° 001485 del 30 de julio de 2004 proferida por la División de Liquidación Aduanera, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición, confirmando la Resolución N° 00206 del 09 de febrero de 2004.

3.3 Nulidad de la Resolución N° 001924 del 30 de septiembre de 2004, proferida por el Despacho del Administrador, de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación, confirmando la Resolución N° 001485 del 30 de julio de 2004

4. Hechos probados.

4.1. Memoriales presentados el 23 y 24 de septiembre de 2003, por la Sociedad de Intermediación Aduanera ADUANIMEX, mediante la cual solicitan el reembarque del contenedor MSCU 140239-8 de su cliente HB FULLER COLOMBIA LTDA para tal efecto aportado los documentos necesarios en aras de se acceda a su solicitud. (FL 19-20)

4.2 Declaración de Exportación 0620020030039860 de fecha 27 de septiembre de 2003, en la cual HB FULLER COLOMBIA LTDA funge como exportador, SIA ADUANIMEX SA, como declarante, ARIZONA CHEMICAL COMPANY como importador y como transportador la AGENCIA MARITIMA BARLOVENTO SA. (FL 23-24)

4.3 Acta de inspección física N° 0620320030004552 de fecha 29 de septiembre de 2003, 8FL 26-27)

4.4 Memorial con fecha en manuscrito 03 de octubre de 2003, mediante la cual la Agencia Marítima Barlovento S.A., adjunta los manifiestos de embarque indicando como fecha de zarpe el 01 de octubre de 2003, en el que se encuentra el contenedor MSCUBC040413 , objeto de reembarque en este proceso (FL 29-31)

4.5 Oficio de fecha 29 de octubre de 2003 N° 018895 mediante el cual al DIAN solicita a HB FULLER COLOMBIA SA, acreditar ante dicha entidad el cumplimiento del régimen de la referencia según lo dispuesto en el artículo 530 de la Resolución N° 4240 de 2000. (FL 33)

4.6 Memorial radicado el 14 de noviembre de 2003 mediante el cual ADUANIMEX (Sociedad de Intermediación Aduanera), allega copia donde MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY COLOMBIA S.A., certifica el reembarque del contenedor MSCU1402398 y BL MSCUBC40413 y su respectivo itinerario (FI 35)

4.7 Resolución N° 000206 de fecha 04 de febrero de 2004, mediante la cual la DIAN declara el incumplimiento y en consecuencia hace efectiva la póliza, al encontrar que la certificación de reembarque fue presentada extemporáneamente. (FI 164-168)

4.8 Citación para notificación personal de la Resolución N° 00206 al exportador HB FULLER COLOMBIA LTDA, oficio N° 000378y sello casi ilegible de introducción al correo el 10 de febrero de 2004 (FL 163)

4.9 Recurso de reposición y en subsidio de apelación levado por la compañía de seguros MUNDIAL DE SEGUROS S.A., (FI 172-174)

4.10 Resolución N° 001485 de fecha 30 de julio de 2004, mediante la cual la DIAN resuelve un recurso de reposición confirmando en todas sus partes la resolución N° 000206 de fecha 04 de febrero de 2004. (FL 182-186)

4.11 Resolución N° 001924 de fecha 30 de septiembre de 2004, mediante la cual se resuelve el recurso de apelación interpuesto, confirmando en todo la resolución que declara el incumplimiento. (FL 189-193)

5. Caso concreto.

En el presente caso, pretende la parte demandante que se le exima de responsabilidad, frente al incumplimiento declarado por la Unidad Administrativa Especial de Aduanas de Cartagena mediante resolución de incumplimiento No. 00206 del 04 de febrero de 2004, pues a su consideración y tal como lo esgrimió en la vía gubernativa no existió tal incumplimiento puesto que la Agencia Marítima Barlovento dentro del plazo de ley envió a la DIAN constancia del reembarque de la mercancía. Aduce además el declarante HB FULLER COLOMBIA LTDA que el acto que declara el incumplimiento no le fue notificado en debida forma, aduciendo su ausencia de notificación y por ello no agotó los recursos de la vía gubernativa

Pues bien la demandada se aparta sustancialmente de lo expuesto por los demandantes, puesto que considera que dentro de lo que la ley ordena dieron aplicación a la notificación, no concurriendo HB FULLER COLOMBIA LTDA a la notificación personal y por ello fijo edicto de conformidad con el artículo 44 y 45 del C.C.A., en segundo lugar aduce que desconoce el escrito de radicación de fecha 03 de octubre de 2003 de la Agencia Marítima Barlovento, y por ello sus decisiones no fueron adoptadas atendiendo a tal documento, por ello tomando como base lo que yace en el expediente encuentran que la certificación fue arrimada a la DIAN por fuera del término de 15 días de que trata la norma y por tanto encuentran sustentado el incumplimiento decretado por estos.

En consecuencia a lo anterior la Sala estudiara en primera medida lo referente al indebido agotamiento de la vía gubernativa aducido por el apelante y declarado por el Juez de primera instancia.

Al tenor del artículo 135 del C.C.A. el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, al establecer en su primer inciso que *“La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo”*.

La vía gubernativa se agota i) cuando el acto no es susceptible de recurso, ii) cuando los recursos han sido resueltos por acto expreso o presunto o iii), cuando se ha dejado de interponer el recurso de reposición y/o queja, según las voces del artículo 63 del C.C.A. en concordancia con los artículos 51 y 62 del mismo estatuto, en cuanto aquél dispone que *"El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1 y 2 del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja."*, y el segundo, en su parte final señala que *"Los recursos de reposición y de queja no son obligatorios"*.

Lo anterior significa que el agotamiento de la vía gubernativa está determinado por diversas circunstancias, según lo visto en los artículos 63 y 135 del C.C.A., en concordancia con los artículos 51, in fine, y 62 ibídem, tal agotamiento se considera cumplido:

- i) Cuando el acto no es susceptible de recurso, caso en el cual cabe decir que la acción se puede ejercer de manera directa;
- ii) Salvo norma que señale lo contrario, cuando siendo susceptible únicamente de recurso de reposición, el interesado no lo interpone - sea que deje vencer el término, que renuncie a él o desista del mismo – o si lo interpone es resuelto mediante acto expreso o presunto originado en el silencio administrativo;
- iii) Cuando siendo susceptible también del recurso de apelación, el interesado lo interpone directamente o de manera subsidiaria y es resuelto por acto expreso o presunto originado en el silencio administrativo; y
- iv) Cuando la autoridad impide que el interesado haga uso de los recursos.

Debe precisarse que los actos administrativos particulares que son susceptibles de recursos son los que ponen fin a una actuación administrativa o impiden que ella continúe, según lo señala el artículo 50 del C.C.A, que al punto dice:

“ARTICULO 50. RECURSOS EN LA VIA GUBERNATIVA. Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque.

2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito.

No habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

El recurso de queja es facultativo y podrá interponerse directamente ante el superior del funcionario que dictó la decisión, mediante escrito al que deberá acompañarse copia de la providencia que haya negado el recurso.

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión.”

Por consiguiente, la expresión *“un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo”* contenida en el artículo 135 arriba citado habrá que entenderla en el sentido como está calificado ese acto en el artículo 50 pretranscrito, esto es, como el acto que pone fin a una actuación administrativa o impide que ésta continúe, que de suyo siempre es de carácter particular o subjetivo cuando la actuación a la que le pone fin es una cualquiera de las actuaciones distintas a las que se inician en ejercicio del derecho de petición en interés general, es decir, las previstas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 4º del C.A.A., a saber: i) las que se inician en ejercicio del derecho de petición en interés particular; ii) las que se inician en cumplimiento de un deber legal, y iii) las que se inician de oficio.

Es entonces en relación con el acto o la decisión que le pone fin a cualquiera de esas tres actuaciones que es menester agotar la vía gubernativa para perseguir su nulidad y el restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien sobre el agotamiento de la vía gubernativa, está dicho por la jurisprudencia y la doctrina que la finalidad de ese requisito de procedibilidad de la acción es, de una parte, dar al administrado la oportunidad de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la Administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria, y una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido.

Pero visto el panorama de las diversas situaciones jurídicas en que puede ocurrir el agotamiento de la vía gubernativa en el sentido expuesto, esa finalidad sólo encuadra en el caso a que se refiere el numeral segundo del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, es decir, cuando el interesado haga uso de los recursos procedentes contra el acto administrativo en mención, de los cuales, por regla general, está consagrado que el recurso de apelación es obligatorio.

Lo anteriormente expuesto se explica en tanto se entienda la vía gubernativa como una de las especiales manifestaciones del derecho fundamental de acceso a la justicia y consecuentemente como un particular desarrollo del debido proceso administrativo, lo que en últimas se traduce en un potestad del administrado para controvertir las decisiones de la Administración y en un deber de ella en cuanto a su revisión.

La jurisprudencia igualmente ha acuñado la figura del debido o indebido agotamiento de la vía gubernativa, como una forma de delimitar la comprensión material o sustancial de ese presupuesto de la acción en comento, la cual aparece unificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 1991, expediente núm. S-145, Consejera Ponente doctora Clara Forero de Castro, con el siguiente alcance:

“Ese control administrativo es obligatorio, como se desprende del artículo 135 del C.C.A. y debe ser también real y efectivo.

Por esa razón, el artículo 52 del C.C.A. establece requisitos que deben cumplir los recurrentes, cuya finalidad es la de hacer posible y eficaz el control por parte de la Administración.

Dispone entonces el mencionado artículo, que los recursos se interpongan por escrito, dentro del término legal, personalmente por el interesado o su apoderado, y que sean sustentados “con la expresión concreta de los motivos de inconformidad”.

En resumen, lo que se busca con esta última exigencia para el agotamiento obligatorio de la vía gubernativa es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la Administración

La identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción. Es decir, en lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición.

No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por este medio no se cambie la petición que se hizo por vía gubernativa.”

Sobre esta misma circunstancia resulta oportuno transcribir el siguiente aparte jurisprudencial, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado con ponencia

de la Dra. María Claudia Rojas Lasso, dentro del expediente 2004-00604 de fecha 12 de mayo de 2011, en la que se consideró lo siguiente:

“Entonces, a la luz del artículo 135 del C.C.A. **el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto procesal para ejercer la acción** y su finalidad es, de una parte, brindar al administrado la oportunidad de solicitar el restablecimiento de sus derechos sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, darle a la Administración la oportunidad de revisar su decisión para que si la encuentra ilegal la modifique, aclare o revoque y así evitar el posible detrimento del patrimonio público que se causaría con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho haga el administrado contra el acto ilegalmente expedido.

(...)

Una vez resueltos los recursos, el administrado, si a bien lo tiene, puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con el fin de obtener la nulidad de la decisión que, a su juicio, conculcó sus derechos, acción en la que debe impetrar las mismas pretensiones solicitadas en la vía gubernativa, aunque no necesariamente bajo los mismos argumentos allí planteados, pues lo importante es que los expuestos ante esta jurisdicción convenzan al juzgador de que la decisión se encuentra afectada por alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A.”

En otro fallo jurisprudencial se indicó sobre el mismo tema lo siguiente:

“El agotamiento de la vía gubernativa, sostuvo la Corte, es un ‘presupuesto procesal de la acción contencioso administrativa, que no es otra cosa que la utilización de los recursos consagrados en la ley para controvertir los actos que profiere la administración y que afectan intereses particulares y concretos, a juicio de la Corte no contrarían la Constitución Política, sino por el contrario permiten dar plena eficacia a los principios, derechos y deberes consagrados

en la Carta” (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 14850, de marzo 8 de 2007, Magistrado Ponente Doctor Mauricio Fajardo Gómez).

Precisada la posición decantada por el Consejo de estado, es menester que se estudie si en el presente caso efectivamente se presentó un indebido agotamiento de la vía gubernativa tal como lo decretó el Juez de instancia.

Alega el apelante que con ocasión de la indebida notificación este no pudo ejercer los recursos contra los actos demandados, sin embargo interpone la presente demanda.

Al respecto de las notificaciones los artículos 44 y 45 del C.C.A estipulan lo siguiente:

“Art. 44. La demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificará personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación se podrá hacerse de la misma manera.

Sino hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderá notificados el día que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

En la misma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este Código. “(SIC)

“Art. 45. Si no se pudiera hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo

despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutive de la providencia." (sic)

En el presente caso previo requerimiento efectuado por la DIAN, a fin de certificar el cumplimiento de la obligación garantizada por póliza de cumplimiento, consistente en la entrega dentro de los 15 días siguientes del embarque la salida de la mercancía del territorio aduanero nacional, el organismo aduanero conceptuó que los documentos que prueban la certificación que avalaba la póliza, fueron presentados extemporáneamente razón por la cual declaró el incumplimiento. Para tal efecto la Resolución 000206 de fecha 04 de febrero de 2003, según consta en los oficios 000377 y 000378 fueron insertados en el correo, a fin de que las partes comparecieran ante la División de documentación en aras de efectuarse la notificación personal, al respecto se observa que adicionalmente la DIAN fijó edicto por el término de 10 días a fin de que se entendiera surtida la notificación del acto.

Siendo pertinente la compañía aseguradora interpuso oportunamente los recursos de ley, reposición y apelación siendo estos resueltos negativamente por la entidad demandada mediante las resoluciones 001485 de 0 de julio de 2004 y Resolución N° 001924 de 30 de septiembre de 2004. Por su parte HB FULLER COLOMBIA LTDA, aduce que no fue notificada y por ende no pudo ejercer los recursos de ley.

Sobre este punto el Juez de instancia consideró declarar la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, puesto que esta última no ejerció los recursos de ley contra la resolución de incumplimiento, siendo que yace en el expediente el oficio que lo cita a comparecer para su notificación personal así como el edicto correspondiente.

Pues bien de un estudio de las pruebas que yacen en el expediente se observan los oficios N° 00377 y 000378 dirigidos uno a la empresa aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS S.A., y el segundo a HB FULLER COLOMBIA LTDA, esto para que comparezcan, a efectos de surtirse la notificación personal, oficios estos con sello, en el que se observa "introducido al correo" el 10 de febrero de 2004.

Ninguno de los dos oficios tiene constancia de recibido, sin embargo el primero, MUNDIAL DE SEGUROS SA., vemos que se notificó personalmente y ejerció oportunamente su defensa presentando los recursos que le fueron facultados, así mismo yace el edicto fijado por la demandada por el termino de 10 días con el que alega haber surtido la notificación tal como lo demanda los artículo 44 y 45 del C.C.A.

Dicho lo anterior y tal como se observa en los artículos transcritos en líneas anteriores sobre notificación, artículos 44 y 45 del C.C.A. esta Corporación precisa que dentro de lo que la ley demanda, la DIAN aplicó de conformidad tales artículos sin evidenciarse en ellos falencias o violaciones directas al debido proceso administrativo por lo que la Sala comparte la decisión adoptada por el A quo puesto que la apelante HB FULLER COLOMBIA LTDA, tuvo su oportunidad de ser notificada personalmente y luego fijado edicto, acercándose únicamente la aseguradora, cuando se cumplió por lo visto el mismo procedimiento para ambas.

En ese sentido y regresando sobre el agotamiento de la vía gubernativa, la norma es estricta en especificar los casos en los que se entiende agotada la esta, caso que no se dio, puesto que si bien la apelante afirma no ser notificada lo cierto es que las pruebas indican que el procedimiento se cumplió a cabalidad. Por lo cual se confirmará la sentencia en dicho punto.

Ahora bien se observa además, dentro del escrito de apelación que el apoderado no solo alega la indebida notificación sino el cumplimiento de la obligación que hoy resulta ser cuestionada como incumplida, esto es la entrega de la certificación dentro de los 15 días siguientes al embarque de la mercancía.

Al respecto tenemos que la demanda fue presentada por HB FULLER COLOMBIA LTDA y MUNDIAL DE SEGUROS S.A., bajo un mismo apoderado, sin embargo en el escrito de apelación este apoderado suscribe la apelación en nombre de HB FULLER COLOMBIA LTDA y no en conjunto con MUNDIAL DE SEGUROS S.A., quien como se dijo agotó en debida forma la vía gubernativa

Dado que como ya se precisó esta primera HB FULLER COLOMBIA LTDA no tiene la legitimación para demandar ante esta jurisdicción por falta de agotamiento, mal haría esta Corporación en entrar a resolver sobre el fondo del asunto. Diferente sería que la compañía aseguradora hiciera parte de la apelación en cuyo caso como a esta se le negaron las pretensiones fuera perfectamente posible el estudio del fondo del asunto.

Así las cosas y resueltos los problemas jurídicos planteados, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia de conformidad con lo expuesto anteriormente.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

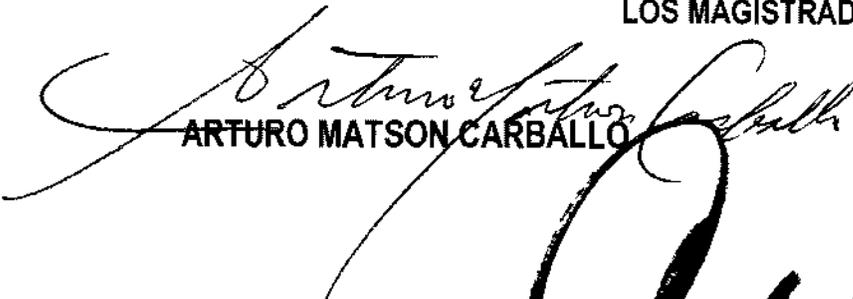
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto de HB FULLER COLOMBIA SA y negó las pretensiones de la demanda respecto de la compañía aseguradora MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

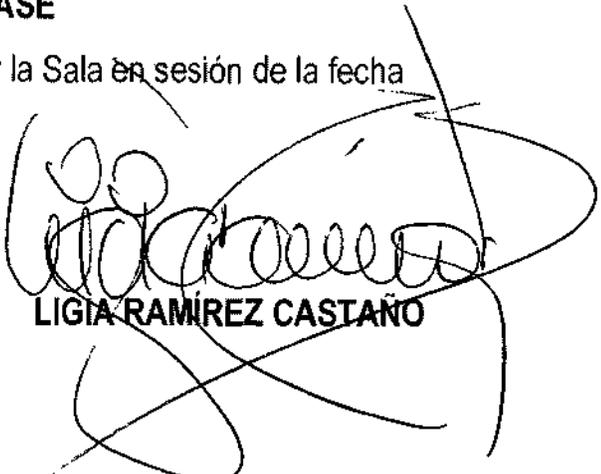
SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha precitada

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JOSE FANDIÑO GALLO

Su(descongestión)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

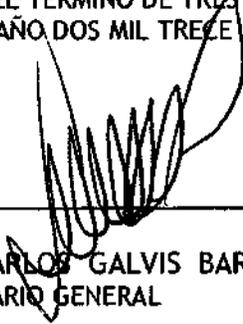
**E D I C T O N° 1359
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION POPULAR
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: MELISSA PIZARRO YEPES
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS- CONCESION VUIAL DE CARTAGENA
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2010-00258-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE 2013	

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

Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Magistrado Ponente: Dr. Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 234120931

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

TEMA: Derecho al goce y acceso al espacio público; derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente – eliminación de barreras arquitectónicas a personas con movilidad reducida - rampas para discapacitados.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN POPULAR
Radicación: No.13-001-33-31-001-2010-00258-00

II. PARTES

Accionantes: MELISSA PIZARRO YEPES.

Accionados: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS – CONCESIÓN VIAL

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha seis (06) de Diciembre de dos

mil doce (2012), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se ampararon los derechos colectivos al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la seguridad y la prevención de desastres; a la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia a la calidad de vida y libre circulación.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

La señora MELISSA PIZARRO YEPES, actuando nombre propio, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de acción popular contra el Distrito de Cartagena de Indias – Concesión Vial, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

1. PRETENSIONES

“PRIMERA.- Que se ordene al DISTRITO DE CARTAGENA Y CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA S.A., realizar a la mayor brevedad posible las adecuaciones que permitan el acceso de discapacitados en las estructuras de los puentes mencionados en el hecho segundo de la presente demanda, para ello las demandadas podrán tener en cuenta modelos de puentes como el que se muestra en la última imagen anexada con la presente; logrando así su fácil y seguro desplazamiento y consecuentemente hacerla cesar la amenaza en contra de su integridad por la ausencia de los elementos requeridos en esta obra.

SEGUNDO.- Que se ordene al DISTRITO DE CARTAGENA que ejerza de forma eficaz sus facultades de inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las disposiciones sobre accesibilidad y garantía de los derechos e intereses colectivos en dichos espacios públicos.

TERCERO.- *Que se de aplicación a lo establecido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.*"

2. HECHOS.

"PRIMERO.- La empresa CONCESION VIAL DE CARTAGENA S.A. y la ALCALDIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, celebraron el contrato No 0868804 para la realización de estudios y diseños definitivos, la construcción de las obras y el mantenimiento y operación durante el período de concesión del proyecto denominado "CORREDOR DE ACCESO RÁPIDO A LA VARIANTE DE CARTAGENA".

SEGUNDO.- El proyecto incluye, entre otras obras, el diseño y construcción de cuatro pasos peatonales en los siguientes sitios: I. A la altura de las escaleras alto Bosque y la empresa Vehicosta II. Curva Postobón y III. Zona de la antigua fábrica de aceites la suprema, al pie del puente vehicular que comunica el barrio Bosque con el barrio Manga, IV. A pocos metros del centro comercial olimpica del sector buenos aires, comunicando el sector Ceballos con el barrio Nuevo Bosque.

TERCERO.- No obstante que estos puentes se encuentran construidos desde mucho tiempo atrás, se ha omitido injustificadamente la construcción de las rampas o cualquier otra obra de ingeniería civil que permita el acceso de discapacitados, amenazando la vida e integridad de quienesteniendo una limitación física, como es el caso de quienes se desplazan en silla de ruedas o las personas que presentan dificultades por razón de edad, se ven obligados a recurrir al tránsito por la carretera obviando todas las medidas de protección y seguridad, por no tener un medio idóneo de circulación.

CUARTO.- En los ya mencionados pasos peatonales se construyeron únicamente las escaleras en ambos lados tal y como se observa en las imágenes que se anexan con la presente, ni siquiera las escalinatas están bien diseñadas, pues en algunos de

los puentes el escalón inicial resulta excesivamente alto para personas con limitaciones, generando dificultades para abordarlas y generando ostensiblemente un gran riesgo en su integridad física.

QUINTO.- Resulta más gravosa aún la situación teniendo en cuenta que en esta zona encontramos a altas velocidades un abundante flujo vehicular; entre otros, de automotores de carga pesada y por esta razón se convierte el paso de un extremo a otro de la carretera en una odisea para los peatones con discapacidad física (dentro de ellos niños y ancianos) pues se ven obligados a abordar la carretera, enfrentándose a múltiples riesgos de sufrir accidentes de tránsito, que en el peor de los casos podrían causar su muerte por falta de los elementos pertinentes para su seguridad.

SEXTO.- La omisión de los actos en pro de hacer las correcciones pertinentes a los pasos peatonales por parte de la ALCALDIA DISTRIAL DE CARTAGENA y la CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA, constituyen un contrasentido en la cooperación de la construcción del Estado Social de Derecho, que por mandato constitucional son veedores y actores, toda vez que en las circunstancias anotadas ponen a la comunidad en una constante e inminente peligro de los derechos colectivos e individuales en especial los de la integración física y la vida de las personas discapacitadas que no cuentan con la garantía plena de sus bienes jurídicos cuando circulan por esta zona.”

B. LA DEFENSA

Como quiera que la empresa CONCESIÓN VIAL DE CARTAGENA S.A., no presentó recurso de apelación, no se traerá lo manifestado por dicho accionado en su contestación.

Contestación del Distrito de Cartagena.

En el escrito de contestación, el apoderado del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena Indias se opuso a las pretensiones de la demanda y solicitó sean denegadas

Agregó el Distrito:

“Nos oponemos a que se proporcione el incentivo que solicita el actor cuando la Ley 1425 de 2010 eliminó la norma que lo consagra; y el Consejo de Estado aclaró que este beneficio desapareció, incluso para las acciones populares que se promovieron antes de que la Ley 1425 entrara en vigencia, por cuanto este es una mera expectativa de derecho para el actor popular.”

Excepciones formuladas:

- Inexistencia de vulneración al derecho colectivo.
- Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Inviabilidad de la acción impetrada. y
- La innominada.

Fundamentos de Derecho:

En apretada síntesis expuso:

“El DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS a través de su Secretaría de Planeación, está adelantando los procedimientos correspondientes, a efectos de que todas las edificaciones y obras construidas, que se realicen, o se hayan de realiza en la ciudad de Cartagena de indias se encuentren dotadas de rampas que garanticen el acceso a personas discapacitadas. Teniendo en cuéntalo lo anteriormente citado la Ley no atribuye a ninguna autoridad distrital la función de construir rampas de acceso e edificaciones y obras construidas, pues si bien las autoridades administrativas tienen como función la guarda, preservación y destinación del espacio público al uso común, no quiere decir que deba eliminar las barreras existentes.

Así las cosas, no se constituye en función del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS la construcción de las rampas para discapacitados, el

DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS no es la entidad llamada a satisfacer las pretensiones enunciadas, toda vez que la Concesión Vial de Cartagena S.A es la encargada de la realización y diseño definitivos, la construcción de las obras y el mantenimiento de la vía (sic) conocida como Corredor de Acceso Rápido a la Variante de Cartagena que, entre las que se señala la construcción de pasos peatonales a desnivel y por el simple cumplimiento del principio constitucional de buena fe contractual, esa obligación no se surte con la construcción de un puente con las mismas calidades técnicas, sino que este debe satisfacer las necesidades tanto de la obra como de las comunidades cercanas a la misma y si bien es cierto los puentes fueron construidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la llamada Ley Clopatofsky, no es menos cierto que las obras deben adecuarse a las exigencias actuales y el contratista debe tomar todas las medidas tendientes para tal fin."

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juez a quo encontró probada la vulneración de los derechos colectivos invocados en la acción, al respecto expuso.

"... Sobre el particular, debe señalarse que el contrato de concesión Vial No. 0868804, celebrado entre DISTRITO DE CARTAGENA y el consorcio Concesión Vial de Cartagena S.A. fue suscrito en la fecha 31 de diciembre de 1998, fecha para la cual ya había entrado en vigencia no solo la ley 472 de 1998- 5 de agosto de 1998- que desarrollo el art. 88 de la constitución Política y a través del cual se amparan los derechos colectivos, sino que además, estaba rigiendo la ley la ley (sic) 361 de 1997 (febrero 7), "Por la cual se establecen los mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones", de tal suerte que, era previsible para el Distrito de Cartagena como autoridad concedente garantizar desde la etapa precontractual el acceso a los pasos peatonales de las personas con movilidad reducida.

No debe perderse de vista que de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, es deber del Estado- entiéndase en el caso particular, el Distrito de Cartagena de

Indias- velar por la protección al uso común del mismo y a la luz de la ley 361 de 1997, también por el acceso de ellos por parte de las personas con movilidad reducida.

Por supuesto que, dentro de la noción de espacio público encontramos las denominadas zonas viales tales como: Calzada, separador, Andén, Antejardin. Franja de Control ambiental, Alameda, Bahía de estacionamiento. Paso a desnivel y Vía Peatonal, por lo que, el derecho de acceso a ellos por parte de las personas con movilidad reducida es un derecho típicamente colectivo que debió ser garantizado por el Distrito de Cartagena al momento de iniciar los trámites administrativos que antecedían la adjudicación y celebración del contrato a concesionar.

De igual forma, al no probarse por parte del Distrito de Cartagena como concedente que en los diseños aprobados y que posteriormente debían ser ejecutados por parte del concesionario- Concesión Vial de Cartagena S.A- se contempla la garantía de acceso a los pasos peatonales por parte de las personas con movilidad reducida, teniendo que ser construidos los mismos con las debidas rampas y siéndole tal obligación atribuible al ente territorial bajo el contenido de lo señalado en la ley 361 de 1997. ..."

D. LA APELACION

Distrito de Turístico y Cultural de Cartagena Indias.

El apoderado del Distrito de Cartagena de Indias, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.¹ En los siguientes términos:

"Sea nuestra primera crítica sin ambages alguno, preguntarle al Despacho ¿por qué razón o motivo, omitió, dejó de lado, desechó o no tuvo en cuenta nuestro alegato de conclusión?"

¹ Folio 350 a 352.

El Juez tiene que ser congruente al momento de dictar sentencia, y ésta, cumplidos el deber jurisprudencial derivado de los derechos de acción y de contradicción, debe ser clara, precisa y lógica en las disposiciones, o como lo ordena el artículo 170 del CCA, modificado por el decreto 2304 de 1989, art. 38, "Contenido de la sentencia tiene que ser motivada. ...

... De otro lado, manifestamos en esos alegatos también, la imposibilidad de condenar al Distrito de Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, debido a la no aplicabilidad de la ley hacia el pasado o irretroactividad de la misma. Y precisamente, la sentencia desconoce ese principio. Veamos:

Luego de indicar la fecha del contrato de concesión vial 0868804, efectuado entre el "Distrito de Cartagena" y la Concesión Vial de CARTAGENA S.A., que lo fue el 31 de diciembre de 1998, cree que estos contratantes debieron prever la construcción de rampas porque ya existía la Ley 361 desde 1997 (7 de febrero), olvidando de plano que ésta constituía solo el marco general, que a no dudar, debía ser reglamentada, tal como se hizo con el decreto 1538 de 2005, que desmenuza, define y concreta todo lo referente a espacio público, peatonales, construcciones, etc, que debe tenerse en cuenta para la población discapacitada. Tanto ello es así que, en la ciudad de Cartagena, aún se construyen obras teniendo en cuenta estas personas, precisamente en desarrollo de la normatividad a partir del 2005. Era imposible que los contratantes del consorcio se atuvieran al decreto citado, cuando efectúan el negocio jurídico en 1998, y a pesar de la existencia de la ley 361 desde el año anterior, ésta aun no contaba con su reglamentación, al punto, repetimos, que solo nace en el 2005. Otro ocurre con la ley 769 de 2002 (Código de Tránsito), que no viene sino a adecuarse a la nueva situación de los discapacitados. Igual acontece con la ley 762 de 2002, que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad...

... De otra arista, en caso de mantenerse incólume la sentencia, especialmente en su numeral tercero de su pronunciamiento final, respetuosamente solicitamos al Tribunal modificar el punto Cuarto y Quinto, en torno al plazo dado, ..."

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Procurador Delegado ante este Tribunal Administrativo de Bolívar desistió de emitir concepto.

F.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

De conformidad con los artículo 15 y 16 de la ley 472 de 1998, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 06 de Diciembre de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. DE LA ACCIÓN POPULAR EN GENERAL

El artículo 88 de la Constitución Política consagra las denominadas acciones populares como el instrumento de defensa judicial para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y demás de similar naturaleza que se definan en la ley.

La reglamentación de estas acciones populares fue deferida al legislador por los Constituyentes de 1991, así como la definición de los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

En cumplimiento a este mandato constitucional, se expidió la Ley No. 472 del 5 de agosto de 1998, para desarrollar el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. En el artículo 2 de la citada ley, se definieron las acciones populares. de la siguiente manera:

"Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible".

Del análisis de la ley 472 de 1998, se desprende que los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares son los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la ley 472 de 1998.

3. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala encuentra que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si tal como lo decidió el a quo, el Distrito de Cartagena de Indias deben responder por la vulneración

y/o amenaza de los derechos colectivos al goce del espacio público, a la seguridad pública y a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente, la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia a la calidad de vida y libre circulación de la comunidad con movilidad reducida o discapacitada de los sectores colindantes al corredor de carga de la ciudad de Cartagena?

4. TESIS DE LA SALA DE DECISIÓN

Esta Sala de decisión es de la tesis que el Distrito de Turístico y Cultural Cartagena de si debe responder por la vulneración y/o amenaza de los derechos colectivos de goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; a la seguridad y la prevención de desastres; la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia a la calidad de vida y libre circulación de la comunidad con movilidad reducida o discapacitada de los sectores colindantes al corredor de carga de la ciudad de Cartagena.

La anterior tesis se fundamenta en los siguientes argumentos:

En primer lugar conviene precisar, los alcances conceptuales de los citados derechos colectivos invocados por el accionante.

Derecho al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público.

a) El concepto de espacio público

El concepto de espacio público viene definido por la ley 9 de 1989 de la siguiente manera:

“ARTICULO 5o. Entiéndese por Espacio Público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles

privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el Espacio Público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva; para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo.

PARAGRAFO.*<Parágrafo adicionado por el artículo 117 de la Ley 388 de 1997> El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo.*

La Corte Constitucional también en cuanto al concepto de espacio público y sus elementos estructurantes, en sentencia SU-360 de 19 de mayo de 1999, ha señalado:

“... 2. Del concepto de espacio público y su protección constitucional.

“2.1. La búsqueda de una mejor calidad de vida para las personas y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, es uno de los fundamentos sobre los cuales se estructura el concepto de Estado Social de Derecho. Es por ello que, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, la integridad del espacio público y su destinación al uso común, son conceptos cuya protección se encuentran a cargo del

Estado, precisamente por la necesidad de asegurar el acceso de todos los ciudadanos al goce y utilización común de tales espacios colectivos.

“La protección del espacio público, así entendida, responde a la necesidad de conciliar los diferentes ámbitos y esferas sociales en un lugar común, sin desconocer, en todo caso, el principio constitucional consagrado en el artículo primero de la Carta, mediante el cual se garantiza la prevalencia del interés general frente a los intereses privados, en beneficio de la colectividad.

“Si bien en la Constitución anterior no existía una norma expresa que tratara el tema del espacio público, en la Constitución de 1991 sí existen múltiples artículos que hacen alusión al mencionado tema, y que ponen de presente las responsabilidades estatales en estas materias. Al respecto, tenemos entre otras, las siguientes normas:

“Artículo 82. Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular.

“Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

“Artículo 102. El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación.

“Es importante en primer lugar aclarar que algunos de los bienes mencionados en el artículo 63, aunque son bienes de uso público no son espacio público (p. ej. las tierras comunales, los resguardos); y en segundo lugar agregar que, el artículo 313 de la Constitución pone de presente que los Concejos Municipales son quienes tienen la función de reglamentar los usos del suelo y de vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de los inmuebles destinados a la vivienda. Lo anterior, implica que cada municipio fija sus reglas de manera autónoma, no sólo en lo relacionado con la actividad urbanizadora, sino en lo concerniente a las áreas del suelo que tienen el carácter de espacio público, al establecer criterios con arreglo a los cuales la administración, generalmente por conducto de los Departamentos de Planeación, determinará dicha destinación.

“Igualmente, y de conformidad con el artículo 315 de la Carta, los Alcaldes, en su calidad de primera autoridad de policía en el área de su competencia, son quienes deben cumplir y hacer cumplir en el respectivo ámbito territorial, las normas constitucionales y legales y las que expida el Concejo Municipal correspondiente, entre las que se encuentran aquellas relacionadas con el concepto de espacio público. Por ende, es en los Alcaldes sin duda alguna en quienes recae por expresa atribución constitucional la responsabilidad de hacer cumplir por todos los ciudadanos las normas relativas a la protección y acceso al espacio público, en su respectiva localidad, atendiéndose, como es apenas natural, a las normas constitucionales, legales y las provenientes de los Acuerdos Municipales.

“Es decir, el tema del espacio público, a partir de la Constitución de 1991, adquiere una clara connotación constitucional que supera los criterios del derecho administrativo y civil, previamente delimitadores de la noción y su contenido y de las atribuciones de la autoridad en cuanto a su manejo y tratamiento en la legislación.

“2.2. Para comprender la esencia de lo anteriormente mencionado, debe entenderse por espacio público, en virtud de la ley 9ª de 1989 sobre reforma urbana, el ‘conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza y por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.’

“Esta definición amplía conceptualmente la idea de espacio público tradicionalmente entendida en la legislación civil (artículos 674 y 678 C.C.), teniendo en cuenta que no se limita a reducirla a los bienes de uso público (calles, plazas, puentes, caminos, ríos y lagos) señalados en la mencionada legislación, sino que extiende el alcance del concepto a todos aquellos bienes inmuebles públicos, que al ser afectados al interés general en virtud de la Constitución o la ley, están destinados a la utilización colectiva. En otras palabras, lo que caracteriza a los bienes que integran el espacio público, es su afectación al interés general y su destinación al uso directo o indirecto en favor de la colectividad, razón por la cual no pueden formar parte de esta categoría, aquellos bienes que son objeto de dominio privado de conformidad con lo establecido por la ley, ni aquellos que son del

pleno dominio fiscal de los entes públicos, (bienes 'privados' del Estado)

"En ese orden de ideas, los bienes de uso público son entendidos por la legislación colombiana como inalienables, imprescriptibles e inembargables (artículo 63 de la C.P.), lo cual implica que en virtud de su esencia son inapropiables, pues están destinados al uso público y cualquier acto de comercio podría vulnerar el fin para el cual han sido concebidos. La inalienabilidad nació en el siglo pasado y apareció como una regla de origen consuetudinario o jurisprudencial. Ella, junto con la imprescriptibilidad, son medios jurídicos a través de los cuales se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes de uso público, a efectos de que ellos cumplan el 'fin' que motiva su afectación (Marienhoff). Por las razones anteriores, ningún particular puede considerar que tiene derechos adquiridos sobre los bienes de uso público y tampoco podría alegar una posible prescripción adquisitiva de dominio sobre ellos. En efecto, estos bienes están fuera de todas las prerrogativas del derecho privado. **En el mismo sentido, la entrega en arrendamiento a personas naturales o jurídicas de carácter privado de instalaciones públicas, destinadas por ejemplo, a la recreación o deporte, no sustrae tales bienes de la calidad de 'áreas de espacio público', ni de los límites que por ese motivo les atribuye la ley.** En consecuencia, y tal como se ha dicho, 'los derechos y los intereses privados, sea cual fuere su origen (la ley, la concesión, el acto administrativo, etc.) si entran en conflicto con el interés público, deben subordinarse a éste.

"Tomando en consideración las precisiones anteriores, pueden reconocerse como elementos que integran el concepto de espacio público, entre otros los siguientes:

"a- Las áreas requeridas para la circulación tanto peatonal como vehicular (vías públicas), - como por ejemplo las calles, plaza, puentes y caminos -

"b- Las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, - léase estadios, parques y zonas verdes, por ejemplo-,

"c- Las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, - es decir andenes o demás espacios peatonales-,

"d- Las fuentes agua, y las vías fluviales que no son objeto de dominio privado.

"e- Las áreas necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos o para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones.

"f- Las áreas para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje.

"g- Los elementos naturales del entorno de la ciudad.

"h- Lo necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como la de sus elementos vegetativos, arenas y corales.

i- En general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo

"En todo caso, no existiendo bienes de uso público por 'naturaleza' y siendo tal destinación un mero concepto jurídico, -modificable según las necesidades-, la noción de espacio público igualmente resulta contingente y dependiente de lo que fije como tal el legislador (Marienhoff).

"Ahora bien, en el uso o administración del espacio público, las autoridades o los particulares deben propender, no sólo por la protección de la integridad del mismo y su destinación al uso común, sino también, - atendiendo el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos - , por facilitar el adecuamiento, diseño y construcción de mecanismos de acceso y tránsito, que no solo garanticen la movilidad general, sino también el acceso a estos espacios, de las personas con movilidad reducida, temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentra disminuida por edad, analfabetismo, incapacidad o enfermedad.

"En vista de todo lo anterior, afectación de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas, no podrá ser determinado sino por los Concejos o Juntas Metropolitanas, (o las Juntas Administradoras Locales), de conformidad con el artículo 6º de la citada Ley 9ª de 1989, 'de lo cual se desprende que su disponibilidad no puede quedar librada a la voluntad de los particulares ni a la decisión de organismos administrativos a los cuáles no se confía por la

Constitución. la responsabilidad atinente a la definición, planificación y regulación de su uso'. Por supuesto que esto no limita el cumplimiento de las obligaciones de policía, señalados por normas.

“...

“El espacio público, al ser un ámbito abierto, es un área a la cual todo el mundo quiere tener acceso libre y puede hacerlo; por esta razón la tentación de abusar de él es permanente. Sin embargo, así como algunos son constreñidos a la usurpación del espacio público por problemas económicos y circunstancias sociales y por una ausencia real de oportunidades, y esta circunstancia debe tener connotaciones jurídicas; otras personas, desconociendo su propia responsabilidad social, hacen de esas posibilidades una verdadera oportunidad en los negocios, o un abuso desproporcionado de su derecho, poniendo en peligro la efectividad en la administración de tales espacios públicos.

“Hay que tener claro, entonces, que el orden en los espacios abiertos, como calles y parques, debe ser un valor social por excelencia que genera confianza, respeto y tranquilidad en la comunidad, porque contribuye a mejorar las condiciones de vida urbana y a neutralizar, así sea en mínima parte, las agresiones propias de una gran ciudad (visuales, auditivas, de tránsito, de seguridad, etc.). Es por ello que algunos doctrinantes sostienen que, el 'atributo básico de una ciudad exitosa es que una persona pueda transitar libremente por las vías públicas y además pueda sentirse personalmente segura en las calles, entre todos los ciudadanos que transitan en ella'.

“En ese orden de ideas, las reglas diseñadas para la preservación del espacio público, desde que sean razonables, no pueden ser consideradas como un impedimento para la libertad de las personas sino la base misma de esa libertad, extendida y articulada para todos. En consecuencia los ciudadanos deben sujetarse a los mandamientos constitucionales y legales que regulan el debido aprovechamiento del espacio público, como parte de su responsabilidad con la comunidad y de sus deberes constitucionales.

Por ende, una 'sociedad liberal que aspire a asegurar la igualdad de oportunidades para todos y una política universal de participación, debe presumiblemente darle la posibilidad a cada individuo de hacer uso de todos los espacios necesarios para circular libremente y transportarse, así como de todos los espacios públicos abiertos'.(Subrayas son del Juzgado).-

b) El concepto de patrimonio público, de bien de uso público y de bien fiscal

La noción de patrimonio público, dice el ex Consejero de Estado y tratadista de derecho Administrativo doctor Libardo Rodríguez, en su obra Derecho Administrativo General y Colombiano, gira alrededor de tres conceptos bien diferentes, que son el dominio eminente, el dominio público y el derecho privado del Estado.

Respecto del dominio eminente, señala el mencionado autor, *“Es un poder que tiene el Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción, con fundamento en su soberanía, el cual se traduce en la facultad de tomar medidas en relación con ese territorio, cuando las necesidades lo requieran, aun cuando aquel esté sometido a propiedad privada”*.

Y continúa diciendo más adelante: *“Este poder o dominio no hace parte del patrimonio del Estado desde el punto de vista económico tradicional, pero es evidente que influye indirectamente en ese patrimonio, pues en mayor o menor medida es el fundamento de la riqueza estatal”*.

Del dominio público dice: *“está constituido por aquellos bienes en los cuales se manifiesta una propiedad especial del Estado, cuyo contenido es diferente de la propiedad que ejercen los particulares sobre sus bienes”*.

Y el dominio privado, *“está compuesto por todos aquellos bienes que pertenecen a las personas públicas y que no reúnen las condiciones para hacer parte del dominio público”*.-

Enseña también el mencionado tratadista, que el patrimonio público en Colombia está compuesto por tres (3) clases de bienes, a saber el territorio, los bienes de uso público y los bienes fiscales.²

²Rodríguez R. Libardo Derecho Administrativo General y Colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 1998.

Nos interesa ahora analizar también los conceptos de bien de uso público y de bien fiscal, para lo cual sirve citar lo manifestado al respecto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, a saber:

“Los bienes de uso público universal o bienes públicos del territorio son aquellos que su dominio pertenece a la república, su uso pertenece a todos los habitantes de territorio y están a su servicio permanente, es decir, que por su propia naturaleza, ninguna entidad estatal tiene la titularidad del dominio similar a la de un particular puesto que están al servicio de todos los habitantes. De allí se ha afirmado que sobre ellos el Estado ejerce fundamentalmente derechos de administración y de policía en orden a garantizar y proteger precisamente su uso y goce común por motivos de interés general. De otra parte, los bienes patrimoniales o fiscales son aquellos que pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza que los posea y administre de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad.”³

En otra sentencia de la Sección 1ª. el Consejo de Estado también explicó la diferencia entre bienes de uso público y bienes fiscales de la siguiente manera:

“... La propiedad estatal está compuesta por BIENES DE USO PÚBLICO y BIENES FISCALES.

La distinción entre unos y otros ha sido definida por la doctrina:

“Bienes de Uso Público: Son aquellos que están destinados al uso general de los habitantes de un territorio, pertenecen al Estado como potestad económica y jurídica, pero él no los utiliza en su provecho, sino que están a disposición de los gobernados.

Bienes Fiscales: por oposición, son aquellos que pertenecen al Estado pero que no están al servicio libre de la comunidad, sino destinados al uso privativo de la administración, para sus fines propios, que en ocasiones pueden aparecer incompatibles con la utilización innominada. De estos bienes se dice que están puestos al servicio del Estado para su uso directo o para la producción de ventajas económicas suyas, en la misma forma que lo están los bienes de apropiación particular en beneficio de su dueño. De aquí

³ C E Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de diciembre 5 de 2002 C P SUSANA MONTES DE ECHEVERRI

resulta la identidad de regímenes jurídicos que se predica de los bienes fiscales y la propiedad privada de los particulares”

Los artículos 674 y 678 del Código Civil, y 63 y 82 de la Carta Política, prescriben, en su orden, que los Bienes de Uso Público son aquéllos cuyo uso lo tienen todos los habitantes del territorio, que el uso y goce de dichos bienes estará sujeto a las disposiciones de ese código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes, que los bienes de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y que es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público.

“Los bienes del Estado, según la clásica distinción de nuestro Código Civil se escinden entre los de uso público y los fiscales o patrimoniales. Ambos pertenecen a la Hacienda Pública y son de similar naturaleza, hallándose su diferencia en su destinación o manera de utilizarlos y en su régimen legal, como que en los primeros el uso pertenece a los habitantes del país y están a su servicio permanente (calles, plazas, puentes, caminos, ejidos, etcétera), mientras que los segundos (terrenos, edificios, granjas...) sirven al Estado como instrumentos materiales para la prestación de los servicios públicos, aunque pueden tomarse también como una especie de reserva patrimonial disponible para fines de utilidad común. Respecto de estos últimos, el Estado los posee y administra a la manera como lo hacen los particulares sobre los bienes de su propiedad, pero el régimen que los rige es de derecho público”.

... La Sala encuentra, tal como ya lo anotó, que el régimen de los bienes del Estado, denominados de USO PÚBLICO implica que son inalienables, imprescriptibles e inembargables (Constitución Política, artículo.63) y se caracterizan porque su uso pertenece a todos los habitantes, como las calles, plazas, puentes y caminos (C.C., artículo.674). Y el régimen de destino sólo puede ser variado por los Concejos, Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial, siempre y cuando sean canjeados por otros de características semejantes (artículo 6º ley 9 de 1989). Por su parte el régimen de los denominados BIENES FISCALES, que también pertenecen al Estado y que este maneja del mismo modo que los particulares, por ejemplo, edificios, etc. no ostentan las características inherentes a los clasificados como PUBLICOS, pero ello de por sí no posibilita la declaratoria de Utilidad o Interés Público como paso previo a la negociación directa o la expropiación pues, como se verá, existen otras regulaciones de orden Constitucional y legal que atender con respecto a este punto....”.⁴

⁴ C E Sección 1ª Sentencia del 6/04/00, Expediente núm 5805, Actor Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero)

Y otra jurisprudencia del Consejo de estado mucho más reciente señaló:

"De acuerdo con el artículo 674 del Código Civil, los bienes de dominio público se subclasifican a su vez en bienes fiscales y en bienes de uso público. Los bienes fiscales o estatales, son aquellos que pertenecen a sujetos de derecho público y que, por lo general, están destinados al cumplimiento de las funciones públicas, es decir, los utilizan para el giro de sus actividades. Los bienes de uso público propiamente dichos, sometidos a un régimen jurídico especial, son aquellos bienes destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad y, por lo tanto, están al servicio de ésta en forma permanente, con las limitaciones que establece el ordenamiento jurídico y la autoridad competente que regula su utilización, como calles, plazas, parques, puentes, caminos, etc.; por lo anterior, es claro que el Estado cumple simplemente una función de protección, administración, mantenimiento y apoyo financiero a esta clase de bienes. Así mismo, los bienes de uso público figuran en la Constitución como aquellos bienes que reciben un tratamiento especial, ya que son considerados como inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Así, el artículo 63 constitucional preceptúa: "Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la Ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables". Los bienes de uso público son inalienables, es decir, no se pueden negociar por hallarse fuera del comercio en consideración a la utilidad que prestan en beneficio común, por lo que, en principio, no puede celebrarse sobre ellos acto jurídico alguno. Esta característica tiene dos consecuencias principales: la de ser inajenables e imprescriptibles. La inajenabilidad significa que no se puede transferir el dominio de los bienes públicos a persona alguna; y la imprescriptibilidad, es entendida como el fenómeno en virtud del cual no se puede adquirir el dominio de los bienes de uso público por el transcurrir del tiempo, en el sentido que debe primar el interés colectivo y social, así, su finalidad es la conservación del dominio público en su integridad, toda vez que es contrario a la lógica, que bienes destinados al uso público de los habitantes puedan ser asiento de derechos privados. De otro lado, es pertinente señalar que la Ley 9ª de 1989, por la cual se dictan reglas sobre reforma urbana a nivel nacional, contienen normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes, define el espacio público en los siguientes términos: (...). En este contexto, el concepto de espacio público tiene un carácter amplio, no se limita exclusivamente al

ámbito del suelo físicamente considerado, sino que, también se refiere al espacio aéreo y a la superficie del mar territorial.”⁵

C) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

Este derecho colectivo, viene señalado como tal en el literal l del artículo 4º de la ley 472 de 1998 y su alcance lo ha precisado la jurisprudencia del concejo de estado de la siguiente manera:

“Como derecho colectivo le impone al Estado la 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, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva.”⁶

Y en otra providencia esa misma Corporación expresó:

“La seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente es contemplado en la Ley 472 de 1998 como patrimonio común y público, derecho colectivo que debe ser protegido cuando sea amenazado, vulnerado o agraviado. Esta norma consagra la necesidad de su defensa y divulgación. El Estado comenzó a asumir su función de ente planificador en la materia con la creación de la Dirección General para la Prevención y Atención de Desastres y la conformación de Comités Regionales y Locales de Emergencias, dentro del marco jurídico institucional de la Ley 46 de 1988, del Decreto Ley 919 de 1989 y el Decreto 93 de 1998. Los desastres, objeto del derecho colectivo en estudio, son los daños graves o alteraciones graves “de las condiciones normales de vida en un área geográfica determinada, causada por fenómenos naturales y 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”. En consecuencia, el contenido del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles es, eminentemente

⁵SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente RAFAEL E OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D C , veintuno (21) de septiembre de dos mil seis (2006) Radicación número 41001-23-31-000-2003-01094-01(AP) Actor JOSE DOMINGO CERQUERA Demandado MUNICIPIO DE NEIVA Referencia Acción Popular

⁶CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente MARCO ANTONIO VELILLA MORENO Bogotá, D C , veintidós (22) de enero de dos mil nueve (2009) Radicación número 68001-23-15-000-2003-00521-01(AP) Actor. ALICIA GAVIRIARONDON Demandado MUNICIPIO DE BUCARAMANGA Y OTROS. Referencia. APELACION SENTENCIA. ACCION POPULAR.

preventivo, pues busca garantizar la protección de los residentes en el país, adoptando las medidas como el desalojo, la reubicación, ayudas en dinero o en especie requeridas, ante la inminencia o posibilidad de un fenómeno desestabilizador.”⁷

De acuerdo con lo anterior y como quiera que el actor popular estima como vulnerados por los entes accionados, el derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, por la supuesta inexistencia de rampas que permitan el acceso de personas discapacitadas y minusválidas a los puentes existentes sobre el Corredor de carga. la Sala es del criterio que esa situación, como lo concluyó el a quo, efectivamente constituye violación del referido derecho colectivo en la medida que habría una parte de la población (los limitados físicamente o sensorialmente). que verían limitado su derecho a gozar del espacio público y su libertad de locomoción, por la existencia de barreras arquitectónicas que se lo impedirían o por lo menos se lo harían más difícil.

En nuestro Estado Social de Derecho, uno de los principios que deben guiar la actuación de todas las autoridades es el de solidaridad, así como la igualdad y la no discriminación de las personas en razón de sus limitaciones físicas.

Este principio si bien es cierto beneficia a un determinado grupo de personas que vienen a ser minoría frente a la población en general, hace que a fin de garantizar su integración a la sociedad se haga necesario la implementación de las medidas indispensables para facilitarles su acceso a los escenarios públicos habituales del desarrollo en comunidad.

En virtud de lo anterior, todo discapacitado, sin importar la naturaleza de su discapacidad, tiene derecho a que los sitios de acceso al público en los cuales se presten servicios de este mismo carácter, deba estar debidamente acondicionado para facilitar su accesibilidad.

⁷CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ. Bogotá D C., veinticinco (25) de marzo de dos mil cuatro (2004) Radicación número. 25000-23-25-000-2002-02922-01(AP-02922). Actor: PABLO EMILIO SUÁREZ DÍAZ. ACCIÓN POPULAR

Con relación a esta protección especial que el Estado debe brindar a los discapacitados, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

“Sea lo primero recordar que la Constitución Política contiene varios principios específicos sobre discapacitados. De una parte, consagra para todo colombiano el derecho a circular libremente por el territorio nacional^[1]. Adicionalmente prescribe que, con el fin de promover condiciones de igualdad real y efectiva de todos, el Estado tiene la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición física, económica o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta^[2]. Así mismo, establece que el Estado adelantará una política de integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y que prestará la atención especializada a quienes lo requieran^[3]. Por último, dispone que la educación de personas con limitaciones físicas, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado^[4]. A lo anterior debe agregarse que uno de los fines esenciales del Estado, según lo dispone el artículo 2º de la Carta Política, es el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución.

Como se aprecia, “la Carta Política de 1991 contempla una especial protección para todos aquellos grupos marginados o desaventajados de la sociedad que, en razón a su situación, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales”^[5].

Así mismo, en el ámbito internacional se han aprobado disposiciones en defensa de las personas discapacitadas^[6]. Es el caso de la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975^[7] en la cual se reconocieron, entre otros, los siguientes derechos:

3. El impedido tiene esencialmente derecho a que se le respete su dignidad humana. El impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad, lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible.

(...)

5. El impedido tiene derecho a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible.

(...)

7. *El impedido tiene derecho a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa, y a formar parte de organizaciones sindicales.*

8. *El impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social.*

(...)

12. *Las organizaciones de impedidos podrán ser consultadas con provecho respecto de todos los asuntos que se relacionen con los derechos humanos y otros derechos de los impedidos.^[8]*

En este punto sobre el impacto del derecho internacional frente a los discapacitados, la Corte ha expresado que *“las obligaciones del Estado Colombiano para con los discapacitados no solo surgen de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, sino en general de las manifestaciones de voluntad de la comunidad internacional con respecto del reconocimiento de sus derechos humanos y de su dignidad humana, principios que además de regir el orden público internacional, son pilares fundamentales de la constitucionalidad colombiana”^[9].*

2. Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha dado aplicación a los postulados superiores que imponen al Estado una especial protección a favor de las personas discapacitadas, quienes, aunque padezcan alguna limitante física o psicológica, son sujetos que se encuentran en las mismas condiciones que el resto de las personas para vivir en comunidad. Al respecto ha dicho la Corte:

“En el curso de la historia, las personas discapacitadas han sido tradicional y silenciosamente marginadas. A través del tiempo, las ciudades se han construido bajo el paradigma del sujeto completamente habilitado. La educación, la recreación, el transporte, los lugares y los medios de trabajo, incluso el imaginario colectivo de la felicidad, se fundan en la idea de una persona que se encuentra en pleno ejercicio de todas sus capacidades físicas y mentales. Quien empieza a decaer o simplemente sufre una dolencia que le impide vincularse, en igualdad de condiciones, a los procesos sociales – económicos, artísticos, urbanos -, se ve abocado a un

proceso difuso de exclusión y marginación, que aumenta exponencialmente la carga que debe soportar.

La marginación que sufren las personas discapacitadas no parece obedecer a los mismos sentimientos de odio y animadversión que originan otro tipo de exclusiones sociales (raciales, religiosas o ideológicas). Sin embargo, no por ello es menos reprochable. En efecto, puede afirmarse que se trata de una segregación generada por la ignorancia, el miedo a afrontar una situación que nos confronta con nuestras propias debilidades, la vergüenza originada en prejuicios irracionales, la negligencia al momento de reconocer que todos tenemos limitaciones que deben ser tomadas en cuenta si queremos construir un orden verdaderamente justo, o, simplemente, el cálculo según el cual no es rentable tomar en cuenta las necesidades de las personas discapacitadas. Estas circunstancias llevaron, en muchas ocasiones, a que las personas con impedimentos físicos o psíquicos fueran recluidas en establecimientos especiales o expulsadas de la vida pública. Sin embargo se trataba de sujetos que se encontraban en las mismas condiciones que el resto de las personas para vivir en comunidad y enriquecer – con perspectivas nuevas o mejores –, a las sociedades temerosas o negligentes para las cuales eran menos que invisibles.^[10]

De acuerdo con lo señalado, cualquier discriminación que se imponga a una persona con ocasión de su discapacidad, por intrascendente que parezca, no deja de ser reprochable en un Estado democrático y constitucional de derecho. Así entonces, se deberán “remover los obstáculos que impidan la adecuada integración social de los discapacitados en condiciones de igualdad material y real, no meramente formal, sin que ello signifique desconocer que las órdenes correspondientes son de ejecución compleja”^[11].

3. Además de los preceptos constitucionales y de las disposiciones internacionales, el Congreso ha venido incorporando en la legislación nacional la especial protección que el Estado debe brindar a las personas discapacitadas^[12], actuación que incluye la aprobación de la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.

La Ley 361 prescribe que el Estado garantizará y velará para que en su ordenamiento jurídico no prevalezca discriminación sobre habitante alguno en su territorio, por

circunstancias personales, económicas, físicas, fisiológicas, síquicas, sensoriales y sociales. Señala igualmente que los principios que la inspiran se fundan en los artículos 13, 47 y 68 de la Constitución Política y en normas de derecho internacional, en particular en las provenientes de la Organización de Naciones Unidas, la OIT y UNESCO^[13].

Esta ley, a grandes rasgos prescribe en el artículo 4º que las Ramas del Poder Público pondrán a disposición todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos constitucionales de las personas con limitaciones para su completa realización personal, siendo obligación ineludible del Estado la prevención, la educación apropiada, la orientación, la integración laboral y la garantía de los derechos fundamentales económicos, culturales y sociales^[14]; en el artículo 5º exige que en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social se señale la condición de persona con limitación, para identificarse como titular de los derechos establecidos en la misma ley; y en el artículo 6º constituye el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación, que actuará como asesor institucional para el seguimiento y verificación de la puesta en marcha de las políticas, estrategias y programas que garanticen la integración social del limitado, velará por el debido cumplimiento de las disposiciones y principios establecidos en dicha ley, y promoverá las labores de coordinación interinstitucional en esta materia^[15].

Consagra normas básicas para velar que se tomen las medidas preventivas necesarias para disminuir y en lo posible eliminar las distintas circunstancias causantes de limitación (arts. 7º a 9º); para garantizar el acceso a la educación y la capacitación en los niveles primario, secundario, profesional y técnico para las personas con limitación (arts. 10 a 17); para que sigan el proceso requerido para alcanzar sus óptimos niveles de funcionamiento psíquico, físico, fisiológico, ocupacional y social (arts. 18 a 21); para que dentro de la política nacional de empleo se adopten las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para ellas (arts. 22 a 34) y para que el Estado garantice que este grupo de personas reciba la atención social que requieran, según su grado de limitación (arts. 35 a 42).

Así mismo, contiene, para lo que es de interés a este caso, normas y criterios básicos para facilitar la *accesibilidad*^[16] a espacios públicos, instalaciones y edificios abiertos al público y medios de transporte y comunicación a personas con movilidad reducida, sea

ésta temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo, limitación o enfermedad (arts. 43 a 46 y 59 a 69). Busca igualmente suprimir y evitar toda clase de *barreras físicas*^[17] en el diseño y ejecución de las vías y espacios públicos y del mobiliario urbano, así como en la construcción o reestructuración de edificios de propiedad pública o privada (arts. 43 a 46 y 47 a 58).

Como se advierte, el Congreso de la República no solo reitera los mandatos superiores sobre las obligaciones especiales del Estado frente a las personas que padecen alguna discapacidad, sino que incorpora una serie de garantías específicas en materia de educación, transporte, comunicaciones, trabajo, bienestar social y espacio público.

4. En punto específicamente a la adecuación o reforma de los edificios abiertos al público, tema central de esta tutela, la Ley en referencia consagra varias medidas para facilitar *"el acceso y tránsito seguro de la población en general y en especial de las personas con limitación"*^[18]. Con tal propósito señala que *"Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva (...) de tal manera que deberán además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales"*^[19]. Indica igualmente, que lo dispuesto en estas disposiciones será de obligatorio cumplimiento para las edificaciones e instalaciones abiertas al público que sean de propiedad particular, las que dispondrán de un término de cuatro años para realizar las adecuaciones correspondientes^[20]. Exige también que en las edificaciones de varios niveles que no cuenten con ascensor, existan rampas con las condiciones técnicas y de seguridad adecuadas^[21].

Entonces el legislador quien dispuso, de manera expresa, que las "instalaciones abiertas al público deberán contar por lo menos con un sitio accesible para las personas en silla de ruedas"^[22] y fijó un término no mayor de dieciocho meses, contado a partir de la vigencia de la ley (enero 7 de 1997), para que las entidades estatales competentes elaboren planes para la adaptación de los espacios públicos, edificios, servicios e

instalaciones dependientes, de acuerdo con lo previsto en la Ley 361 y en sus normas reglamentarias^[23].⁸

5. HECHOS PROBADOS

5.1. Remitiéndonos al Acta de Inspección Judicial⁹ obrante en el expediente, observa la Sala que se encuentra plenamente probado, que el puente peatonal el margen del Corredor de Carga – sector La Cuchilla. no cuenta con vía de acceso para personal con movilidad reducida, apartes de la inspección se transcriben a continuación:

“Habiendo transitado por todo el puente peatonal objeto de la inspección, se evidencia que el mismo se encuentra en buen estado, que tiene en cada uno de los costados tiene (sic) varandas (sic) de protección para los peatones, sin embargo, debe advertirse que los dos accesos al puente. es decir el acceso que está en sentido Bosque – Centro de igual manera en el sentido Centro – Bosque, únicamente contempla la posibilidad de escaleras restringiendo de esta manera el acceso a personas con alguna discapacidad”

5.1.2. Con respecto a la comunidad colindante al Corredor de Carga- sector Curva de la POSTOBÓN, transversal 54. Av. el Bosque, se encuentra probado que el puente peatonal ubicado a esta altura del Corredor de Carga, no cuenta con vías de acceso para personas con movilidad reducida o discapacidad. Apartes de la diligencia se transcriben:

“Continuando con la diligencia de inspección, el Despacho, se desplazó hasta el puente ubicado en la curva de la Postobón, Transversal 54 Av. El Bosque, en la que se aprecia la existencia del puente peatonal el cual se encuentra en buen estado para su uso, igualmente con varandas (sic) de protección de lado y lado para que el tránsito peatonal sea de menor riesgo, pero con la misma observación realizada en el puente anterior, en

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-030 de enero 28 de 2010. Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁹ Follos 331 a 334.

el sentido que el acceso solo es posible a través de las escaleras ó escalones de cemento a través del cual se logra acceder al puente sub-judice. (sic)”

5.1.3. Con respecto al Corredor de Carga – Sector la Tabacalera que colinda con el Centro de Diagnostico de VEHICOSTA, sentido Bosque – Mamonal. Se expresó en la inspección judicial lo siguiente:

“Prosiguiendo con la Diligencia el Despacho una vez más se desplazó al Sector la Tabacalera que colinda con el centro de diagnostico de VEHICOSTA que se encuentra ubicado en el corredor de carga, sentido Bosque – Mamonal, observa el Despacho que las condiciones son similares a las descritas en los puentes anteriores en tanto que el puente peatonal se encuentra en buen estado para su uso, sin embargo como quiera que el objeto de la presente diligencia es establecer si el mismo cuenta con rampas para acceso a personas con discapacidad, sobre el particular debe indicarse que en efecto solo se observa para el acceso al mismo una escalera con escaleras de cemento.”

5.1.4. Finaliza la diligencia al inspeccionar el puente peatonal ubicado en el Corredor de Carga - Traversal 54, sentido Mamonal – Bosque, en el que se probó la inexistencia de rampas de acceso para personal con movilidad reducida o discapacitada. Apartes de la diligencia se transcribe para su consideración:

“Culminando con la diligencia el Despacho se ubicó en el puente peatonal existente en la Trasn. 54 sentido Mamonal – Bosque en la que igualmente se apreció las condiciones de dicho puente, observando que en lo referente al acceso para uso del mismo solo cuenta con una escalera de cemento en la que se tiene varandas (sic) para el transito peatonal (sic), en el mismo.” ...

Ahora bien, en el presente asunto no se plantea una vulneración de derechos colectivos al goce y acceso al espacio público y al derecho a la seguridad y prevención de desastres, en forma abstracta, sino que la vulneración es concreta y determinable. pues en el material probatorio aportado al proceso se evidencia la vulneración del derecho colectivo

al acceso al espacio público y su destinación al uso común así como a una infraestructura de servicios que garantiza, el goce del espacio público, a la seguridad pública y a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente, de la comunidad discapacitada colindante al Corredor de Carga en especial de aquella que sufra o presente movilidad reducida.

Aunque el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena afirma que en ocasión del contrato de concesión vial 0868804, celebrado el día 31 de Diciembre de 1998, entre el Distrito de Cartagena y la Concesión Vial de CARTAGENA S.A., ellos no podían prever la construcción de rampas de acceso para personal con movilidad reducida o discapacidad ya que aunque existía la Ley 361 desde 1997, esta no había sido reglamentada, olvida la accionada que dicha Ley entró en vigencia el 11 de Febrero de 1997¹⁰, pero además si bien para cuando se celebró el contrato de concesión en el año 1998, no existía reglamentación de la misma, el Distrito si debió tener en cuenta en los diseños de las obras del corredor de carga, que los derechos de los usuarios con limitaciones físicas debían ser necesariamente interpretados a la luz de los principios constitucionales, en especial el de solidaridad, los cuales ordenan a las autoridades públicas, brindar especial protección a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad, pues debe la apelante recordar que el concepto de espacio público viene definido por el artículo 5º de la Ley 9ª de 1989, como el conjunto de inmuebles públicos y elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes y que el inciso 2 del artículo 5º de la mencionada Ley dispone que constituyen el espacio público de la ciudad, entre otras, las áreas requeridas para la circulación peatonal y vehicular todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen por consiguiente zonas para el uso y disfrute colectivo que en virtud de los artículos 82 y 88 de Constitucionales, imponen al estado el deber a través de sus autoridades, en el caso concreto Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, de velar por:

¹⁰ Diario oficial 42978 del 11 de febrero de 1997.

- la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común.
- Hacer efectiva la prevalencia del uso común del espacio público sobre el interés particular.
- **Ejercer la facultad reguladora en materia de ordenamiento territorial, en relación con la utilización del suelo y del espacio público para la defensa del interés común,** entre otros.¹¹(Negrilla y subrayado de la Sala)

Concluyendo la Sala, previa remisión a la inspección judicial de fecha 07 de Marzo de 2012, realizada al Corredor de Carga, transversal 54 del sectores la Cuchilla, Curva Postobón y Bosque, de la ciudad de Cartagena-Bolívar, se logró inferir, que si se hace necesario el diseño y construcción de rampas de acceso para personal con movilidad reducida o discapacidad en los puentes peatonales que a continuación se relacionan:

- Puente peatonal ubicado en el Corredor de Carga - sector la Cuchilla sentido Centro Bosque.
- Puente peatonal ubicado en el Corredor de Carga – sector curva de Postóbon transversal 54 avenida el Bosque sentido Bosque – Mamonal.
- Puente peatonal ubicado en el Corredor de Carga- sector la Tabacalera que colinda con el centro de diagnóstico de VEHICOSTA, sentido Bosque – Mamonal.
- Puente peatonal ubicado en el Corredor de Carga – transversal 54 sentido Mamonal – Bosque.

En este orden de ideas es reprochable al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de indias, el que los puentes peatonales arriba referenciados no cuenten con rampas de

¹¹ CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCION TERCERAConsejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ, Bogotá D.C , treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011)

acceso para personal con movilidad reducida, por lo que en consecuencia será confirmada la decisión del a quo en cuanto dispuso amparar los derechos colectivos invocados por el actor popular.

Ahora, como el apelante también manifiesta en su recurso que en caso de que se confirme la sentencia, se disponga modificar lo ordenado por el Juez a quo en el Numeral Cuarto y Quinto de la parte resolutive de la sentencia de fecha 06 de Diciembre de 2012, manifestando en cuanto al plazo otorgado que *"constituye físicamente un término muy precario, totalmente insuficiente para cumplir con la sentencia"*...

En el numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, como medida tendiente a proteger los derechos colectivos vulnerados, el a quo ordenó al Distrito de Cartagena, realizar dentro de los seis (6) meses siguientes a la notificación de la sentencia, las actuaciones administrativas y presupuestales a que haya lugar tendiente a realizar el rediseño o remodelación de los pasos o puentes peatonales ubicados en el denominado sector La cuchilla a la altura de la escalera alto bosque, curva de Postobon, en la zona denominada del sector del tabacalera que colinda con el centro de diagnóstico de Vehicosta y el último, ubicado en la transversal 54 del corredor de acceso rápido a la variante Cartagena.

Y en el numeral 5º de la sentencia proferida por el a quo, ordenó al distrito de Cartagena a que adelante dentro de los seis (6) meses siguientes a los señalados anteriormente, realice el rediseño de los mencionados pasos o puentes peatonales, construyéndole rampas u otro medio que permita o garantice el acceso a los mismos por parte de las personas con movilidad reducida o discapacitados.

Pues bien, la Sala considera que esa orden en la forma que dispuso el a quo, no resulta del todo adecuada, pues por el contrario se presta para que se dificulte su cumplimiento por el demandado como quiera que prácticamente se le está dando un año para culminar las obras.-

Es que en el caso bajo examen no solo se trata de contratar los trabajos de construcción de rampas u otro medio que permita o garantice el acceso a los puentes por parte de las personas con movilidad reducida o discapacitados, sino que antes de hacer dicha contratación, deben realizarse por el Distrito estudios técnicos y diseños de planos que son los que posteriormente van a servir para determinar el plazo dentro del cual debe ser ejecutada la obra.

Desde esta perspectiva, las facultades otorgadas al juez popular para librar ordenes de hacer, deberá ejercerse, en el caso específico de construcción de obras, sin pretermitir los estudios técnicos y los diseños que sirven de fundamento a esa actividad y cuya realización garantiza que los negocios jurídicos celebrados sean debidamente diseñados, y pensados.-

Así las cosas, siempre que en sede de acción popular se disponga la ejecución de una obra, deberá fijarse un plazo prudencial para que el obligado realice los estudios, diseños y proyectos sobre la conveniencia y viabilidad de la misma y además, disponerse que luego de ello, en un plazo razonable determinado con base en dichos estudios, adelante el proceso contractual, sin que pueda el juez, sin contar con los estudios técnicos correspondientes, entrar a señalar términos específicos perentorios para su culminación pues, se reitera, el plazo del contrato deberá ser estipulado con base en las conclusiones que arroje la etapa de planeación contractual.

Considera entonces la Sala que dado que son cuatro (04) los puentes peatonales a rediseñar, armar y construir, y por la importancia de la vía en que estos se encuentra así como la complejidad de la obra, el plazo de seis (6) meses que el a quo dispuso en el numeral 4º de la parte resolutive resulta apropiado o suficiente para que el Distrito realice todas las actuaciones administrativas y presupuestales y para que realice los estudios técnicos y de diseños de la obra tendiente a lograr la remodelación o adecuación de los pasos o puentes peatonales ubicados en el denominado sector La cuchilla a la altura de la escalera alto bosque, curva de Postobon, en la zona denominada del sector del tabacalera que colinda con el centro de diagnóstico de Vehicosta y el último, ubicado en la transversal 54 del corredor de acceso rápido a la variante Cartagena.

Pero el numeral 5º de la sentencia impugnada si debe ser modificado, puesto que el plazo de seis (6) meses que se concedió para lograr al rediseñode los pasos o puentes peatonales ubicados en el denominado sector La cuchilla a la altura de la escalera alto bosque, curva de Postobon, en la zona denominada del sector del tabacalera que colinda con el centro de diagnóstico de Vehicosta y el último, ubicado en la transversal 54 del corredor de acceso rápido a la variante Cartagena, construyéndole rampas u otro medio que permita o garantice el acceso a los puentes por parte de las personas con movilidad reducida o discapacitados.

Por consiguiente, se modificará el numeral 5º, y en su lugar la orden al Distrito de Cartagena, debe ser que una vez efectuados esos estudios y diseños, luego de adelantar el proceso de contratación se ejecute dicho negocio jurídico dentro de los plazos razonables determinados en los estudios previos respectivos.

En todo lo demás se confirmará la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Circuito de Cartagena de Indias, calendada a fecha 06 de Diciembre de 2012.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión No.003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha 06 de Diciembre de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativa del Circuito de Cartagena, mediante la cual se amparó el derecho colectivo a la seguridad y a la prevención de desastres previsibles técnicamente, con excepción del numeral quinto que se modifica y queda de la siguiente manera:

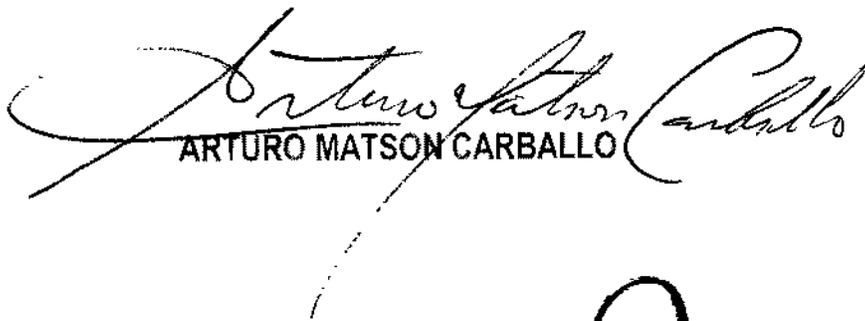
"QUINTO: Ordenase al Distrito de Cartagena, debe ser que una vez efectuados esos estudios y diseños, luego de adelantar el proceso de contratación se ejecute dicho negocio jurídico dentro de los plazos razonables determinados en los estudios previos respectivos.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

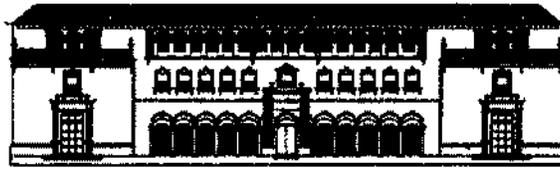
Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZCASTAÑO


JORGE FANDINO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1360
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: CARLOS SALOMON NADER SIMMONDS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE-U-A.E PARQUES NACIONALES MATUREALES
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2005-01522-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 29612013

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

TEMA: Responsabilidad por operación administrativa – Orden de demolición de muelle.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 23 31 002 2005 01522 00

II. PARTES

Demandante: CARLOS SALOMON NADER

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE- UAE PARQUES
NACIONALES NATURALES.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir en primera instancia la demanda de reparación directa interpuesta por el señor **CARLOS SALOMON NADER** contra la Nación – Ministerio del Medio Ambiente- Unidad Administrativa Especial Parques Nacionales Naturales- Establecimiento Público Ambiental (EPA).

IV. ANTECEDENTES

1- HECHOS

PRIMERO. El señor Carlos Nader Simmonds tenía un muelle de su propiedad ubicado

en un predio cuya posesión tiene desde hace más de diez años en Isla Grande Cartagena, el cual fue demolido por el Establecimiento Público Ambiental, EPA - Cartagena, entre los días 5 y 9 de mayo de 2003.

SEGUNDO. Al afectado con la demolición no le fue notificada o comunicada por ningún medio la decisión de demoler el muelle de su propiedad.

TERCERO. Luego de la demolición, el señor Nader se entera en el año 2004, que ésta se realizó porque la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales inició un proceso sancionatorio en contra suya que culminó con la Resolución No. 268 del 31 de julio de 2000, de la cual nunca tuvo conocimiento, y en la que se ordenó la demolición del muelle.

CUARTO. En el año 2005, el señor Nader conoce unas copias de algunos documentos aparentemente relacionados con el citado Proceso, dentro de los que se encuentran, entre otros los siguientes:

a. Dos comunicaciones idénticas expedidas por el Establecimiento Público Ambiental de Cartagena del 3 de mayo de 2003, por medio de las cuales se le notifica supuestamente al señor Carlos Nader que entre los días 5 y 9 de mayo de 2003, se realizará la demolición de un muelle, espolón y muro de protección. Las citadas comunicaciones presentan lo siguiente: i) Dicen que notifican al señor Carlos Nader a quien no identifican con número de cédula de ciudadanía, ii) Como notificado, en una de ellas aparece firmando un señor Pedro Maldonado, quien no se encuentra identificado con cédula de ciudadanía y en la otra comunicación que es idéntica, no firma nadie, iii) Ambas comunicaciones se encuentran suscritas por un funcionario de DAMARENA - EPA que no se encuentra identificado ni por su nombre ni por su cédula de ciudadanía.

b. Auto No. 004 del 18 de junio de 1998, por medio del cual se abre una investigación

al señor Nader el cual nunca fue notificado ni comunicado.

c. Citación No. 1 del 19 de junio de 1998, por medio de la cual se busca la comparecencia del señor Carlos Nader a fin de notificarle el citado Auto, el cual es entregado a una persona que según dice el texto de la comunicación, no sabe firmar y que además, no se identifica ni por su nombre ni por su cédula de ciudadanía, ni por su relación con el señor Nader.

d. Comunicación del 12 de abril de 1999, por medio de la cual aparentemente se envía al señor Nader el Auto No. 013 de 1999, la cual es recibida, según consta en la comunicación, por el señor Juan Bentel, quien no se encuentra identificado con cédula de ciudadanía, y además firma como testigo un señor Diego, con apellido ilegible, quien tampoco se encuentra identificado con cédula de ciudadanía. El señor Nader no conoce a ninguna de estas personas.

e. Acta de visita del 12 de agosto de 1997, realizada por funcionarios de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, aparece firmada a ruego, pero no se identifica ni el nombre de la persona, ni el número de identificación de la persona que se notifica.

f. Acta de visita del 29 de septiembre de 1997 realizada por la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales, se encuentra incompleta y no se encuentra firmada por el presunto infractor.

g. Comunicación del 19 de mayo de 2003, de la señora Clara Lucía Sierra Díaz, Jefe de Programa PNN Corales del Rosario y San Bernardo, informa al señor Felipe Burgos, Coordinador del Grupo Jurídico UAESPNN, que las demoliciones impuestas por la UAESPNN entre otros, al señor Carlos Nader, se realizaron entre el 5 y 9 de mayo de 2003.

QUINTO. Las personas que reciben los documentos o se notifican de ellos, no se encuentran debidamente identificados y en todo caso no se sabe quiénes son y si existen o no.

2- PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que la Nación - Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales y al Establecimiento Público Ambiental, EPA - Cartagena, actuaron con abuso de poder, desviación de poder y vías de hecho, en las actuaciones mediante las cuales se demolió un muelle de propiedad del señor Carlos Nader.

SEGUNDA: Que se declare responsable a la Nación - Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales y al Establecimiento Público Ambiental, EPA - Cartagena, por los perjuicios causados a mi representado por las operaciones administrativas y vías de hecho con ocasión de sus actividades mediante las cuales demolieron un muelle de propiedad del señor Carlos Nader.

TERCERA: Que se indemnice al señor Carlos Nader el daño emergente y el lucro cesante por estas actuaciones y por los perjuicios futuros que se causen, que logren demostrarse dentro del proceso.

CUARTA: Que se dejen sin efecto por irregulares las actuaciones cometidas por la Nación - Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales en el presente caso.

QUINTA: Que se actualicen las sumas de las pretensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTA: Que se condene a la Nación - Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales y al Establecimiento Público Ambiental, EPA - Cartagena , a pagar las costas y gastos que se generen dentro del proceso.

B.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

B.1 Establecimiento Público Ambiental –EPA (Folio 53 a 56)

El ente ministerial, dentro de las razones de su defensa esgrime que no puede ser declarado responsable de algo que no le compete, ni de una actuación administrativa no realizada por ella. Este establecimiento no tenía personal con que acometer tal actividad, la cual vino a contratar en agosto de 2003. Por lo anterior no es al EPA quien le corresponde atender la supuesta demolición del muelle, ya que no fue la autoridad que expidió los actos administrativos; en el evento que lo que diga el señor NADER sea cierto que lo que realizó el EPÁ fue una comisión, quien debe responder por la demolición no es el EPA sino quien expidió la orden mediante un acto administrativo.

El Establecimiento Público Ambiental EPA Cartagena no puede responder por un acto administrativo que expidió la Unidad de parques; pero como se observa de suyo, lo que procede contra los actos administrativos es la nulidad y el restablecimiento del derecho, por lo tanto el accionante erró el camino al utilizar la acción de reparación directa.

La indemnización es la consecuencia de la declaratoria de una de la formas de responsabilidad de la administración, además que exista un nexo causal entre la acción y la omisión de la entidad pública y el supuesto daño; aquí se está frente a la existencia de una actuación administrativa que conllevó a que se dictara un acto administrativo sancionatorio; tal acto administrativo debe declararse nulo o invalido

para que se ordene el restablecimiento del derecho, pero como puede verse se procedió a interponer una acción de reparación directa.

Las pretensiones de la demanda son peticiones propias de una demanda de nulidad y de restablecimiento del derecho, y no de una demanda de reparación directa. Si se pide que se deje sin efecto por irregulares las actuaciones administrativas, se está pidiendo que se deje sin efecto un acto administrativo y que se restablezca el derecho, lo cual no se puede hacer en vista que no se acudió a esta acción de nulidad sino a la de reparación directa.

Esta entidad propone la excepción de falta de causa para pedir, en la medida que no existe vía de hecho, ni abuso ni desviación del poder, en las actuaciones que se achacan al EPA, ya que la actuación administrativa supuestamente la realizó la unidad de parques, quien comisionó; y el EPA, según lo dicho por el Actor solo realizó una comisión de una autoridad pública, si no se agotó el debido proceso o la publicidad de los actos administrativos, no es culpa del EPA, ya que solo actuó cumpliendo una orden de otra autoridad. Además existe un acto administrativo contra el cual se debió interponer los recursos de la vía gubernativa, y luego las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho; se procedió a presentar la acción de reparación directa para obviar la prescripción de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho.

Alegó de igual forma la Prescripción de la Acción de Nulidad y de restablecimiento del Derecho que debió proponerse contra el acto administrativo. Como puede verse, el camino correcto era la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, la cual prescribió, la acción de reparación directa es un camino equivocado ya que debió presentar la de nulidad.

En vista que el trámite que se debió proponer fue el de la nulidad y de restablecimiento del derecho y no el de la acción de reparación directa que fue el que equivocadamente propuso el actor para revivir los términos fenecidos de la acción de nulidad, existiendo un trámite inadecuado o procedimiento inadecuado.

B.2 Ministerio del Medio Ambiente – Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parque Nacionales. (Folio 75 a 84)

El apoderado de dicho ente demandado presentó contestación de la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, argumentando puntualmente que es claro que el proceso sancionatorio ambiental adelantado en contra del señor CARLOS SALOMÓN NADER, corresponde al mero ejercicio de las potestades y competencias asignadas a la Unidad de Parques por mandato del Decreto Ley 216 de 2003 y en desarrollo de lo previsto en el artículo 85 de la ley 99 de 1993, todo enmarcado en el procedimiento gubernativo de que trata el Decreto 1594 de 1984.

La controvertida demolición fue ordenada en la Resolución No. 268 de 2000, la cual fue expedida una vez culminado el respectivo proceso sancionatorio adelantado en contra del aquí demandante, por adelantar las siguientes construcciones sin las respectivas licencias ambientales:

1. Un muelle de 28 mts de largo, por 2 mts de ancho y con 19 pilotes de concreto vaciado en canecas de metal.
2. Un espolón, con sacos de arena debajo del puente anteriormente descrito y sobre el fondo marino.
3. Un muro de protección con material marino del área (coral muerto), sobre la línea de costa del predio de su posesión.
4. Como consecuencia de las anteriores se le atribuye el alterar el ambiente natural y causar daños graves a los valores constitutivos del área del Parque.

Se determinó en el proceso sancionatorio, que se evidencia que la construcción, presencia y funcionamiento de las obras de infraestructura desarrolladas en la zona litoral del predio de posesión del señor CARLOS NADER, han alterado la estructura de uno de los ecosistemas marinos asociados a los arrecifes de coral y que constituyen áreas de alta diversidad biológica en términos de especies hidrobiológicas.

Ahora bien, el mencionado acto administrativo no fue expedido de manera irregular y menos está viciado, como quiera que está respaldado en todo el material probatorio recaudado y que demuestran la infracción en que incurrió el aquí demandante.

Además se evidencia en el expediente que se respetaron las formas inherentes a este tipo de actuaciones, así como el debido proceso y el derecho a la defensa, junto con un acatamiento pleno a los principios de legalidad y publicidad.

Según lo establecido en el Art. 49 de la Ley 99 de 1993, la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad que de acuerdo con la ley y los reglamentos pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, requerirán de un permiso o de una licencia ambiental, trámite que no fue agotado por el señor NADER, antes de adelantar las construcciones realizadas.

Contrario a lo indicado en la demanda que el muelle cumplía una función de acceso al predio y que su demolición afectó el patrimonio del señor NADER, debemos indicar que la reserva de un área del Sistema de Parques no riñe con la propiedad privada, es más, tienen vocación de coexistencia, puesto que el Estado está en la obligación de reconocer la propiedad de los particulares, y estos por su parte también están en la obligación de ceder en algunos de los derechos que ejercen sobre sus bienes, en razón a la función ecológica y social inherente a la propiedad.

La anterior posición ha sido defendida por la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia C-649 de 1997, que puntualizó:

"... dentro de las zonas delimitadas y, por consiguiente, reservadas o destinadas a parques naturales, no sólo se comprenden terrenos de propiedad estatal sino de propiedad privada, que es enajenable, ella está afectada a la finalidad del interés público o social propia del Sistema de Parques Nacionales, afectación que implica la imposición de ciertas limitaciones o cargas al ejercicio de dicho derecho, acordes con dicha finalidad."

Esas limitaciones derivadas de las Reservas Ambientales se enmarcan en el concepto

y la protección al uso del suelo y a la existencia de variadas riquezas ambientales en las distintas zonas de nuestro territorio nacional, las cuales podrían desaparecer sino protegemos y tutelamos aquel bien jurídico o buscamos propender un desarrollo integral y sostenible que va más allá del mero beneficio de los particulares.

Plantea la excepción de inepta demanda, al considerar que el demandante eligió erróneamente la acción presentada ante la acción contenciosa administrativa. La acción de reparación directa según lo establece el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo es un instrumento legal cuyo fin es el de resarcir los daños generados a algunos individuos con ocasión de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal de la administración, lo cual implica que en manera alguna pueden discutirse al interior de ésta acción todos aquellos daños causados como consecuencia de otras hipótesis fácticas como es el caso de los presuntos perjuicios resultantes de un acto administrativo.

Dentro del sub-lite se observa que las pretensiones de la demanda se dirigen contra el proceso sancionatorio adelantado en el cual se considera que le violó el debido proceso y derecho a la defensa del señor CARLOS NADER, por lo tanto se evidencian irregularidades en el trámite sancionatorio, el que culminó con la expedición de la Resolución 268 de 2000, mediante la cual se ordenó la demolición del muelle materia de esta acción, es decir tácitamente se acepta que el daño que se alega es consecuencia directa de la expedición de dicho acto.

C. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor agente del Ministerio Público, no rindió concepto dentro del asunto de referencia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue presentada el día 5 de mayo de 2005 y admitida por ésta Corporación el día 11 de diciembre de 2008.
- Fue fijado en lista el día 12 de noviembre de 2009 y desfijado el día 26 de

noviembre de 2009.

- Mediante auto de fecha 30 de septiembre de 2010 se procedió a abrir el proceso de la referencia.
- En auto de fecha 30 de abril de 2013, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público a fin que rindiera su concepto.
- Finalmente pasa al despacho para fallo.

VI.- CONSIDERACIONES.

Surtidas a cabalidad las demás etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a dictar sentencia de primera instancia, no sin antes resolver las siguientes cuestiones previas:

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer en primera instancia de las acciones de reparaciones directas cuya cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; en el caso que se plantea, observa la Sala que el valor de las pretensiones dentro del presente asunto son quinientos millones de pesos (\$500.000.00) suma que para el año 2005 superaba los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Caducidad

Los hechos objeto de la presente demanda (demolición de muelle) ocurrieron entre el 5 y el 9 de mayo de 2003; la demanda fue presentada el 5 de mayo de 2005 (Folio 08), es decir, dentro del término de dos años dispuesto en el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

3. Objeto de la demanda

Pretenden el demandante que se declare que las entidades públicas demandadas, son administrativamente responsables, por los perjuicios que se le causaron por la operación administrativa en la cual se demolió un muelle de su propiedad, el cual se encontraba contiguo a un predio que tiene bajo su posesión en Isla Grande Cartagena, isla que hace parte del archipiélago de las Islas del Rosario.

Indica el demandante que en ningún momento se le notificó la orden de demolición del muelle de su propiedad, por consiguiente pretende que las entidades demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños que le han sido ocasionados y que como consecuencia de la anterior declaración, se hagan las respectivas condenas por los perjuicios ocasionados, pues a su juicio las actuaciones realizadas por las demandadas se produjeron con abuso de poder, desviación de poder y vías de hecho, en las actuaciones mediante las cuales se demolió un muelle de su propiedad.

Las entidades demandadas convergen en indicar que la demolición practicada al muelle del demandante, se realizó en cumplimiento de un acto administrativo, el cual no se encuentra viciado de nulidad, por consiguiente el demandante no utilizó la acción adecuada para reclamar los perjuicios solicitados, pues debió demandar a través de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción que evadió por el hecho de encontrarse caducada en el momento de interponer la presente demanda, por ello encausó sus pretensiones a través de la acción de reparación directa.

4. Problema Jurídico a resolver

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, el problema jurídico se contrae a determinar ¿si se debe declarar administrativa y solidariamente responsable a la Nación – Ministerio Del Medio Ambiente- Unidad Administrativa Especial Parques Nacionales Naturales- Establecimiento Público

Ambiental (EPA), por la demolición realizada al muelle del señor Carlos Salomon Nader, ocurrida entre el 5 y el 9 de mayo del año 2003, demolición practicada en cumplimiento de una orden administrativa, de la cual indica el demandante que nunca tuvo conocimiento?

4. Resolución de excepciones

4.1 Las presentadas por el EPA – Cartagena.

4.1.1 La falta de la causa petendi.

En esta excepción la entidad en mención manifiesta que las actuaciones realizadas por el EPA, fue en cumplimiento de una comisión de autoridad pública, no teniendo esta entidad relación con la notificación de los actos administrativos, por consiguiente no tiene relación alguna con lo pretendido por el actor.

Para la Sala si bien el Establecimiento Público Ambiental (EPA), no fue la entidad que expidió el acto administrativo que ordenó la demolición del muelle propiedad del demandante, este establecimiento sí participó en la operación administrativa en la cual se procedió a la demolición, por consiguiente habrá que revisar luego del estudio del fondo del asunto la posible responsabilidad en la que pudo incurrir el EPA en el desarrollo de la operación administrativa, por consiguiente dicha excepción al tener relación con el fondo del asunto será resuelta en el desarrollo de las consideraciones, siempre y cuando se llegue a concluir que existe un daño antijurídico indemnizable al demandante.

4.1.2 La prescripción de la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, que debió proponerse contra el acto administrativo. Trámite inadecuado o procedimiento inadecuado.

Alega que la acción que se debió impetrar fue la de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del acto administrativo que ordenó la demolición, la cual además se encontraba caducada.

Al respecto de esta excepción de indebida escogencia de la acción, esta Sala no la considera procedente, ya que al revisar los hechos y las pretensiones de la demanda, el actor solicita que se le indemnice por las irregularidades cometidas en el desarrollo de la operación administrativa de demolición del muelle de su propiedad, irregularidades y posibles perjuicios que bien pueden ser estudiados a juicio de la Sala a través de la acción de reparación directa, pues dicha acción a la luz del artículo 86 del C.C.A., faculta a las personas para que reclamen la indemnización de un daño derivado de un hecho, una omisión o una operación administrativa, por ello al reclamar el actor la reparación de un daño ocasionado a su juicio con una operación administrativa, sí puede demandar a través de la acción de reparación directa como la que aquí se estudia.

4.2 Las propuestas por el Ministerio de Ambiente.

4.2.1 Excepción de inepta demanda por vía procesal inadecuada y caducidad de la acción.

Argumenta esta entidad al igual que el EPA, que la acción que se debió impetrar por el demandante, fue la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual al momento de la presentación de la demanda ya se encontraba caducada.

Como ya se explicó a juicio de esta Sala la acción de reparación directa sí era la acción adecuada para reclamar los perjuicios derivados de un daño causado por una operación administrativa, y al ser interpuesta la acción dentro del término de caducidad de los 2 años para la acción de reparación directa, la misma fue presentada en tiempo, por consiguiente estas excepciones no están llamadas a prosperar.

5. Del régimen de responsabilidad aplicable

Es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el líbello de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada dentro del régimen de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 90 que dice:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

De ésta modalidad de responsabilidad del Estado, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposos, de la

*persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional”.*¹

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó, o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone.

El daño que el demandante imputa a la parte demandada en el presente proceso, se produjo con ocasión de la demolición de un muelle de su propiedad, el cual se encontraba construido en el mar, en una zona contigua a un predio sobre el cual venía ejerciendo posesión por aproximadamente 10 años, manifiesta el demandante que nunca tuvo conocimiento de las actuaciones administrativas que finalmente concluyeron con la orden de demolición, situación esta que se torna arbitraria y es la causante de los perjuicios reclamados, por consiguiente al entender de la Sala el actor argumenta que sus perjuicios se causaron por la operación administrativa irregular de la demolición del muelle.

5.1 De la operación administrativa.

La operación administrativa puede definirse como el conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa, convirtiéndose en la actividad material de una entidad pública o persona privada en ejercicio de funciones administrativas, que tiene por objeto la ejecución de los actos administrativos.

En el caso de marras la operación administrativa de demolición, fue el resultado de un proceso administrativo contenido en el expediente administrativo sancionatorio No.9808-98 (Anexado al expediente en el cuaderno de pruebas en copia autentica), el

¹ Consejo de Estado Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515

cual culminó en una orden administrativa, la que finalmente fue materializada a través de una operación administrativa.

En el presente asunto la operación administrativa de la cual se alega causó perjuicios al demandante, consistió en la demolición de un muelle de propiedad de este último, demolición que fue ordenada por el Ministerio del Medio Ambiente mediante Resolución No.268 del 31 de julio de 2000 (Folio 37 a 40 del cuaderno de pruebas), resolución que fue notificada por edicto, el cual fue desfijado el 18 de enero del año 2001 (Folio 56 a 58 del cuaderno de pruebas), demolición que solo fue realizada entre los días 5 y 9 de mayo de 2003, según lo informa el oficio PNN-COR 301 del 19 de mayo de 2003 (Folio 85 del cuaderno de pruebas), en donde el Jefe de Programa del Parque Nacional Corales del Rosario y San Bernardo, informan que con el apoyo de Damarena y el EPA, se realizó la demolición del muelle del señor Carlos Nader.

En el expediente se evidencia que la participación del Establecimiento Público Ambiental (EPA) en la demolición del muelle, obedeció al requerimiento de apoyo logístico que se le solicitó al señor Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena, para que colaborara con la medida de demolición, lo anterior se evidencia en el oficio UP-DIG-CJU No.1589 remitido por parte del Coordinador del Grupo jurídico de la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parque Nacionales (Folio 80 del cuaderno de pruebas).

En el expediente administrativo, se encuentra acta de visita al predio donde se realizó la demolición del muelle (Folio 134), en la cual no firmaba el señor Carlos Nader por no encontrarse en el predio en el momento de la visita, de igual forma se encuentran oficios en los cuales se le informaba al afectado la existencia del proceso sancionatorio, (Folio 133- folio 138), los cuales eran entregados en el lugar de la demolición, pero siempre eran recibidos por terceras personas al no encontrarse en el momento de la entrega el señor Nader, incluso la Alcaldía de Cartagena a través del EPA, procedió a notificarlo de la demolición, sin embargo el señor Nader nunca se

encontraba para efectos de realizar la notificación, por consiguiente la misma fue entregada al vigilante del predio (Folio 132 del cuaderno de pruebas).

El señor Carlos Nader, presentó ante la administración solicitud de revocatoria directa en contra de la Resolución No.268 del 31 de julio de 2000, decisión administrativa que ordenó la demolición del muelle de su propiedad, sin embargo el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial – Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales, negó la solicitud de revocatoria directa.

De lo anterior puede concluir la Sala, que la operación administrativa de demolición, fue la materialización de una orden administrativa, contenida en un acto administrativo, el cual no ha salido del ordenamiento jurídico, gozando de presunción de legalidad, por consiguiente esta Sala es del criterio consistente en afirmar que si bien con la demolición del muelle se le causó un perjuicio al demandante, dicha demolición fue realizada en cumplimiento de una orden administrativa, orden que no ha salido del ordenamiento jurídico y que por lo tanto su materialización no puede ser considerada como arbitraria e injusta.

Así las cosas se puede concluir que si bien con la operación administrativa de demolición se le causó un daño al hoy demandante, este daño no puede considerarse como antijurídico, y por consiguiente no puede ordenarse su indemnización, dado que la operación administrativa solo se hubiese tornado arbitraria en el caso que la administración se saliera de los parámetros de la orden de demolición dada, es decir que hubiera realizado daños diferentes a la orden de demolición, situación que en el caso bajo estudio no se presentó, pues el actor en la demanda solo reclama el pago de los perjuicios ocasionados por la demolición del muelle sin habersele notificado la orden de demolición, no siendo el argumento de falta de notificación el hecho generador del daño antijurídico.

VII. DE LAS COSTAS

En relación con costas del proceso, no se hará condenación alguna, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se ha demostrado temeridad o mala fe en la actuación de la parte demandado.

VIII. DECISION

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

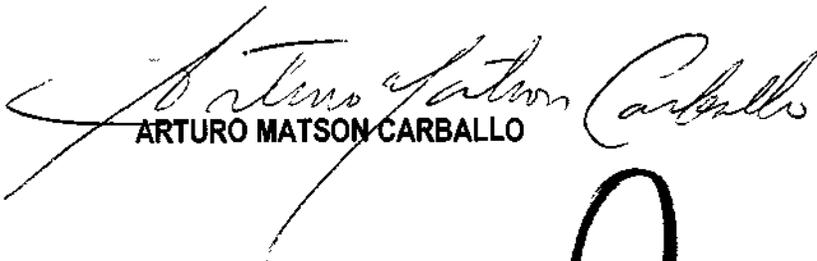
PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

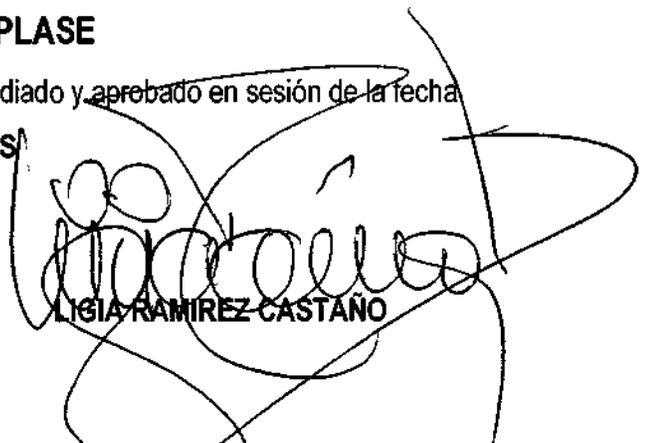
SEGUNDO: En firme esta providencia devolver el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

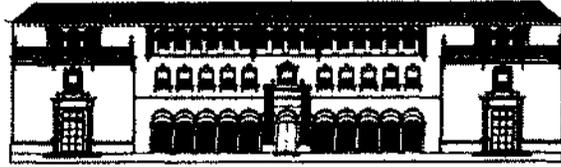
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE LANDINO GALLO

Descongestion



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1361
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ERNESTO ENRIQUE PUERTA VEGA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE FENSA- POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2010-00021-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TRECE (13) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., trece (13) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Ernesto Enrique Puerta Vega y otros.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Expediente: 13-001-33-31-002-2010-00021-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de diciembre de 2011 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Los señores Ernesto Enrique Puerta Vega, Soledad Torres de Puerta, Ernesto Puerta Torres, Milton Puerta Torres, Arnold Puerta Torres, Luis Felipe Puerta Torres, Robin Antonio Puerta Torres, Daniel Enrique Puerta Torres, Yudy Puerta Torres y Karen Margarita Puerta Álvarez, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código

Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES¹.

Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte del agente Argel Puerta Torres acaecida el 18 de julio de 2008 en el CAI La Arrocerá del Barrio Olaya Herrera de esta ciudad.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la parte demandada a pagar dos mil (2.000) gramos oro a favor de cada uno de los libelistas.

Se dé cumplimiento al fallo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Se condene en costas a la entidad accionada.

3. HECHOS.

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls. 55-59, cdno. ppal.):

El 18 de julio de 2008, el señor Argel Puerta Torres se encontraba prestando sus servicios como agente de policía en el CAI La Arrocerá en el Barrio Olaya Herrera de esta ciudad.

¹ Folios 46-50, cuaderno principal.

Ese día el agente Wilmer Segovia Villarreal ingresó a dicho CAI y, antes de dirigirse a desarrollar junto con otros dos (2) uniformados un operativo ordenado por su superior, hirió al señor Puerta con un arma de fuego, causándole lesiones de gravedad que poco después le produjeron la muerte.

Como explicación de lo sucedido, el agente Segovia manifestó que al momento del incidente iba a entregarle un revolver particular a Argel Puerta para que lo guardara en el armerillo policial y que al pasárselo se accionó accidentalmente el arma.

La muerte de Argel Puerta es atribuible al Estado por el irregular comportamiento del agente Wilmer Segovia como quiera que: (i) los hechos ocurrieron al interior de un CAI de la Policía; (ii) el arma homicida pertenecía a un particular y no tenía salvoconducto vigente, por lo que era inaceptable que un uniformado la tuviere en su poder encontrándose en servicio y que pretendiera utilizar el armerillo de la entidad accionada para guardarla; (iii) un revolver no se dispara accidentalmente si no se ejerce un fuerza suficiente sobre el gatillo; (iv) si el victimario tenía el martillo montado, se configura la responsabilidad por contrariar el decálogo de seguridad en el manejo de armas de fuego; (v) el orificio de entrada del proyectil está ubicado en una zona no compatible con lesión auto infligida por una persona zurda, como lo era la víctima y, (vi) el argumento defensivo del uniformado Segovia es inadmisibles por cuanto adujo que iba a entregar el revólver en cuestión al occiso a efecto de que se le entregara una escopeta para el operativo en el que iba a participar, afirmación que resulta inverosímil si se tiene en cuenta que él iba a cumplir labores de conductor por lo que no tenía por qué tener asignada un arma de largo alcance.

4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda (fls. 87-91, cdno. ppal.), se opuso a las pretensiones de la misma y señaló, frente a su sustento fáctico, que a raíz de la muerte de Argel Puerta se inició un proceso penal militar contra el agente Wilmer Segovia y que la justicia castrense se había abstenido de proferir medida de aseguramiento en contra de éste tras considerar que no se había probado el nexo entre un comportamiento del investigado y el resultado dañoso.

En ese sentido adujo que los elementos de juicio recabados en el juicio punitivo permitían deducir que el occiso se disparó a sí mismo accidentalmente, y que tal tesis no fue rebatida técnicamente como quiera que el Instituto de Medicina Legal no pudo localizar el orificio de entrada del proyectil, por lo que la afirmación de los demandantes en el sentido que el impacto se recibió en un área corporal incompatible con lesión auto infligida por una persona zurda como la víctima directa, carece de asideros.

Con sustento en lo anterior, arguyó que en el *sub judice* debe declararse configurada la causal exonerativa de culpa exclusiva de la víctima o, subsidiariamente, ordenarse la reducción del cincuenta por ciento (50%) de la condena por concurrencia de su culpa.

5. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 19 de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 205-223, cdno. ppal.), se denegaron las pretensiones de la demanda, tras considerarse que no se demostró que la muerte de Argel Puerta Torres se haya derivado de una falla del servicio imputable a la entidad demandada, como quiera que los

elementos de juicios recaudados evidenciaban que se produjo como consecuencia de una falta personal del agente Wilmer Segovia, sin nexo de causalidad con el servicio.

En ese sentido manifestó la *a quo* que el hecho luctuoso acaeció en instantes en que el uniformado Segovia hacía entrega a la víctima de un arma de fuego de uso personal que no era de dotación oficial, para que fuera guardada en el armerillo policial, y que tal actividad no guarda relación con el servicio.

Adicionalmente señaló que los agentes Puerta y Segovia inobservaron las normas de seguridad establecidas para el manejo, manipulación y guarda de armas de fuego.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (fls. 226-261, cdno. ppal.) argumentando que el hecho dañoso sí se produjo durante el servicio y con ocasión del mismo.

En respaldo de tal aserto manifestó que (i) el perjuicio advino en horas del servicio, pues tanto el policía que cegó la vida de Argel Puerta Torres como éste se encontraban en turno de servicio; (ii) el perjuicio advino en el lugar donde prestaban dicho servicio los uniformados involucrados, puntualmente en el CAI La Arrocería; (iii) el agente Segovia actuó con el deseo de ejecutar un acto propio del servicio, pues estaba haciendo entrega del arma personal precisamente para recibir una escopeta de dotación oficial que habría de portar en un operativo ordenado por su superior y, (iv) Wilmer Segovia actuó bajo la impulsión del servicio.

En ilación con lo anterior indicó que no puede deslindarse la prestación del servicio por períodos, y pretender que el agente Segovia estaba cumpliendo sus funciones hasta antes de entregar el revólver de uso personal al occiso, y luego señalar que las actuaciones surtidas durante ese instante no guardan relación con el servicio.

Así mismo, señaló que la conducta de portar un arma de uso personal en horario de servicio era tolerada por el entonces Comandante del CAI, Argilio Tatis, quien admitió que también él portaba un arma particular y que cuando llegaba al CAI a laborar, la guardaba en el armerillo policial.

Finalmente, manifestó que Wilmer Segovia infringió el decálogo de seguridad en el manejo de armas de fuego, mientras que el occiso se limitó a recibir un arma, sin que pueda siquiera aseverarse que tenía conocimiento que no era de dotación oficial, pues tal circunstancia no fue acreditada.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público, mediante escrito visible a folios 271 a 289 del cuaderno principal, conceptuó que debe revocarse la sentencia de primera instancia y en su lugar declararse responsable extracontractualmente a la entidad accionada, de los perjuicios ocasionados a los libelistas con motivo de la muerte de Argel Puerta Torres, por cuanto fue acreditado que el hecho dañoso ocurrió durante el servicio, en el lugar de prestación del mismo, por una actuación reprochable de un agente estatal consistente en el porte de

armas no oficiales en el sitio de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que dicho proceder irregular era permitido por el Comandante del CAI.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños que se le imputan con ocasión de la muerte de un agente, ocurrida durante el servicio, en el lugar de prestación del servicio, con arma de fuego de uso personal que fue accionada en momentos en que le era entregada por otro agente de policía para ser guardada en el armerillo policial?

2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos **que le sean imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, entre ellos, claro está, los generados con armas de fuego por miembros de la fuerza pública durante el servicio y con ocasión del mismo. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración, por la vía de la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Precisamente en cuanto a la imputabilidad del daño, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha señalado en forma reiterada que las actuaciones de los servidores estatales sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público o con el ejercicio de las funciones propias de su cargo, y que la

simple calidad de agente que ostente el autor del hecho dañoso no vincula *per se* al Estado, pues los resultados lesivos derivados de actuaciones surtidas dentro del ámbito privado y por motivaciones netamente personales de los funcionarios sólo son imputables a éstos últimos a título de culpa personal y, por ende, no configuran la responsabilidad extracontractual estatal.

Tampoco se configura automáticamente la responsabilidad del Estado por el hecho de que el daño se produzca con un instrumento de la entidad pública utilizado para el desempeño del servicio o durante el horario de prestación del mismo, pues para ello resulta indefectible verificar que la conducta reprobable se ejecute con ocasión del servicio.

En ese sentido se pronunció el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 29 de febrero de 2012, que seguidamente se extracta:

“... cuando un funcionario público ocasiona un daño, la imputabilidad del mismo a la administración se configura² cuando es causado por uno de sus agentes en desarrollo de las funciones propias de su actividad estatal o cuando el hecho tuvo algún nexo o vínculo con el servicio, pues de esta forma es posible concluir que el daño fue ocasionado como consecuencia del ejercicio de alguna función estatal.

“Contrario sensu, si el daño no fue producto de dicha actividad, si no que se ejecutó en la esfera privada del actor, el Estado no es responsable del daño causado, pues ... los agentes estatales -servidores públicos en general- son personas investidas de esta calidad pero que conservan la responsabilidad de su desempeño en su esfera individual, dentro de la cual actúan como cualquier particular y pueden cometer infracciones y delitos comunes, sin relación alguna con su calidad de funcionarios; en estos casos, resulta inadmisibles que, por el simple hecho de ser empleados suyos, tenga el Estado el deber de asumir la responsabilidad por las actuaciones de aquellos, sin discriminarse en qué circunstancias se produjeron y dejando de lado el hecho de que se trata de personas racionales, con libre albedrío y discernimiento, que no se limitan a ejecutar un servicio público, sino que cuentan con otras

² Sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 17 de marzo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación número 18526, y del 10 de octubre de 1994, C.P. Juan de Dios Montes, radicación número 8200.

dimensiones en su vida y en ella cumplen actos que producen consecuencias para el mundo del derecho. Esta esfera privada se configura cuando actúan, por ejemplo, i) al margen de las funciones que el cargo le impone o por fuera del servicio o ii) desprovisto de toda calificación jurídico pública frente al sujeto lesionado. De este modo, si el victimario se presenta ante la víctima como una persona privada no es correcto imputarle responsabilidad al Estado.

“Como se observa, para que surja responsabilidad a cargo de las entidades, no es suficiente con evidenciar que cierto daño ha sido causado por un agente de la administración, o con la utilización de algún elemento de los que usan los organismos del Estado para el desempeño de sus funciones, sino que además es necesario demostrar que las actividades del agente estuvieron relacionadas con el servicio, labor en la cual habrá de observarse, en cada caso concreto, si el agente estatal actuó prevalido de su función administrativa, lo cual se determina, a su vez, evaluando si el daño ocurrió en horas en que se prestaba o debía prestarse el servicio, o si devino con ocasión del mismo, y/o si acaeció en el lugar donde éste se prestaba. Igualmente, debe estudiarse si el agente actuó u omitió actuar - impulsado por el cumplimiento del servicio bajo su responsabilidad, y si el particular percibió la encarnación del servicio público en el agente estatal directamente generador del daño.

“... la responsabilidad de la Nación, no se ocasiona con la simple comisión del hecho con un instrumento del servicio, sino que dicha responsabilidad se origina, principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, la cual debe tener una relación directa con el servicio público prestado.”³ (Se resalta)

3. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación formulado por la parte accionante contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda bajo el argumento que no se demostró que el daño cuyo resarcimiento se reclama sea imputable a la entidad demandada, ello, tras estimarse que los elementos de juicios recaudados evidencian que se produjo como consecuencia de una falta personal del agente Wilmer Segovia ocurrida durante la entrega de arma de uso personal,

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de febrero de 2012, expediente 25000-23-26-000-1999-00587-01(23412), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

actividad que en criterio de la *a quo* no guarda nexo de causalidad con el servicio.

Según se indicó previamente, los libelistas apelaron el fallo de primer grado aduciendo que el hecho dañoso sí se produjo durante el servicio y con ocasión del mismo por cuanto (i) el perjuicio advino en horas del servicio, pues tanto el policía que cegó la vida de Argel Puerta Torres como éste se encontraban en turno de servicio; (ii) el hecho dañoso se produjo en el lugar donde prestaban dicho servicio los uniformados involucrados, puntualmente en el CAI La Arrocería; (iii) el agente Segovia actuó con el deseo de ejecutar un acto propio del servicio, pues estaba haciendo entrega del arma personal precisamente para recibir una escopeta de dotación oficial que habría de portar en un operativo ordenado por su superior y, (iv) Wilmer Segovia actuó bajo la impulsión del servicio.

Así mismo, señalaron los recurrentes que la conducta de portar un arma de uso personal en horario de servicio era tolerada por el entonces Comandante del CAI y que no se probó que el uniformado fallecido tuviera conocimiento que el revólver que le fue entregado por el agente Segovia no era de dotación oficial.

Desde esta perspectiva, se advierte que la cuestión axial que debe ser definida liminarmente en esta sede gira en torno de si el hecho dañoso alegado tiene o no nexo causal con el servicio.

En orden a resolver la alzada, debe precisarse que con sustento en los medios probatorios allegados y practicados debida y oportunamente dentro del *sub judice*, se acreditaron los siguientes supuestos fácticos relevantes:

a) Argel Puerta Torres, para la época de los hechos, se encontraba vinculado a la entidad accionada como agente de policía y estaba asignado al CAI La Arrocera del Barrio Olaya Herrera de esta ciudad, al igual que el entonces agente Wilmer Segovia Villareal, tal y como consta en la copia del informe administrativo prestacional por muerte 110 de 15 de septiembre de 2008 suscrito por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena y en las copias de los libros de vigilancia y de minuta del servicio de dicho CAI (fls. 21-24 y 28-42, cdno. ppal.).

b) El 18 de julio de 2008, Argel Puerta Torres y Wilmer Segovia Villareal se encontraban en el CAI aludido en turno de servicio, el primero fungiendo como Comandante de Guardia y el segundo, como conductor de la patrulla policial. Aproximadamente a las 11:00 a.m. de ese día, en momentos en que el agente Segovia le hacía entrega de un revólver Llama Martial calibre treinta y ocho (38) largo al agente Puerta para que lo guardara en el armerillo del CAI y recibía de manos de la víctima una escopeta de dotación oficial, se accionó accidentalmente el revólver hiriendo a Argel Puerta Torres en el área inguinal izquierda. Así lo declaró el testigo presencial Jasmeth José Monsalve Morales (fls. 149-151, cdno. ppal.), quedó consignado en el informe administrativo por muerte (fls. 21-24, ib.) y fue confirmado mediante la experticia técnica practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses al revolver no oficial que tenía en su poder el agente Segovia y al proyectil recuperado del cuerpo del occiso (fls. 156-161, cdno. 2 de pruebas).

c) El revólver Llama Martial con el cual se hirió accidentalmente al agente Puerta no era de dotación oficial, sino que se trataba de un arma particular de propiedad de Ricardo Perriñán cuya posesión ostentaba el agente Wilmer Segovia, según fue verificado con el oficio mediante el cual se puso dicha

arma a disposición de la fiscalía el 18 de julio de 2008 por el Comandante del CAI La Arrocerá (fl. 5, cdno. de pruebas).

d) La pistola que la víctima iba a suministrar al uniformado Segovia era de dotación oficial y su entrega obedecía a que iba ser portada por ese policía en un operativo de captura programado por el Comandante del CAI. Así lo testimoniaron dentro de esta litis el agente de policía Jasmeth José Monsalve Morales y el propio Comandante del CAI, Argilio Tatis (fls. 149-151 7 152-154, cdno. ppal.).

e) La lesión producida con el revólver de uso personal accionado accidentalmente por Wilmer Segovia le produjo a Argel Puerta una herida en la zona inguinal izquierda que le causó la muerte horas después, según lo demuestran las copias de su historia clínica (fls. 25-27, cdno. 5 de pruebas), su registro civil de defunción (fl. 19, cdno. ppal.), el informe pericial de necropsia realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forense y los testimonios de Jasmeth José Monsalve Morales y Argilio Tatis (fls. 149-151 7 152-154, cdno. ppal.).

Desde esta perspectiva se advierte que en el *sub judice* se acreditó plenamente el daño antijurídico invocado, consistente en la muerte de Argel Puerta Torres acaecida el 18 de julio de 2008 a consecuencia de un disparo de arma de fuego propinado accidentalmente por Wilmer Segovia.

Así mismo se demostró que para la época de los hechos, Argel Puerta Torres y Wilmer Segovia estaban vinculados a la entidad accionada como agentes de policía, y que al momento del penoso evento se encontraban ambos en servicio, en el CAI La Arrocerá del Barrio Olaya Herrera de esta ciudad.

Ya en lo concerniente a la atribución del mencionado resultado lesivo a la parte demandada, debe puntualizarse liminarmente que son cuatro (4) los criterios que permiten determinar si el daño ocasionado por una actuación o una omisión de un agente estatal es imputable a la Administración: (i) el temporal, relativo a si la acción u omisión lesivas ocurrieron durante el horario de prestación del servicio; (ii) el espacial, referente a que el perjuicio se materialice en el lugar de prestación del servicio; (iii) el instrumental, consistente en que el daño se cause con un instrumento utilizado para la prestación del servicio y, (iv) el funcional, concerniente a que la acción u omisión del agente servidor se produzca en desarrollo de las funciones y labores propias del servicio.

Ahora bien, de los criterios de imputación enlistados, el fundamental es el criterio funcional, pues descartada su configuración no habrá lugar a endilgársele responsabilidad extracontractual al Estado por el hecho o la omisión de un agente, ni aún estando verificados los criterios instrumental, espacial y temporal.

Ciertamente, si se miran bien las cosas, se advierte que la relevancia probatoria de los criterios temporal, instrumental y espacial es la de fungir como indicativos del nexo funcional, es decir, que dadas las circunstancias del caso la prueba de aquellos puede conducir a tener por verificado el criterio funcional cuando no existe prueba directa de su estructuración. Empero, cuando está decantado que el accionar dañino no se produce en desarrollo de las funciones y labores propias del servicio sino dentro de la esfera personal del agente, resultará inocua la verificación de que el daño se produjo en horario del servicio, en el lugar de prestación del mismo o con una herramienta del servicio.

Así se colige de lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia de 29 de febrero de 2012, que a continuación se extracta:

“...cuando un funcionario público ocasiona un daño, la imputabilidad del mismo a la administración se configura⁴ cuando es causado por uno de sus agentes en desarrollo de las funciones propias de su actividad estatal o cuando el hecho tuvo algún nexo o vínculo con el servicio, pues de esta forma es posible concluir que el daño fue ocasionado como consecuencia del ejercicio de alguna función estatal

Contrario sensu, si el daño no fue producto de dicha actividad, si no que se ejecutó en la esfera privada del actor, el Estado no es responsable del daño... Esta esfera privada se configura cuando actúan, por ejemplo, i) al margen de las funciones que el cargo le impone o por fuera del servicio.

“...Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la Administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del “funcionamiento de los servicios públicos”. Es decir que la conducta del agente de la Administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público

“... la responsabilidad de la Nación, no se ocasiona con la simple comisión del hecho con un instrumento del servicio, sino que dicha responsabilidad se origina, principalmente de las características de la acción u omisión que desarrolló el funcionario respectivo y por la cual causó un daño, la cual debe tener una relación directa con el servicio público prestado. Al respecto señaló:

“El horario del servicio, las funciones asignadas y los instrumentos utilizados en la ejecución de las mismas, son circunstancias que pueden llevar al juez al convencimiento de que el hecho generador del daño presentó un nexo con el servicio, porque fueron determinantes en su producción; pero de ninguna forma, implican que por su sola verificación se deba presumir responsabilidad de la administración. Es necesario que con motivo del desarrollo de las funciones públicas, se cause el daño alegado en la demanda, porque de lo contrario, se estaría ante un caso de responsabilidad personal del agente”.⁵

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, expediente 18.526. C P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de febrero de 2012, expediente 25000-23-26-000-1999-00587-01(23412), C P. Danilo Rojas Betancourth.

En el caso de marras, si bien se verificaron los criterios de imputación espacial y temporal en tanto fue acreditado que para la época de los hechos, Argel Puerta Torres y Wilmer Segovia estaban vinculados a la entidad accionada como agentes de policía, y que al momento del penoso evento se encontraban ambos en servicio en el CAI La Arrocería del Barrio Olaya Herrera de esta ciudad; no se configuró el criterio funcional pues el hecho dañoso no ocurrió durante la realización de una función o actividad relacionada directamente con el servicio de policía, circunstancia que, según los lineamientos jurisprudenciales reseñados, impide tener por demostrado el nexo causal entre el daño y el servicio público prestado por la entidad demandada, máxime si se tiene en cuenta, además, que el resultado lesivo no se produjo con un instrumento de prestación del servicio.

En efecto, quedó decantado que Argel Puerta fue herido con un revolver particular en el momento en que el agente Segovia le entregaba dicha arma para que se la guardara en el armerillo del CAI, y en criterio de la Sala tal acción desencadenante del resultado lesivo objeto de la litis no tiene ningún vínculo con el servicio público prestado por la entidad accionada, pues la manipulación, porte, guarda o depósito de armas de uso personal y privado de los miembros de la Policía no constituye función policial ni atañe al cumplimiento del deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, encomendado a dicha institución.

Y no se diga que por el simple hecho de que después de entregar el revólver particular el agente Segovia se iba a dirigir a participar en un operativo de captura, se configuró un nexo causa efecto entre la actividad de entrega de esa arma y el servicio policial, pues la acción de dar a guardar ese artefacto

personal no obedeció ni estaba dirigido al cumplimiento de la función policial, sino a la personalísima decisión de Wilmer Segovia de llevar a su sitio de trabajo dicha arma la cual, sobra decirlo, no podía ser portada o utilizada en actividades relacionadas con el servicio. Esa acción de dar a guardar un objeto particular y de uso privado, tiene un carácter netamente personal, y esa connotación no varía sólo porque dicha acción iba a estar seguida de una labor relacionada directamente con las funciones policiales, pues, se insiste, la entrega antecedió temporalmente un acto del servicio, pero no guardó relación causa – efecto con el mismo.

Para efectos ilustrativos y con el fin de abundar en razones que reafirmen la corrección lógica de la anterior conclusión, imaginemos que el objeto dado a guardar no hubiera sido un arma sino un celular, y que éste hubiera estallado por recalentamiento de la batería al momento de la entrega, lesionando a Argel Puerta; en éste planteamiento hipotético se hace aún más patente que tal hecho dañoso no tendría nexos con el servicio por el simple hecho que el uniformado que entregó su celular iba a salir a cumplir una misión de trabajo posteriormente.

Es menester destacar, además, que en el curso de la litis se probó, en primer lugar, que el 18 de julio de 2008 el policía fallecido cumplía funciones de comandante de guardia del CAI La Arrocería y que por tal motivo era el encargado de hacer entrega de las armas de dotación oficial a los uniformados adscritos a dicho CAI y dejar la respectiva constancia en el libro de guardia ((fls. 21-24 y 28-42, cdno. ppal.) y, en segundo lugar, que según la información radicada en ese libro, al agente Segovia no le había sido entregada ningún arma de dotación oficial antes del incidente, circunstancias que a las claras evidencian que Argel Puerta sabía que el revólver que le fue entregado por el agente Segovia no era de dotación oficial y que por ende la acción de guardarlo no se relacionaba con el servicio policial, por lo que de

plano debe descartar la tesis relativa a que Wilmer Segovia causó el daño prevalido en apariencia de su función administrativa ante los ojos de la víctima.

En ese orden de ideas, se impone concluir que si bien se verificó que para la época de los hechos tanto el policía fallecido como el uniformado que le disparó accidentalmente estaban vinculados a la entidad demandada como agentes de policías y que el hecho dañoso aconteció durante el servicio y en el lugar de prestación del mismo, quedó plenamente demostrado que el daño antijurídico consistente en la muerte de Argel Puerta fue causado por el agente Wilmer Segovia con motivo de la realización de una acción de índole netamente personal totalmente desligada del servicio, al dar a guardar en el armerillo policial un arma particular cuya posesión ostentaba y que estaba destinada a su uso personal.

Así las cosas, obligado es concluir que el daño antijurídico no es imputable a la entidad demandada pues se derivó de un hecho personal y exclusivo del agente Wilmer Segovia, motivo por el cual se confirmará la sentencia denegatoria de primera instancia, no sin antes precisar que ante la ausencia de prueba del nexo entre la conducta lesiva y el servicio, la Sala está relevada de analizar la alegada inobservancia de las reglas de seguridad en el manejo de armas de fuego por parte del uniformado implicado en los hechos y los restantes argumentos sobre la base de los cuales se pretendió demostrar la estructuración de una falla del servicio estatal.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandante fundamento para imponerle condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de fecha 19 de diciembre de 2011 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

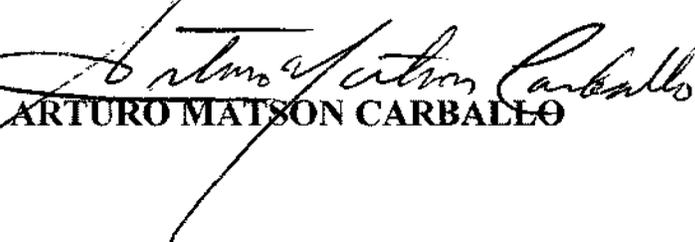
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

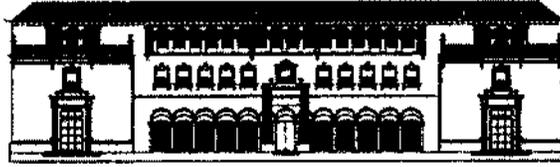
Los Magistrados,


JORGE ELIACER LANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado bajo el número 13-001-33-31-002-2010-00021-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1362
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ANGELA ATENCIO ROMERO
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2011-00065-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DECISIÓN 001

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Clase de Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 13-001-23-31-011-2011-00065-01
Accionante: Ángela Atencio Romero.
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Distrito de Cartagena.

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por el Distrito de Cartagena contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2012 por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

La señora Ángela Atencio Romero, a través de apoderado, concurrió ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Distrito de Cartagena, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

1. PRETENSIONES

Se declare la nulidad parcial de la Resolución 1239 de 21 de julio de 2006 proferida por la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

mediante la cual se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación a la señora Ángela Atencio Romero.

Que, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se condene a la parte accionada a reajustar la cuantía de su pensión de jubilación, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el año inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio para la adquisición del status de pensionada.

Se ordene el reconocimiento y pago de las subsecuentes diferencias de las mesadas, desde el 10 de diciembre de 2005.

Se dé el cumplimiento de la sentencia en la forma y términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. HECHOS

La parte accionante sustenta la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls. 2-3):

La señora Ángela Atencio Romero prestó sus servicios como docente – nacionalizada- a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, adquiriendo su estatus pensional el 10 de diciembre de 2005.

Que mediante Resolución 1239 de 21 de julio de 2006, el Secretario de Educación Distrital de Cartagena reconoció y ordenó, con cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el pago de la pensión vitalicia de jubilación a favor de la accionante liquidada únicamente con base en la asignación básica que devengaba, desconociendo la totalidad de los factores salariales percibidos durante el año anterior a la causación del derecho pensional.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante señaló como vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política, artículos 2, 6, 13, 25, 29, 48, 53 y 58.

Leyes 4ª de 1966, 71 de 1988, 33 y 62 de 1985, 91 de 1989 y 60 de 1993.

Decretos 1285 de 1955, 1743 de 1966 y 2277 de 1979.

Como sustento de su acusación la demandante manifestó que el acto administrativo de reconocimiento pensional vulneró las disposiciones aludidas, en la medida en que para la liquidación de su pensión no se tuvieron en cuenta todos los factores salariales que devengó durante el año anterior a la adquisición de la calidad de pensionada, pese a que las normas que gobernaban su régimen pensional –leyes 91 de 1989 y Decreto 3135 de 1968- así lo indicaban.

Señaló que no le es aplicable el sistema de cómputo pensional establecido en la Ley 812 de 2003, por cuanto su vinculación como docente oficial es anterior a la entrada en vigencia de dicha normatividad.

4. DEFENSA

El Distrito de Cartagena contestó la demanda (fls. 93-98) oponiéndose a las pretensiones de la misma, para lo cual adujo que la resolución de reconocimiento pensional demandada fue proferida con plena observancia de lo dispuesto en el Decreto 3752 de 2003 emanado del Ministerio de Educación Nacional, norma vigente para la época que establecía que la base de liquidación de la pensión de jubilación de los docentes no está conformada por la totalidad de los factores salariales devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionado, sino única y exclusivamente por la asignación básica, sobresueldos y horas extras, estos dos (2) últimos siempre y cuando se efectuaran aportes sobre ellos.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 20 de noviembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fls. 189-206), se declaró la nulidad parcial del acto administrativo de reconocimiento pensional demandado en cuanto no incluyó en su liquidación todos los factores salariales devengados por la actora en el año anterior a la estructuración del estatus de pensionada y, en consecuencia, se ordenó reliquidar la pensión de jubilación de la libelista sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de todos esos factores, previa deducción de los aportes a pensión que no se hicieron respecto de esos emolumentos. Así mismo, ordenó pagar las diferencias de las mesadas causadas a partir del 25 de abril de 2008, por la operancia del fenómeno de la prescripción trienal, habida cuenta la fecha de presentación de la demanda (25 de abril de 2011).

En respaldo de su decisión argumentó la *a quo* que como quiera que la vinculación de la demandante era anterior al 27 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la ley 812 de 2003, su régimen pensional corresponde al establecido en la ley 91 de 1989 y demás normas concordantes ; y que en tal razón no le era aplicable la fórmula de liquidación pensional consagrada en el Decreto 3752 de 2003 por cuanto si bien esa norma estaba vigente al momento en que le fue reconocida la pensión de jubilación a la señora Atencio, sus disposiciones sólo regían para los docentes vinculados después de la expedición de la ley 812 de 2003.

6. RECURSO DE APELACIÓN.

Dentro del término previsto para ello, el Distrito de Cartagena interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 208-210), reiterando los planteamientos formulados en la contestación de la demanda,

específicamente los relativos a que la pensión de la accionante debía ser liquidada de acuerdo a lo normado en el Decreto 3752 de 2003.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no presentaron alegatos de cierre ante esta sede.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del *sub judice*.

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Procede reconocer a la demandante el reajuste de su pensión de jubilación teniendo en cuenta además de la asignación básica, todos los factores salariales percibidos en el año anterior a la fecha en que adquirió su estatus pensional, cuando su vinculación como docente oficial nacionalizada es anterior a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003?

2. MARCO JURÍDICO

El régimen jurídico de la pensión de jubilación para los docentes nacionalizados es el aplicable a los servidores públicos, originado en la Ley 6ª de 1945, la cual en su artículo 17, señaló:

“ARTÍCULO 17.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) (...)

b) Pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo, equivalente a las dos terceras partes del promedio de sueldos o jornales devengados, sin bajar de treinta pesos (\$30) ni exceder de doscientos pesos (\$200) en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión.(...)”

Seguidamente, la Ley 65 de 1946, “*Por la cual se modifican las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictan otras*”, modificó el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, así:

“ARTICULO 3.- La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6a. de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.”

Posteriormente, la Ley 4ª de 1966 estableció el porcentaje y la naturaleza de la cuantía de las mesadas pensionales en un 75% computable sobre la totalidad del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.² De igual forma, el Gobierno Nacional en uso de sus facultades reglamentarias expidió el Decreto 3135 de 1968, en el cual dispone que los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrían derecho a que se les pagara una pensión mensual vitalicia de jubilación correspondiente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.³

² **Ley 4 de 1966. Artículo 4.-** A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

³ **Decreto 3135 de 1968 Artículo 27. PENSIÓN DE JUBILACIÓN O VEJEZ.** El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia o de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio.

Por su parte el Estatuto Docente contenido en el Decreto No. 2277 de 1979, no reguló asuntos pensionales, pues solo se refirió a las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de estos servidores, sin embargo, hizo claridad y énfasis en que los educadores oficiales son empleados oficiales de régimen especial⁴, por lo que en materia de pensiones de los docentes oficiales debe remitirse a la normatividad aplicable para los empleados oficiales nacionales.

En este sentido, bajo el entendido que a los docentes se les aplica el régimen de los servidores públicos nacionales, se tiene que a los educadores oficiales vinculados al momento de la expedición de la Ley 33 de 13 de febrero de 1985 (no incluidos en el régimen de transición consagrado en esa normatividad⁵), le eran aplicables las disposiciones de esa normatividad que: (i) modificó el régimen establecido por Ley 4 de 1966 y el Decreto 3135 de 1968; (ii) aumentó la edad de jubilación de las mujeres a cincuenta y cinco (55) años y, (iii) mantuvo la cuantía de las mesadas pensionales en el setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio, pero limitando dicho reconocimiento a los factores sobre los cuales se hizo aportes durante ese último año de servicios, al agregar el aparte: “*Que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio*”, todo ello bajo el siguiente tenor literal:

“ARTICULO 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años tendrá derecho a que por la respectiva caja de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.”

⁴ Decreto 2277 de 1979 Artículo 3. Educadores oficiales. Los educadores que presten sus servicios a entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, **son empleados oficiales de régimen especial** que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto.

⁵ La Ley 33 de 1985 en el parágrafo 2° de su artículo 1° consagró un régimen de transición en edad pensional para los empleados oficiales que a la fecha en que entró a regir, 13 de febrero de 1985, contaran con quince (15) años de servicio.

“ARTICULO 3. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio.

En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.”

A su turno, el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, reguló el tema de los factores salariales que constituyen base de liquidación pensional, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 1.- Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que la remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. (...).”

Desde esta perspectiva, se observa que la disposición legal aplicable en materia pensional para los docentes nacionalizados vinculados después de 1981 –como

es el caso de la demandante⁶-, traía un listado de los factores que constituían la base de liquidación de las pensiones de jubilación y, además, precisaba que tales factores se computarían siempre que respecto de ellos se hubieren efectuado los aportes respectivos.

En torno del tema de cuáles son los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación de las pensiones de los empleados cobijados por la Ley 33/85 surgieron posiciones disímiles al interior del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así, en algunas providencias se señaló que debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador⁷, en otras se indicó que únicamente debían incluirse aquellos respecto de los cuales se hubieren realizado los aportes⁸ y, finalmente, que sólo podían computarse los enlistados taxativamente en la norma⁹.

La controversia fue zanjada por el Consejo de Estado en sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, en la cual se señaló, con sustento en los principios de progresividad y favorabilidad laboral, que el listado contenido en el artículo 3º de la Ley 33 de 1985 no es taxativo sino enunciativo y que, por tal razón, las pensiones de jubilación de los empleados cobijados por dicha normatividad deben computarse con base en todos los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status pensional, sin que para ello obste que sobre algunos de dichos ingresos no se hubieren efectuado aportes, pues en tal evento simplemente deben realizarse –retroactivamente- los descuentos de ley respecto de los nuevos factores, al momento de reliquidar la pensión. A continuación se extracta la providencia aludida:

⁶ Véase a folio 146 del expediente el certificado laboral de la accionante expedido por la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, donde consta que tomó posesión como docente oficial el 10 de febrero de 1975.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 29 de mayo de 2003, expediente 25000-23-25-000-2000-2990-01(4471 - 02), C.P. Alberto Arango Mantilla.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04) C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de agosto de 2008, expediente 25000-23-25-000-2002-12846-01(0640-08) C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: Emilio Páez Cristancho.

“De ahí que, interpretar la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, en el sentido de considerar que aquella enlista en forma expresa y taxativa los factores sobre los cuales se calcula el Ingreso Base de Liquidación de la pensión de jubilación, trae como consecuencia la regresividad en los Derechos Sociales de los ciudadanos, pues se observa sin duda alguna que el transcurso del tiempo ha implicado una manifiesta disminución en los beneficios alcanzados con anterioridad en el ámbito del reconocimiento y pago de las pensiones.

(...)es preciso acudir al principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, en virtud del cual en caso de duda en la aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho ha de optarse por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios¹⁰..

“Entre tanto, como en otras oportunidades lo ha expresado esta Corporación, cuando se aplica el régimen de transición es preciso recurrir a la normatividad correspondiente en su integridad, sin desconocer ninguno de los aspectos inherentes al reconocimiento y goce efectivo del derecho como lo es la cuantía de la pensión, especialmente cuando ello resulta más favorable para el beneficiario de la prestación y así lo solicitó en la demanda¹¹.

“Es por ello que la interpretación que debe darse a la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, es la que permite efectivizar en mejor medida los derechos y garantías laborales, es decir aquella según la cual las citadas normas no enlistan en forma taxativa los factores salariales que componen la base de liquidación pensional, sino que permiten incluir todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.”¹² (Se resalta).

Ahora bien, mediante la Ley 91 de 1989 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se dispuso que dicha entidad debía asumir el pago de las prestaciones del personal docente nacionalizado¹³ vinculado y se reguló la liquidación de las pensiones de los educadores oficiales vinculados después del 31 de diciembre de 1989, bajo el siguiente tenor:

¹⁰ Ver sentencia T-248 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de marzo de 2003, radicación 17001-23-31-000-1999-0627-01(4526-01), C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 4 de agosto de 2010, radicación 25000-23-25-000-2006-07509-01(0112-09), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹³ **Personal nacionalizado:** Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

“ARTICULO 2.- De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975, la Nación y las entidades territoriales, según el caso, asumirán sus obligaciones prestacionales con el personal docente, de la siguiente manera:

(...)

*5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y **nacionalizado** que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles.*

PARÁGRAFO. Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975.”

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

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

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

De la lectura de las anteriores disposiciones de la ley 91 de 1989, se advierte que en ella sólo se reguló lo referente a (i) la pensión gracia para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980, (ii) la pensión de jubilación ordinaria para quienes se vincularan a partir del 1 de enero de 1981 y (iii) para los nombrados a partir del 1 de enero de 1990; dejando de lado la regulación

para la pensión ordinaria de quienes se encontraban vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980.

En ese orden de ideas, al no haberse normado específicamente lo concerniente a la pensión de jubilación ordinaria para los educadores que estuvieran vinculados a 31 de diciembre de 1989, a la Sala no le asiste duda que estos continuaron rigiéndose para tal efecto por la Ley 33 de 1985 y sus modificaciones, lo que además se desprende de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 15, el cual señaló que los docentes nacionalizados que figuraran vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales mantendrían el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial.

A su vez, la Ley 60 de 1993 dispuso en su artículo 6 que *“El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital, y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.”*

El régimen antes mencionado, se mantuvo hasta la expedición del Régimen General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, la cual señaló en su artículo 279 que son excepciones para la aplicación del régimen general de seguridad social: (i) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, (ii) el personal regido por el Decreto 1214 de 1990 con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 (iii) los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (iv) los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (v) Servidores de empresas que al entrar a

regir la ley se encuentren en concordato (vi) servidores públicos de ECOPETROL.

En cuanto a qué debe entenderse por salario para el personal docente, el Decreto 908 de 1992, por el cual se modifica la remuneración del personal del escalafón nacional docente y se dictan otras disposiciones salariales para el sector educativo oficial, dispuso:

“ARTICULO 33. Para efecto de lo previsto en este decreto, entiéndase por asignación básica de los docentes y directivos docentes, el valor que determine el grado del Escalafón Nacional Docente en que se encuentren clasificados y por remuneración o salario el valor que resulte de la suma de la asignación básica, más los restantes factores que perciban mensualmente”.

Finalmente se expide la Ley 812 de 2003 que en materia prestacional respecto del magisterio oficial consagró:

“ARTICULO 81. RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LOS DOCENTES OFICIALES. El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley.

(...)”

El artículo anterior fue reglamentado por el Decreto 3752 de 2003, por el cual de dispuso:

“ARTICULO 3.- Ingreso Base de Cotización y liquidación de prestaciones sociales. La base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003¹⁴, a cuyo pago se encuentre obligado el Fondo Nacional de Prestaciones

¹⁴ La Ley 812 de 2003 entró en vigencia el 27 de junio de ese año, según publicación insertada en el Diario Oficial 45231.

Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de la cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

La remuneración adicional de que tratan los artículos 8° y 9° del decreto 688 de 2002, se entenderá como factor salarial para efectos de la conformación del ingreso base de cotización”.

De lo anterior se colige que los docentes nacionalizados vinculados antes del 27 de junio de 2003, fecha en que entró en vigencia la Ley 812 de 2003, se rigen por las normas vigentes hasta antes de ese momento, es decir, por la Ley 33 de 1985, y por lo tanto su pensión ordinaria de jubilación debe liquidarse tomando como base todos los factores devengados durante el último año de prestación de servicios, y si sobre algunos de ellos no se hicieron los aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio al momento de reliquidarse la mesada los mismos deberán ser descontados.

En ese sentido se pronunció el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como pasa a verse:

“A su vez, la Ley 812 de 26 de junio de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para los años 2003-2006, en su artículo 81, reguló el régimen prestacional de los docentes oficiales con el siguiente tenor literal:

“Lo anterior permite deducir que el régimen aplicable para los docentes oficiales vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 26 de junio de 2003, es el establecido para el Magisterio antes de dicha fecha, es decir el contemplado en la Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. El artículo 15 ibídem dispone:

“De la norma transcrita se colige que el régimen pensional aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es el dispuesto para los empleados públicos del orden nacional.

Si bien el artículo 48 de la Constitución Política respetó el régimen pensional que venían gozando los docentes antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, también lo es que dicho régimen no contemplaba requisitos especiales para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión, por el contrario, remite a las normas de carácter general vigentes para los empleados del sector público nacional.

Tampoco es cierto que los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 tengan un régimen especial de pensiones pues la Ley 91 de 1989 sólo se refirió al régimen prestacional que venían disfrutando en cada ente territorial pero en ningún momento estableció requisitos pensionales diferentes a los establecidos en las normas de carácter general vigentes que, en este caso, es la Ley 33 de 1985 dado que el actor no se encontraba dentro del régimen de transición previsto por dicha normatividad para acceder al derecho conforme a lo dispuesto en la norma anterior, ello es la Ley 6 de 1945.”¹⁵

1. CASO CONCRETO

El análisis de los documentos allegados al proceso permite tener por demostrados los siguientes supuestos fácticos

- a) La señora Ángela Atencio Romero nació el 9 de diciembre de 1950 (fl. 145).
- b) La demandante se vinculó como docente oficial territorial el 10 de febrero de 1975 en la Escuela Rural Mixta de Santa Rosa Bolívar; el 9 de agosto de 1977 fue trasladada a la Institución Educativa del Corregimiento de Bayunca, jurisdicción del Distrito de Cartagena y, finalmente, fue reubicada en la Escuela Cartagenita de esta ciudad el 19 de noviembre de 1998 (fl. 146).
- c) Mediante la Resolución 1239 de 21 de julio de 2006 le fue reconocida a la accionante por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a través de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, la pensión de jubilación a partir del 9 de diciembre de 2005, teniendo en cuenta la asignación básica devengada durante el año anterior a la adquisición del status de pensionada. (fls. 17-18)
- d) Tal y como consta en certificado de salarios expedido por la Secretaria de Educación del Distrito de Cartagena (fl. 19), durante el año anterior a la

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 19 de febrero de 2009, radicado 15001-23-31-000-2003-02793-01(0302-08), CP Bertha Lucía Ramírez De Páez (E).

adquisición del status de pensionada, esto es, entre el 9 de diciembre de 2004 y el 9 de diciembre de 2005, la señora Atencio Romero devengó además de la asignación básica mensual, los siguientes factores salariales: (i) prima de alimentación especial, (ii) prima de navidad y (iii) prima de vacaciones; los cuales no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de su pensión de jubilación.

Desde esta perspectiva, quedó decantado que para el 31 de diciembre de 1989 la demandante se encontraba vinculada al Magisterio Oficial y, por ende, a la luz de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989¹⁶, el régimen establecido para el reconocimiento y liquidación de su pensión de jubilación era el consagrado en la Ley 33 de 1985.

Así las cosas, se impone concluir que tal y como lo señaló la *a quo*, para calcular la base de la liquidación pensional de la actora no debió tenerse en cuenta solamente la asignación básica mensual fijada por la ley, sino también todos los demás factores salariales que percibió la docente entre el 9 de diciembre de 2004 y el 9 de diciembre de 2005 (primas de alimentación especial, de vacaciones y navidad), razón por la cual tiene derecho a la reliquidación de su pensión sobre la base del setenta y cinco por ciento (75%) de todos los factores salariales devengados durante el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

Debe precisarse eso sí, que el descuento ordenado en primera instancia por concepto de aportes, sólo deberá realizarse respecto de los factores salariales cuya inclusión se ordena, devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

¹⁶ Según el cual los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Se destaca, adicionalmente, que fue acertada la decisión de la falladora de primer grado al declarar prescritas las diferencias producto de la reliquidación causadas hasta el 25 de abril de 2008, habida cuenta que la operancia trienal de tal fenómeno extintivo sólo vino a ser interrumpida por la libelista el 25 de abril de 2011 con la presentación de la demanda que dio a inicio al presente proceso (fl. 16), como quiera que no interpuso recursos contra la resolución de reconocimiento pensional ni formuló solicitudes reliquidatorias en sede gubernativa.

En virtud de lo anterior, se confirmará la sentencia de 20 de noviembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la parte actora, precisándose que la deducción de aportes no efectuados sólo operará respecto de los factores salariales cuyo cómputo se ordena, percibidos por la accionante durante el año anterior a la estructuración de su derecho pensional.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponerle condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

CONFIRMAR la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las súplicas de la demanda, cuyo numeral Tercero se precisa en el sentido de que el descuento ordenado por concepto de

aportes, sólo deberá realizarse respecto de los factores salariales cuya inclusión se ordena, devengados en el año anterior a la adquisición del status de pensionada, sobre los cuales no se haya efectuado la deducción legal.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

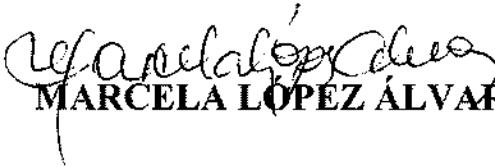
Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

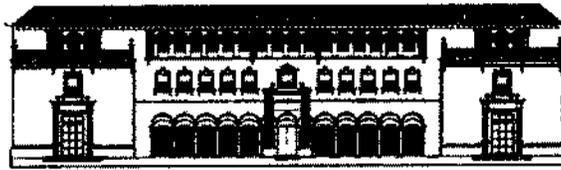
LOS MAGISTRADOS,


JORGE ELIACER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-011-2011-00065-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1363
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ADUANAS HUBEMAR S-A- SIA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2007-00059-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

- SALA DE DECISIÓN No. 1 -

Cartagena D.T. y C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Aduanas Hubemar S.A. SIA**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-010-2007-00059-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 19 de febrero de 2013, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por la Compañía Aduanas Hubemar S.A. SIA, contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 002429 de 18 de octubre de

2006, por medio de la cual, fue proferida liquidación oficial de corrección por error en la clasificación arancelaria a la parte demandante y ordenó hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales CDL01-01-536536, otorgada por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. y, Resolución 000175 de 31 de enero de 2007, a través de la cual, fue resuelto un recurso de reconsideración interpuesto contra la primera de las resoluciones mencionadas; actos administrativos proferidos por la División de Liquidación y la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se le exonere de hacer el pago correspondiente a la liquidación oficial de corrección proferida por la DIAN, se archive el proceso administrativo y, además, que no se haga efectiva la garantía contenida en la póliza de seguro de cumplimiento. Por último, pide que se condene en costas a la parte demandada.

HECHOS

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

Señala el libelo de la demanda, que la parte actora ha representado en calidad de mandataria y declarante autorizada por la DIAN, al importador Whirlpool de Colombia S.A., en procesos propios de esa entidad y, en ejercicio de ese mandato, presentó ante la autoridad aduanera la Declaración de Importación 23830012050462 el día 25 de mayo de 2004.

Agrega, que con posterioridad la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena de Indias profiere el Requerimiento Especial Aduanero 000113 de 04 de agosto de 2006, proponiendo una liquidación oficial de corrección, el cual, fue contestado explicando que el error cometido en la descripción de la mercancía podía ser corregido por los procedimientos legales estipulados en la legislación aduanera.

Acto seguido, el ente demandado emite la Resolución 002429 de 18 de octubre de 2006, por medio de la cual, expide liquidación oficial de corrección por error en la clasificación arancelaria y ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento que amparaba la operación aduanera; decisión contra la cual, la parte actora interpuso recurso de reconsideración, siendo resuelto de forma desfavorable a sus intereses a través de la Resolución 000175 de 31 de enero de 2007.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que los actos demandados se encuentran falsamente motivados por la inaplicación de los artículos 232-1, 228 y 121 del Decreto 2685 de 1999, reiterando que el error que pretende endilgarles la DIAN no es en la clasificación arancelaria sino en la descripción de la mercancía, lo cual, puede ser subsanado por los procesos establecidos en las disposiciones citadas.

Explica que la DIAN no tuvo en cuenta, que si bien es cierto que la descripción de la mercancía en la casilla 105 de la declaración de importación adoleció de un error formal respecto a la capacidad, no es menos cierto que la administración tuvo a su disposición los documentos soportes de la declaración de importación a través de los cuales se hubiese podido constatar que efectivamente se trata de una máquina con una capacidad superior a los 10 kg, clasificada en la subpartida arancelaria 84.51.29.00.00, pues de ello da fe la lista de empaque, el catalogo comercial y la literatura técnica del producto emitida por el fabricante.

Alega, que teniendo en cuenta el Concepto 032 de 2002, expedido por el Jefe de la División Normativa y Doctrina Aduanera de la DIAN, se tiene, que con base en el artículo 232-1 del Estatuto Aduanero para subsanar los errores de seriales es posible legalizar la mercancía sin pago de rescate y, con mayor razón, se puede legalizar de esta misma manera si se trata de subsanar un error relativo a la capacidad de las secadoras que no afecta la identificación de la mercancía, que siempre ha estado individualizada por su marca y serial tanto

en la declaración de importación inicial como en la de legalización con levante.

Por otro lado, discute el hecho que la entidad accionada para proferir liquidación oficial de corrección supone sin bases sólidas que las máquinas son de uso doméstico y se niega a practicar una inspección judicial a la maquinaria, porque a su juicio dicha prueba debía llevarse a cabo sobre los cuerpos ciertos que fueron importados, como si al realizarla sobre otros de igual referencia, año de fabricación y demás elementos descriptivos, se pudieran obtener resultados diferentes.

Por último, afirma que existen elementos de comprobación aportados en vía gubernativa que demuestran suficientemente que la capacidad de las máquinas secadoras es superior a los 10 kg, tales como los catálogos y la lista de empaque de las mismas.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena mediante auto de fecha 19 de julio de 2007 (fls.47 - 48), notificada al Director General de la DIAN por conducto del funcionario de mayor jerarquía en la Seccional de Aduanas de Cartagena de Indias (fl.55) y al agente del Ministerio Público.

La entidad accionada contestó la demanda por fuera del término de fijación en lista (fls.56 – 68), razón por la cual, no fue tomada en cuenta. Por medio de auto de 03 de junio de 2009, se abrió a pruebas el proceso (fls.79 - 80).

Mediante proveído de 21 de enero de 2011 (fl.246), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión, término dentro del cual la parte accionante ratificó los argumentos expuestos en la demanda (fls.247 – 250); por su parte, la entidad accionada no presentó alegatos en dicha oportunidad.

Más adelante, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8377 de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue redistribuido al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fls.269 - 270), que aprehendió su conocimiento con auto de 21 de noviembre de 2011 (fls.272 - 273) y en el mismo procedió a poner en conocimiento de las Compañías Seguros Mundial S.A. y Aseguradora de Fianzas S.A., la existencia de la causal de nulidad prevista en el numeral 9° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil.

Luego, el juzgado procedió a fijar nuevamente en lista el proceso de la referencia (fl.285), oportunidad en la cual, la parte accionada se opuso a la demanda (fls.286 – 293), manifestando que el pago sin rescate previsto en el artículo 228 del Decreto 2685 de 1999, es inaplicable en el asunto de marras, pues en se debe acudir a lo dispuesto en el artículo 229 *ibídem*, que indica que se presentará la declaración de legalización con el cumplimiento de los requisitos y el pago de los tributos aduaneros a que hubiere lugar.

De acuerdo con lo anterior, añade que la descripción realizada por el declarante no corresponde con la subpartida arancelaria utilizada, por lo que se está frente a un menor pago de tributos aduaneros, lo que conlleva necesariamente al pago de rescate sobre el valor en aduanas de la mercancía.

Para finalizar, señala que la diligencia de inspección judicial solicitada por la parte actora para demostrar la capacidad de las mercancías, debe versar sobre los bienes importados, determinados e individualizados previamente por el mismo importador, conforme a la descripción indicada en la Declaración de Importación 23830012050462 de 25 de mayo de 2004, tal como lo exigen las normas aduaneras que regulan la importación de mercancías extranjeras.

Por otro lado, la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., presenta memorial mediante el cual manifiesta su coadyuvancia a la demanda (fls.301 – 305), adhiriéndose a cada una de las pretensiones elevadas en la misma y

reafirmando los hechos y concepto de violación en que ésta se encuentra sustentada.

Agrega, que el hecho por el cual se pretende la efectividad de la garantía por ella expedida, identificada con el número CDL-01-1536536, no tiene cobertura bajo dicho contrato de seguro, ya que al momento en que se presentó la Declaración de Importación 23830012050462 el 25 de mayo de 2004, no existía contrato de seguro alguno, pues la vigencia de la póliza había terminado el día 18 de marzo de 2004 y la que si se encontraba vigente era la Póliza BQ-A0038656 expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A.

A su vez, la Compañía Mundial de Seguros S.A., se pronuncia sobre la demanda por medio de memorial visible a folios 318 a 322 del expediente, coadyuvando igualmente la demanda inicial, añadiendo que no es posible hacer efectiva la póliza en cuestión por haberse configurado el fenómeno jurídico de la prescripción de la obligación contenida en dicha garantía.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.309 - 321)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, anota que era procedente que la sociedad demandante corrigiera los errores en la descripción de la mercancía a través de una declaración de legalización de manera que coincidiera con los demás datos consignados en la declaración de importación inicial, pues si se trataba de secadoras con una capacidad unitaria superior a 10 kg, entraba en la clasificación “*las demás*”, a que se refiere la subpartida arancelaria 84.51.29.00.00 y, por tanto, el gravamen a cancelar era del 5% y no del 20% como lo sugiere la DIAN en la liquidación oficial de corrección.

Plantea, que en este caso era procedente que la sociedad demandante presentara las declaraciones de legalización a que hace referencia el artículo 232-1 del Estatuto Aduanero, para corregir errores en la declaración, cuyos datos ciertos podían ser verificados por la DIAN, valiéndose de los documentos presentados como soporte de las declaraciones de importación.

Concluye diciendo, que contrario a lo afirmado por la DIAN, el hecho de que el declarante cambiara la capacidad de las máquinas secadoras objetos de la importación de 10 kg a 28 libras o más, no significa que estuviera amparando la declaración mercancías distintas, toda vez, que las mismas fueron clasificadas desde el comienzo en la subpartida arancelaria respecto de la cual, el arancel de aduanas es el 5%.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.323 – 325)

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

En primer lugar, manifiesta que en el presente caso se está en presencia de una mercancía no declarada y, por ende, no había lugar a la legalización sin rescate como lo hizo el demandante. Que lo anterior fue el motivo principal por el cual dio inicio a la investigación administrativa para proferir la liquidación oficial de corrección que produjo mediante las resoluciones demandadas.

Cita el contenido de los Conceptos 058 y 060 de 18 de agosto de 2005, proferidos por la DIAN, que se refieren a las consecuencias de los errores u omisiones parciales en la descripción de las mercancías.

Finalmente, arguye que es claro que no procedía la legalización sin el pago de los tributos aduaneros dejados de cancelar y el valor del rescate, porque de lo contrario, se estaría declarando una mercancía diferente, lo cual, la sitúa en

condición de no declarada, procediendo entonces su aprehensión si la misma no es rescatada con el pago de la sanción establecida en la ley.

Por lo anterior, solicita sea revocado el fallo apelado y, en consecuencia, se denieguen las pretensiones de la demanda.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante Acta de Conciliación Judicial del 06 de junio de 2013 (fl.327) y admitido por esta corporación por medio de proveído del 15 de julio de 2013 (fl.340).

A través de auto de 20 de agosto de 2013 (fl.342), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.343 – 345); la Compañía Mundial de Seguros S.A., insistió en las razones presentadas en su primera intervención (fls.346 – 348); la parte actora hizo lo propio mediante memorial visible a folios 349 a 351. El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si los errores u omisiones en la descripción de la mercancía importada por la sociedad demandante dan lugar a tenerla como no declarada y, de ser así, se debe establecer si ello implica que no se pueda presentar declaración de legalización sin el pago del rescate respectivo.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandada, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

Sobre el tema en cuestión el Estatuto Aduanero señala que se tendrá como no declarada una mercancía, entre otras situaciones, cuando la descripción que se haga de la misma en los documentos de transporte y legalización no coincida con la mercancía física presentada ante la autoridad aduanera. De igual manera, se considerará no declarada a la mercancía que en cuya declaración de importación se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la misma, tal como lo establece el artículo 232-1 del Estatuto Aduanero, que a la letra dice:

“Artículo 232-1. Mercancía no declarada a la autoridad aduanera. Se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando:

- a) No se encuentre amparada por una Declaración de Importación;*
- b) No corresponda con la descripción declarada;*
- c) En la Declaración de Importación se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía, o*
- d) La cantidad encontrada sea superior a la señalada en la Declaración de Importación.*

Sin perjuicio de lo establecido en los numerales 4 y 7 del artículo 128 del presente decreto, siempre que se configure cualquiera de los eventos señalados en el presente artículo, procederá la aprehensión y decomiso de las mercancías. Cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración, la aprehensión procederá sólo respecto de las mercancías encontradas en exceso.

Sin perjuicio de lo previsto en los literales b) y c) del presente artículo, cuando habiéndose incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía en la Declaración de Importación, la autoridad

aduanera pueda establecer, con fundamento en el análisis integral de la información consignada en la Declaración de Importación y en los documentos soporte de la misma, que la mercancía corresponde a la inicialmente declarada, y los errores u omisiones no conlleven que la Declaración de Importación pueda amparar mercancías diferentes, no habrá lugar a su aprehensión, pudiéndose subsanar los errores u omisiones a través de la presentación de una Declaración de Legalización sin el pago de rescate.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, la respuesta al interrogante planteado como problema jurídico, se encuentra en el inciso final de la disposición previamente transcrita. En efecto, los errores y omisiones en la declaración de importación conllevan a que la mercancía pueda ser tenida como no declarada, pero no obstante ello, cuando la autoridad aduanera pueda establecer con otras probanzas que la mercancía corresponde a la inicialmente declarada, podrá la parte actora subsanar los defectos en que haya incurrido con la presentación de una declaración de legalización sin que sea necesario el pago de rescate, tal como aconteció en el caso de marras.

Así también lo ha establecido la doctrina colombiana, al señalar lo siguiente¹:

“...i) Análisis integral. Tanto para la mercancía que no corresponda con la declaración, como para aquella en la que se ha incurrido en errores u omisiones en la descripción, se permite que se subsanen los mismos a través de la presentación de una declaración de legalización sin el pago de rescate, siempre y cuando la autoridad aduanera pueda establecer, con fundamento en el análisis integral de la información consignada en la declaración de importación y en los documentos soporte, que la mercancía corresponde a la inicialmente declarada, y los errores u omisiones no conlleven que la declaración de importación pueda amparar mercancías diferentes (art.232-1)...”

¹ Camargo, Juan Manuel. Derecho Aduanero Colombiano. Primera Edición. Legis Editores S.A. Bogotá, 2009, páginas 531 y 532.

Se debe resaltar, que la juez de primera instancia declaró la nulidad de los actos demandados, basada en que la mercancía descrita en la Declaración de Importación 23830012050462 de 25 de mayo de 2004 y que es objeto de controversia, cumple con todos los requisitos establecidos en el Decreto 2394 de 2002 para hacerse acreedora al diferimiento arancelario reclamado.

Acerca de esta afirmación, en el recurso de alzada nada dice la entidad accionada, solamente ataca los argumentos referentes a la presentación de la declaración de legalización sin el pago del rescate respectivo, basada en que se está en presencia de una mercancía no declarada y, por ende, no había lugar a la legalización sin rescate como lo hizo el demandante, entendiéndose entonces que está de acuerdo con el cumplimiento de los requisitos que dan lugar al beneficio arancelario en cuestión.

Como corolario de lo anterior, considera la Sala, que la entidad demandada no logra desvirtuar los argumentos expuestos por la juez *a quo* en la sentencia proferida en primera instancia, toda vez, que si acepta el cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto 2394 de 2002 por parte de la sociedad accionante, igualmente está reconociendo que los documentos soportes de la importación de la mercancía permiten establecer que ésta corresponde a la inicialmente declarada y los errores u omisiones que se hayan podido presentar en su descripción, no conllevan a que la declaración de importación ampare mercancías diferentes.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia del 19 de febrero de 2013 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena en el proceso de la referencia, que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por Aduanas Hubemar S.A. SIA, contra la DIAN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



JORGE ELIASER LANDIÑO GALLO

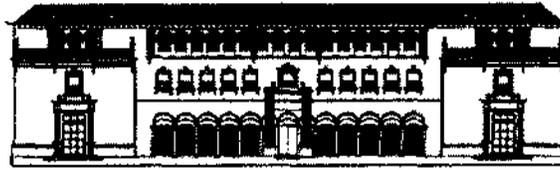


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-010-2007-00059-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1364
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: GLOBALOG S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-010-2011-00075-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

– SALA DE DECISIÓN No. 1 –

Cartagena D.T. y C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Globalog S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-010-2011-00075-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2013, por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Globalog S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderada judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos denominados Requerimiento Especial Aduanero 000138 de 28 de mayo de 2010, mediante el cual, el ente demandado propone imponerle una sanción

por incurrir en infracción administrativa de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero; Resolución 001606 de 09 de septiembre de 2010, por medio del cual, la entidad accionada le impone la sanción propuesta y, Resolución 002152 de 15 de diciembre de 2010, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos proferidos por el Grupo de Investigaciones Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización, la División de Gestión de Liquidación y la División de Gestión Jurídica Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que le sean reconocidos los gastos judiciales y administrativos en que haya tenido que incurrir para evitar la sanción, incluyendo costos y gastos por concepto de honorarios de abogado.

Requiere que a título de lucro cesante se liquiden, reconozcan y se ordene el pago de los intereses corrientes vigentes, conforme lo establece el artículo 1617 del Código Civil, sobre la suma a devolver, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y/o el día en que se efectúe el pago.

Que se le exonere de cualquier responsabilidad, así como del pago de la multa, y se ordene a la entidad demandada al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

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

Señala la parte actora, que el día 02 de julio de 2008 fue embarcada por medio de transporte marítimo la mercancía amparada bajo el Bill of Lading PBQ002717, en continuación de viaje que debía cubrir la ruta Cartagena – Medellín (Depósito Aduanero Almaviva). Que una vez recibida la mercancía en el puerto de origen (Cartagena), se autorizó el traslado de la misma hacia la

aduana de destino (Medellín), mediante la Continuación de Viaje 0600408M010375 de 1° de agosto de 2008.

La sociedad actora en su calidad de operador de transporte multimodal subcontrató a la empresa Transportes Eduardo Botero Soto para realizar el transporte terrestre de un contenedor de 40', el cual, contenía seiscientos ochenta y tres (683) cajas declaradas por el expedidor. Asegura, que la aduana de Cartagena realizó inspección física de la mercancía y procedió a colocar el Precinto 076944.

Reseña el libelo de la demanda, que el día 08 de agosto de 2008 el ente accionado procedió a verificar la mercancía en el depósito de destino, estableciendo que arribaron seiscientos ochenta y tres (683) cajas, lo que demuestra que fueron entregadas en las mismas condiciones (cantidad de bultos) en que fueron recibidas.

Que no obstante lo anterior, la DIAN decide abrir investigación en su contra por el presunto incumplimiento del numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999. En virtud de ello, el ente demandado le formuló Requerimiento Especial Aduanero 000138 de 28 de mayo de 2010, proponiendo sancionarla con una multa de treinta y dos millones trescientos cinco mil pesos M/Cte (\$32.305.000,00).

Con Resolución 001606 de 09 de septiembre de 2010, la entidad accionada resolvió sancionar a la sociedad demandante en el sentido que fue propuesto, siendo dicha decisión objeto de recurso de reconsideración, el cual, fue desatado por la autoridad aduanera a través de la Resolución 002152 de 15 de diciembre de 2010, confirmando en todas sus partes el acto recurrido.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, afirma que se vulneró su derecho al debido proceso por indebida interpretación de las pruebas, ya que si se hubiera llegado a la aduana de

destino con siete (7) cajas menos de las registradas en la continuación de viaje, por consiguiente, se hubiera ocasionado una diferencia de peso menor, lo que no sucedió. Además, está demostrado que arribó a la aduana de destino con las cajas especificadas por la aduana de partida, por cuanto esa cantidad de bultos fue corroborada por el depósito autorizado para recibirlos.

Expone, que la Aduana de Medellín no cuestiona el estado de los precintos, ni alega que estos fueron adulterados, saqueados o violentados, pero si afirma que la mercancía arribó con un peso de 14.500 kg a cambio del peso informado por la aduana de partida de 14.650 kg, es por ello, que dada la coincidencia en el peso consignado en la continuación de viaje con el peso que tenía la mercancía en la aduana de destino, es de recibo la aceptación de fallas en la báscula de la aduana de partida o la comisión de hechos por parte de terceros no imputables a la sociedad demandante.

Concluye, que en el expediente obra prueba que demuestra la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito por la cual se cometió la presunta infracción, en consecuencia, no hubo un querer deliberado de la parte actora de incumplir el régimen de tránsito aduanero, por cuanto se demuestra por un lado, que sufrió un hecho constitutivo de fuerza mayor – causa extraña, ya que las seiscientos ochenta y tres (683) cajas fueron recibidas por Almaviva en la ciudad de Medellín y, de otro, que la administración desconoció los hechos evidentes, tales como que el operador de transporte multimodal recibe para su transporte un contenedor sellado y precintado, en el cual, el expedidor manifiesta que contiene determinada cantidad de bultos, pero no tuvo la oportunidad de verificar su contenido.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena con auto del 24 de mayo de 2011 (fls.109 - 112), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Director Seccional de

Aduanas de la ciudad de Cartagena (fl.117) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista la entidad accionada presentó contestación de la demanda (fls.119 – 136), expresando que al constatar los documentos que hacen parte del acervo probatorio, tales como la Planilla de Recepción 112008100010954 de 08 de agosto de 2008 y el Registro de Finalización con número de autorización 0600408M010375, se puede verificar no sólo el incumplimiento de la operación de tránsito aduanero por el faltante de siete (7) cajas de la mercancía, sino que además se constata una extemporaneidad en la finalización de dicho régimen, cuya fecha límite estaba autorizada para el día 07 de agosto de 2008, pero en realidad culminó al día siguiente.

Alega, que mientras la legislación aduanera mantenga como parámetro para medir el cumplimiento de esta obligación del transportador, los datos consignados en la continuación de viaje y la información que en ella se registre, son los que marcarán la pauta para determinar si el transportador cumplió con la entrega completa de la mercancía ante la aduana de destino, de manera que independientemente del contrato privado que celebre el consignatario con el operador logístico, por ley el transportador debe responder por la cantidad de mercancía que se anuncie en la declaración de tránsito aduanero y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es real.

Finalmente, propone la excepción de *“Inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio”*, basada en que los actos acusados tienen interés tanto para la sociedad accionante como para la compañía que expidió la póliza que garantizaba a la DIAN la entrega de la mercancía transportada y el pago de los tributos aduaneros y demás obligaciones a su cargo, por lo que debió ser vinculada a fin de que hiciera valer sus derechos.

Mediante auto de fecha 19 de diciembre de 2011 (fl.148), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, luego, con proveído de 29 de junio de 2012 (fl.253), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en el libelo de la demanda (fls.254 – 257); la entidad demandada por su parte, reafirmó las razones de su defensa (fls.258 – 261). El Ministerio Público guardó silencio.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.274 - 304)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, despacha desfavorablemente la excepción propuesta y, acto seguido, señala que de las pruebas relacionadas en el plenario es palpable que en efecto el tránsito aduanero autorizado al operador de transporte multimodal se inició con una carga de mercancías distribuidas en seiscientos ochenta y tres (683) cajas o bultos, sin embargo, tal cantidad no fue la que recibieron en el depósito de destino al término del tránsito, ya que de acuerdo al Acta de Inconsistencias 682 de 2008, se registra no solo una inconsistencia con referencia a la cantidad sino también en cuanto al peso, aún cuando este último detalle no haya sido objeto de estudio en los actos acusados.

Por otro lado, plantea que no le asiste razón al operador de transporte multimodal cuando dice que la sanción aduanera impuesta fue desproporcionada e irracional, toda vez, que la conducta sancionada está expresamente tipificada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 y, además, porque el único supuesto de hecho que indica la infracción sancionable es el de encontrar una cantidad o peso menor a la declarada, sin

que el legislador haya dispuesto algún tipo de prerrogativa o consideración en razón del valor o al número o cantidad de la mercancía dejada de declarar.

Concluye, diciendo que el incumplimiento de los términos dentro del trámite aduanero sancionatorio, al emitirse el requerimiento especial aduanero superando los treinta (30) días contados a partir de la comisión de la presunta infracción es reprochable, pero no acarrea nulidad ni violación alguna al debido proceso, toda vez, que no existe norma alguna que establezca la omisión de dicho término dé lugar a la pérdida de competencia del funcionario de la DIAN para iniciar el procedimiento sancionatorio o le impida imponer la sanción correspondiente de estar acreditada la infracción.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.306 – 312)

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

En primer lugar, expresa que no le asiste razón al *a quo* al establecer como fundamento que la empresa demandante no cumplió con su obligación de resultado como lo es el entregar la mercancía en las condiciones que se relacionan en los documentos soporte, toda vez, que como se demostró en el transcurso del proceso, la mercancía arribó a la aduana de destino en las mismas condiciones en las cuales fue recibida por el operador de transporte multimodal.

Alega, que es fácil determinar que en su momento la sociedad Almaviva S.A., certificó mediante documento denominado “Comprobante de Movimiento de Mercancías”, que había recibido seiscientos ochenta y tres (683) cajas, lo que en un primer momento hace suponer la entrega cabal de toda la mercancía, la cual, se debió contabilizar para realizar o expedir dicho documento.

Explica, que se debe descartar toda responsabilidad de parte suya, puesto que demostró que fue diligente en su actuar, de ello da cuenta el Bill of Lading PBQ 002717 de 02 de julio de 2008, que viene a ser prueba de que el peso que contenía el cargamento era de 14.501 kg, el cual, se cumplió a cabalidad sin suscitarse ningún faltante.

Finalmente, insiste en que la administración desconoció los hechos evidentes, tales como que el operador de transporte multimodal recibe para su transporte un contenedor sellado y precintado, en el cual, el expedidor manifiesta que contiene determinada cantidad de bultos, pero no tuvo la oportunidad de verificar su contenido.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 06 de mayo de 2013 (fl.314 - 315).

Por medio de proveído de 05 de agosto de 2013 (fl.318), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 18 de septiembre de 2013 (fl.320), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.325 – 331); la parte demandante a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.321 – 324). El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA.

Antes de entrar a realizar el estudio de fondo del presente asunto, debe poner de manifiesto el ponente, que si bien es cierto en casos similares al *sub judice* venía aplicando el criterio concerniente a la necesidad de vincular a las compañías aseguradoras cuando los actos demandados ordenan la efectividad de la póliza de garantía, en esta oportunidad rectifica su criterio con base en los pronunciamientos que sobre la materia ha expuesto el Consejo de Estado, en los que ha precisado¹:

“...en relación con el litis consorcio que pueda existir cuando se demanda el acto administrativo que declara el siniestro del riesgo de incumplimiento amparado por una garantía consistente en una póliza de seguros constituida a favor de una entidad pública, entre el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos de incumplimiento, y el contratista, tomador de seguro, quien transfiere el interés asegurable del acreedor de la prestación prevista en el contrato a la administración, considera la Sala que no encuadra exactamente en las dos figuras anotadas, sino más bien en aquella denominada por la doctrina y la jurisprudencia como litis consorcio cuasinecesario.

Esta especie o modalidad de litis consorcio, es una configuración jurídica intermedia, entre el litis consorcio necesario y el facultativo. Se presenta cuando uno o varios sujetos tienen legitimación para intervenir en un proceso, por la parte activa o por la parte pasiva, esto es, en calidad de demandantes o de demandados, por tener una relación sustancial o material, pero basta con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos.

(...)

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección “B”, sentencia de 23 de febrero de 2012, Exp 20810, C P Ruth Stella Correa Palacio

Ahora bien, aunque pudiera pensarse que no se requiere la concurrencia de la compañía aseguradora y el asegurado contratista al proceso donde se debate la nulidad del acto que declara el siniestro amparado en la póliza, como quiera que ambos pueden demandar o no demandar dicho acto o hacerlo en forma independiente, con lo cual podría estimarse que se está en presencia de un litis consorcio facultativo, en el evento que nos ocupa, resulta más nítida la aplicación de la figura del litis consorcio cuasinecesario, teniendo en cuenta que la sentencia de nulidad del acto administrativo finalmente tiene efectos frente a ambos, pues al desaparecer el acto cesa la obligación a cargo de la aseguradora de pagar la indemnización por concepto de efectividad de la garantía de calidad y en consecuencia el derecho de ésta de repetir contra el contratista.

Es decir, en esos casos tanto a la aseguradora como al contratista asegurado le asiste un interés individual y por ende, podrán reclamar cada uno en juicio lo que crea que en derecho les corresponde ventilar, sin que sea necesario que se presenten conjuntamente a demandar el acto que declara el siniestro cubierto con la respectiva póliza, entre otras razones, porque ese acto en realidad obliga directamente a la compañía aseguradora al pago de la indemnización materia del seguro a favor de la entidad pública beneficiaria, mientras que al contratista la efectividad de la garantía lo deja expuesto a una repetición del importe pagado, cuando a ello hubiere lugar, pero, con todo, la nulidad podría terminar beneficiándolos a ambos, con lo cual la sentencia extiende sus efectos jurídicos...”

Valga anotar, que no obstante la jurisprudencia en cita se refiere a un caso de contratación estatal, las consideraciones que desarrolla hacen alusión a las situaciones que de manera general involucren una obligación de un particular frente a una entidad estatal que se encuentre amparada con una póliza de garantía, razón por la cual, tales argumentos se hacen extensivos a casos como el *sub examine*, concluyendo que no resulta obligatorio la comparecencia de la compañía aseguradora para poder proferir sentencia de mérito.

PROBLEMA JURÍDICO.

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

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía... (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todo los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero ”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, para la época de ocurrencia de los hechos, establecía:

“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...

...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:

3.1 Gravísimas...

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero... (Subrayado fuera de texto)

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

Como fue explicado precedentemente, el régimen aduanero bajo estudio culmina, entre otras situaciones, por la entrega de la mercancía con menos peso, tratándose de mercancía a granel, o cantidad de la descrita en la declaración de tránsito aduanero, es decir, con el incumplimiento del operador de transporte multimodal.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la conducta sancionable que se le endilga o, si por el

contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.159: Acta de Inconsistencias 682 de 08 de agosto de 2008, suscrita por el Depósito Habilitado Almaviva S.A., en la ciudad de Medellín, en la que se deja anotado que la mercancía arribó con una cantidad de seiscientos setenta y seis (676) bultos y un peso de 14.500 kg, presentando un faltante de siete (7) cajas y un menor peso de 150 kg respecto de la información consignada en los documentos de transporte.

-fl.160: Continuación de Viaje 0600408M010375 de 1° de agosto de 2008 con número de aceptación 0608014810 de 29 de julio de 2008, en la que consta que la mercancía sometida a dicha modalidad consta de seiscientos ochenta y tres (683) cajas, con un peso bruto verificado en la aduana de partida de 14.650 kg.

-fl.161 (Reverso): Planilla de Recepción 112008100010954 de 08 de agosto de 2008, en la que se reseña que la mercancía objeto de discusión arribó a la aduana de destino con un faltante de siete (7) cajas y un menor peso de 150 kg respecto de la información consignada en los documentos de transporte.

-fl.171 (Reverso): Comprobante de Movimiento de Mercancías 3146523 de 06 de agosto de 2008, expedido por el Depósito Almaviva S.A., en el que se registra que la mercancía en cuestión arribó en dicha fecha a ese depósito autorizado con seiscientos ochenta y tres (683) cajas y un peso de 14.500 kg.

-fl.172: Documento de Transporte Bill of Lading PBQ002717, en el que se registra que la mercancía objeto de controversia consta de seiscientos ochenta y tres (683) bultos y cuenta con un peso de 14.501 kg.

-fl.173: Documento Andino de Transporte Multimodal MDE-08-0110-05176, en el que se registra a la mercancía como un (1) solo bulto, con un peso registrado de 14.501 kg.

-fl.183 (Reverso): Oficio 701-100-2258 de 14 de mayo de 2010, suscrito por la Gerente de Almaviva S.A. Sucursal Medellín, mediante el cual, certifica que la cantidad de mercancía que ingresó a dicho depósito correspondiente a la Continuación de Viaje 0600408M010375 de 1° de agosto de 2008, transportada por Globalog S.A., fue de seiscientos setenta y seis (676) bultos.

-fl.185: Registro de Finalización de Cabotaje con número de autorización 0600408M010375M de 08 de agosto de 2008, en la que se anota que la mercancía objeto de controversia llegó a la aduana de destino con un faltante de siete (7) cajas y un menor peso de 150 kg respecto de la información consignada en los documentos de transporte.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia registrada en la Continuación de Viaje 0600408M010375 de 1° de agosto de 2008 con número de aceptación 0608014810 de 29 de julio de 2008, constaba de seiscientos ochenta y tres (683) cajas, con un peso bruto verificado en la aduana de partida de 14.650 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Documento de Transporte Bill of Lading PBQ 002717 y en el Documento Andino de Transporte Multimodal MDE-08-0110-05176, lo que permite inferir a esta Sala que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por seiscientos ochenta y tres (683) cajas.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Globalog S.A., pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue

entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, lo que evidencia la existencia de inconsistencias entre los datos consignados en la continuación de viaje y demás documentos de transporte y la mercancía recibida, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibidem*.

No es de recibo el argumento expuesto por la parte demandante referente a que se debe suponer la entrega cabal de toda la mercancía por parte suya, debido a que en un primer momento el Depósito Almaviva S.A., certificó mediante Comprobante de Movimiento de Mercancías 3146523, que había recibido seiscientos ochenta y tres (683) cajas. Lo anterior, por cuanto el referido documento presenta inconsistencias entre el peso allí registrado (14.500 kg) y el peso verificado en la aduana de partida (14.650 kg), plasmado en la Continuación de Viaje 0600408M010375 de 1° de agosto de 2008 con número de aceptación 0608014810 de 29 de julio de 2008, lo que permite inferir que la información consignada en el aludido documento carece de veracidad, máxime cuando con posterioridad, el mismo depósito certifica el faltante de siete (7) cajas que dio origen a la presente controversia.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por la parte recurrente, se debe precisar que el hecho de que los precintos con los cuales fue sellado el contenedor en el que se embolsó la mercancía para ser transportada, hayan llegado en buen estado, no indica que el operador de transporte multimodal se encuentre exonerado de la responsabilidad derivada del faltante de bultos que se registró y comprobó en la aduana de destino, puesto que lo primero constituye una obligación adicional a la de entregar la mercancía en las mismas condiciones a las recibidas, cuyo incumplimiento da origen a una sanción diferente a la analizada en el asunto de marras.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones²:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002³, 22 de abril de 2004⁴ y 2 de marzo de 2006⁵ y, al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala:

«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al arribar la mercancía a la ciudad de Medellín, que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9.330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 1027 del C de Co. establece que “Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe”, no lo es menos que el artículo 3 del Decreto 1909 de 1992 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía e, igualmente, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

De manera que no se puede exonerar de responsabilidad a las empresas de transporte respecto de la determinación del peso de la mercancía que transportan, pues, dentro del giro de la actividad que realizan, deben constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso de la mercancía, ya que se trata de mercancía sin nacionalizar; el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no exonera de responsabilidad aduanera porque

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 02 de diciembre de 2010, Exp 2003-00302-01, C P María Claudia Rojas Lasso

³ Expediente 7165 MP Dra Olga Inés Navarrete Barrero

⁴ Expediente 7791 MP Dr Camilo Arciniegas Andrade

⁵ Expediente 8471 MP Dr Gabriel E. Mendoza Martelo

no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la transporta sino por la omisión de verificar el peso de la mercancía que se compromete a entregar a la aduana de destino.

La Sala ya se había pronunciado sobre el tema aquí tratado de la siguiente manera.⁶

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto.

Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de

⁶ Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002, Magistrada Ponente, doctora Olga Inés Navarrete Barreto

recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida.

*Tanto es así, que la Declaración de Tránsito Aduanero ostenta el mismo valor del manifiesto de carga. Si bien es cierto que en el caso de éste último es la empresa transportadora quien expide el documento y, por ende, es responsable de la veracidad del contenido del mismo, aunque en el caso en estudio no fue la actora quien elaboró y presentó ante las autoridades aduaneras la Declaración, no por ello puede eximirse de responsabilidad frente a la contravención aduanera que se le imputa...»
(negrilla fuera de texto)*

Para la Sala, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en esta última.

La actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante habida cuenta de que realizó el tránsito aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, sin inventariar y con el peso que figuró en Cartagena.

Para la Sala no es válido el argumento expuesto por la actora, pues fue precisamente esta la omisión que acarreó la sanción. Como quedó visto, para que la actora en su calidad de transportadora pudiera exonerarse de responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba con que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la Aduana de Partida (Cartagena). Era indispensable poner en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento, la diferencia advertida y que en la DTA se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.” (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora de entregar la mercancía completa conforme la recibió en la aduana de partida, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la omisión en que incurrió el operador de transporte multimodal en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de seiscientos ochenta y tres (683) cajas y no de seiscientos setenta y seis (676), tal como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 15 de febrero de 2013 emitida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Globalog S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

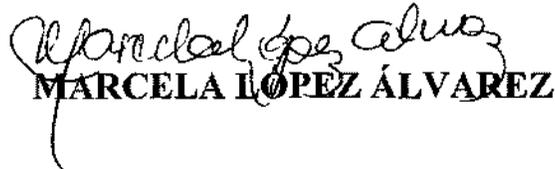
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

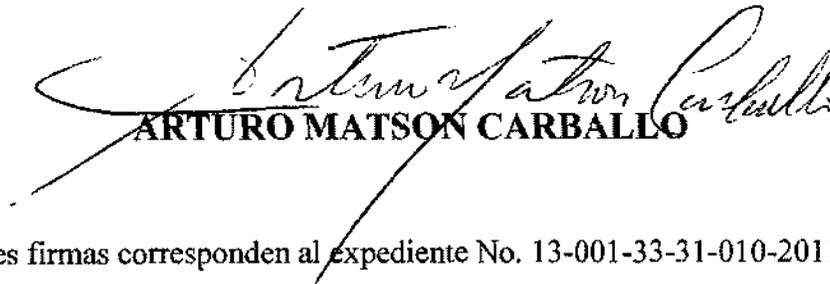
LOS MAGISTRADOS



JORGE ELÉAZAR YANDIÑO GALLO

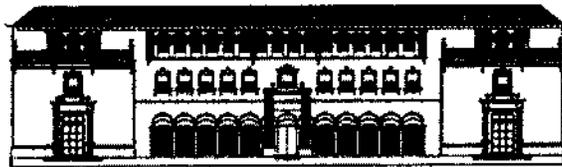


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-010-2011-00075-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1365
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: OSWALDO VILLALOBOS RAPALINO
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2006-00034-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-013-2006-00034-01
Demandante: OSWALDO VILLALOBOS RAPALINO
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

I. ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN.

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 28 de mayo de 2012 dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, a través de la cual negó las pretensiones de la demanda.

1.2. DEMANDA.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Oswaldo Villalobos Rapalino, mediante apoderado judicial, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad del acto ficto o presunto negativo que se derivó como consecuencia de la petición presentada el día 19 de enero de 1999.

Consecuencialmente, solicita que se condene al departamento a reconocer y pagar las cesantías retroactivas y, la sanción moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

Que subsidiariamente se declare al Municipio de Mompóx solidario en las sumas debidas junto con el Departamento de Bolívar.

Se condene al pago de los honorarios profesionales causados.

1.3. HECHOS.

La parte actora desarrolló sus argumentos fácticos, así:

Manifiesta que prestó los servicios al Departamento de Bolívar en el Centro de Salud León Faciolince como médico, desde el 20 de abril de 1993 hasta el 2 de noviembre de 1995, devengando para esa época un salario mensual de \$ 662.800.

Por medio del Acta No. 2 de noviembre 2 de 1999 suscrita por el Gobernador de Bolívar, el secretario de salud departamental y el alcalde de Mompóx, se oficializó la entrega del Centro de Salud MAC de Mompóx, del Puesto de Salud Faciolince, del Puesto de Salud la Boquilla y el Centro de Salud Santa Cruz de ese Municipio.

En virtud de ese convenio, sostiene que el Departamento de Bolívar asumió el pago de las prestaciones sociales causadas a la fecha.

Afirma que el 18 de enero de 1999 solicitó a la Coordinación de Finanzas y Contabilidad de la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar, el pago de las cesantías causadas desde el año 1993 en adelante.

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Las partes demandadas guardaron silencio.

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 28 de mayo de 2012, negó las pretensiones de la demanda. (fls. 146-156)

A su juicio no es dable el reconocimiento de las cesantías retroactivas reclamadas por el demandante, por cuanto la transferencia de la planta de personal que se hizo al Municipio de Mompóx lo fue sin solución de continuidad; en consecuencia no puede predicarse el rompimiento del vínculo laboral.

Señala que el régimen de retroactividad de las cesantías permite el pago de esta prestación solo al culminar la relación laboral por retiro definitivo, situación que no ha operado en el presente caso.

En síntesis la Juez de Instancia arriba a la conclusión que si bien al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de las prestaciones reclamadas, este no es el momento para pronunciarse sobre tales derechos, por cuanto debe mediar la desvinculación laboral del actor.

1.6. RECURSO DE APELACIÓN.

Mediante escrito del 25 de junio de 2012, el apoderado especial del demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, solicitando sea revocada (fls.158-160).

Esgrime que de conformidad con el principio de favorabilidad, no es dable analizar si no mediaba continuidad en la relación laboral, pues como bien lo establece la Ley 1071 de 2006, es procedente el pago parcial de cesantías.

1.7. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 5 de febrero de 2013(fl.167) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 11 de marzo de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que presentarán sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.169).

1.8 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

El apoderado de la parte demandada mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2013, alegó de conclusión (fls. 170-173), solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURIDICO.

¿Es beneficiario el demandante del régimen de retroactividad de las cesantías?

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas correspondientes al periodo comprendido entre el año 1993 a 1995?

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral del demandante con el Municipio de Mompóx?

Propuesto lo anterior procede la Sala a resolver cada uno de los interrogantes planteados de cara a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Así, en cuanto al primer problema jurídico planteado, se precisa:

1. Marco jurídico y jurisprudencial de las cesantías. Empleados del Sector Salud.

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 que en su artículo 17¹, estableció esta prestación social en razón de un mes de salario por cada año de servicios.

Dicha disposición, en el artículo 1º, previó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro”*.

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º², reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

¹ “Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.” (...)

² “Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.” (...)

Posteriormente, el Decreto 3118 de 1968³, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1° de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 *ibidem* se establecieron intereses del 9% anual sobre las sumas que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió al 12% por virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen dispuso a cargo del Fondo Nacional del Ahorro el pago de intereses para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria.

No obstante, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1° del Decreto 2767 de 1945, 1° de la Ley 65 de 1946 y 1°, 2°, 5° y 6° del Decreto 1160 de 1947, normativa que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses.

³por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional o territorial). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto, el Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5º de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

“Artículo 1º.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

“Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6º de la Ley 432 de 1998.”

Ahora bien, con relación al tema específico de las cesantías de los servidores públicos del sector salud, se hacen las siguientes precisiones:

La Ley 60 de 1993 que contiene normas orgánicas relativas a la distribución de competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, en los términos de los artículos 181, 288, 356 y 357 de la Constitución, buscó resolver los problemas originados en la financiación de ciertas obligaciones derivadas de la prestación de servicios, entre otros, el de la salud que se hallaba, en todo o en parte, a cargo de la Nación. Entre esas obligaciones se

encontraban las comprendidas dentro del pasivo prestacional de los servidores del sector de la salud que, por diferentes razones, se había venido acumulando en el transcurso del tiempo, sin que se hubiera diseñado una solución viable y efectiva para contrarrestar el problema.

Para atender el pasivo prestacional de los servidores del sector salud se instituyó el Fondo Prestacional del Sector Salud, tal como se evidencia de las razones que justificaron su creación:

"Con la creación de este Fondo se intenta resolver definitivamente el pago del pasivo prestacional del sector salud y garantizar el éxito de la descentralización en el mismo sector. Este es uno de los puntos más importantes del proyecto teniendo en cuenta que en la actualidad existe una franja considerable de los trabajadores de los servicios de salud que debido a la dispersión de regímenes jurídicos que ha operado en el sector, no se encuentran afiliados a Cajas de Previsión y por consiguiente su futuro pensional es incierto. Además, para los entes territoriales es igualmente importante contar con reglas de juego claras en lo que se refiere a estos pasivos laborales previas a la asunción de los servicios. Es un hecho que este elemento ha sido el mayor obstáculo al proceso descentralizador iniciado con la expedición de la Ley 10 de 1990" (Gaceta del Congreso No.137. Santafé de Bogotá, 18 de mayo de 1993, P.7)

El Fondo en cuestión se creó como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional a favor de los servidores pertenecientes a las entidades de salud del sector oficial, del subsector privado sostenido y administrado por el Estado, de las entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado, por concepto de cesantías, reservas para pensiones de jubilación, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1993 (artículo 33 de la Ley 60 de 1993).

Además de establecer el origen, naturaleza y objetivos del Fondo, el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, definió la metodología para calcular el valor de los pasivos prestacionales y autorizó a los gobiernos nacional, departamental,

distrital y municipal para emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública destinados a cubrir el pasivo prestacional.

Dispuso además, que el pago de los pasivos por el Fondo "*podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen*" y, advirtió, que "*en todos los casos se entenderá que en la fecha del pago del pasivo prestacional causado, se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda.*"

Posteriormente, el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 definió concretamente las responsabilidades del Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud en materia de cesantías y pensiones:

"El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.

A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicables. (...)

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndase por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993". Subrayas fuera texto)

Para concluir el tema, es preciso aclarar que las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones a las que están obligadas, en los términos del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, hasta el momento en que se firme el contrato en el

cual se establezca la concurrencia para el pago de la deuda (proporción o porcentaje en que han de concurrir financieramente los entes territoriales), en los precisos términos establecidos en los artículos 17 a 21 del Decreto 530 de 1994 (artículo 24 *ibidem*).

Del anterior recuento⁴ se establece que, por regla general, el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso. Ello, salvo que tratándose de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que hubieren optado por el régimen de liquidación y pago de las cesantías previsto en esta norma, renunciando al régimen de retroactividad que se les venía aplicando – evento este último en el que no se ubica la actora, puesto que no obra en autos escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad, supuesto que tampoco se alega por las partes.

Al compás del recuento normativo expuesto y de conformidad con el caudal probatorio obrante en el proceso, se tiene que el demandante se vinculó en el cargo de médico en el Centro de Salud León Faciolince con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; lo que indica que es beneficiario del régimen retroactivo de cesantías.

⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00942-01(904-06). Actor: JOSE GABRIEL AMARILLO ESPAÑA. Demandado: HOSPITAL SAN RAFAEL NIVEL II DE SAN JUAN DEL CESAR – GUAJIRA.

La anterior conclusión tiene como sustento el acta de posesión de fecha 07 de mayo de 1993. (fls. 53-65)

También obra a folio 64 copia del Decreto 398 de 1993, por medio del cual se nombró al accionante en el cargo de médico del Centro de Salud León Faciolince.

Resuelto el primer problema jurídico, procede la Sala al estudio del segundo planteamiento formulado así:

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas correspondientes al período comprendido entre el año de 1993 y el año de 1995?

Al respecto se observa que a folios 10-11, consta copia del acta de entrega de personal del Centro de Salud de MAC Urbano de Mompóx; Puesto de Salud Faciolince; Puesto de Salud las Boquillas y Centro de Salud Santa Cruz al Municipio de Mompóx; en la cual se contempló:

“ Con respecto al pasivo prestacional relacionado en las cesantías, se reafirma lo establecido en la clausula segunda numeral 7 Convenio celebrado entre el Departamento de Bolívar-Secretaría Seccional de Salud y el Municipio de Mompóx, el día 30 de junio de 1999 que en su texto dice “ Gestionar ante el Fondo del Pasivo Prestacional la transferencia a los fondos de cesantías y pensiones, la deuda prestacional causado por estos conceptos hasta el 30 de noviembre de 1993, en los términos que lo determine la concurrencia a cargo de la Nación y el Departamento, del personal que se transfiere al Municipio de Mompóx”.

En el párrafo primero de la referida acta, se dispuso que el Departamento de Bolívar y la Secretaría Seccional de Salud de Bolívar, diligenciaran el saneamiento en todos los aspectos de orden salarial y prestacional, hasta la

fecha en que sean transferidos e incorporados a la planta de cargos del Municipio de Mompóx⁵.

A folios 9 media la lista de empleados que fueron incorporados a la planta de cargos del Municipio de Mompóx, dentro de la cual se encuentra el demandante.

A folio 17 consta certificación expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, en la cual se indica que la entidad empleadora no ha efectuado los reportes de cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y, 1995.

En armonía con lo anterior, estima la Sala que el Departamento de Bolívar es quien tiene el compromiso de reconocer y pagar, las cesantías retroactivas del demandante, causadas hasta el año 1995. En consecuencia y como quiera que el ente territorial demandado no demostró que al momento de la transferencia, estuviese al día en materia prestacional por concepto de pago de cesantías retroactivas, no queda duda que la reclamación de dicha prestación era procedente dirigirla contra el Departamento de Bolívar, como en efecto lo hizo la demandante mediante escrito de fecha 18 de enero de 1999, siendo recibido por la demandada el día 25 de enero de la misma anualidad⁶; petición que dio lugar a la configuración del silencio administrativo negativo.

Además, el Departamento de Bolívar tampoco demostró que el actor hubiese sido beneficiario del Fondo del pasivo prestacional en salud en los términos del Decreto 530 de 1994 reglamentario de los artículos 33 de la Ley 60 de 1993 y 242 de la Ley 100 de 1993 y que en esa calidad le hubiese sido ya reconocida y pagada la obligación reclamada por concepto de cesantías retroactivas netas acumuladas, ante lo cual por existir discrepancias en ese

⁵ Ibidem.

⁶ Folios 12 y 13.

aspecto, el inciso final del párrafo del artículo 8 del Decreto 530 de 1994, establece que se podía reclamar directamente a la institución que generó la obligación, en este caso al Departamento de Bolívar.

En definitiva, la Sala como respuesta al segundo problema jurídico planteado, encuentra plenamente acreditada la legitimación en la causa por pasiva, por cuanto considera que el Departamento de Bolívar ostenta la obligación de reconocer y pagar las cesantías retroactivas del demandante, generadas hasta el año de 1995.

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de Mompóx?

La juez de instancia desestimo las pretensiones de la demanda, considerando que si bien el demandante es beneficiario del régimen retroactivo de las cesantías, su reconocimiento y pago únicamente procederá cuando media la terminación del vínculo laboral del demandante.

Sobre este aspecto resulta pertinente destacar que en sentencia de Sala Plena de Descongestión de fecha 16 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Bolívar unificó criterio y en tal sentido estimó que en casos como el que se estudia, debe entenderse que el accionante no procura el pago de las cesantías definitivas, sino que el Departamento de Bolívar emita el acto de reconocimiento de lo adeudado a título de cesantías correspondiente a los años de 1993, 1994, 1995 y, a su vez lo traslade al fondo administrador de cesantías al cual se encuentra afiliado.

La anterior tesis tuvo como sustento jurisprudencial el pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado sobre esta misma situación, en la que estimó lo siguiente:

“De esta manera, no se puede afirmar que existió rompimiento del vínculo laboral que la actora traía con el departamento, sino que como empleada del sector salud, fue denominada “de transferencia” como consecuencia del proceso de descentralización. No existiendo entonces rompimiento del vínculo laboral la actora continuaba disfrutando de los beneficios prestacionales que traía, por tener la connotación de derechos adquiridos, entre ellos, el de la retroactividad de la cesantía cuyo valor debía asumir el Departamento de Santander hasta el 31 de diciembre de 1993, al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993. (...)

Consecuente con lo anterior, no es posible entender que la transferencia de los empleados del sector salud a los hospitales del departamento, originó el rompimiento del vínculo laboral que se traía y que por ello el beneficiario de la cesantía debía reclamar su pago definitivo ante el Fondo de cesantías de Santander, so pena de la aplicación del fenómeno prescriptivo trienal.

Por las anteriores consideraciones la sala concluye que la peticionaria no pretendía el reconocimiento de la cesantía definitiva, sino que ha de entenderse que lo pretendido era que la administración emitiera el acto de reconocimiento de lo adeudado a título de cesantía y lo trasladara al fondo privado al cual se encontraba afiliada, máxime cuando según lo informa el folio 74, el departamento asumió el pasivo prestacional de cesantías que estaba a cargo del Instituto de Previsión social a 31 de diciembre de 1995, en concurrencia con el ministerio de hacienda.

Así las cosas, la prescripción que el Tribunal aplicó al derecho prestacional reclamado por la actora en este proceso, no resulta válido, en la medida en que hasta tanto exista retiro definitivo del servicio, no empieza a contabilizarse el término legal para que el extrabajador reclame sus prestaciones.

Esta novedad, la del retiro definitivo del servicio, no aparece certificada en ninguno de los documentos que conforman el expediente, por el contrario, en varias de las certificaciones se aduce la calidad de activa de la trabajadora. Le asiste razón al impugnante y por tanto la sentencia será revocada, en razón a que el Departamento de Santander estaba en la obligación de reconocer al demandante de manera retroactiva la cesantía, la cual debía consignarse más no entregarse a la beneficiaria, quien según lo informa el Gerente de la empresa social del estado Hospital Integrado San Antonio de Puente Nacional, para el 2 de abril de 2004 y desde el 22 de agosto de 1994, continuaba laborando en dicha

entidad (Fol. 47), es decir que se trata sin duda de una empleada activa".⁷

En síntesis, el hecho de que el demandante actualmente se encuentre vinculado con el municipio, pues no media prueba que acredite lo contrario, no hace nugatorio el reclamo de las cesantías retroactivas, pues a luz sentencia proferida por esta Corporación, en el sub judice media una situación sui generis, es decir, no se pretende el pago de las cesantías definitivas, sino el cumplimiento de lo suscrito por el Departamento de Bolívar en el acta de transferencia, en la cual se comprometió a liquidar y reconocer las cesantías retroactivas del actor generadas desde el 7 de mayo de 1993 hasta el 2 de noviembre de 1995.

De acuerdo con esta última conclusión y siendo consecuente con el criterio de unificación desarrollado por esta Corporación, en el sub lite resulta improcedente aplicar la prescripción de los derechos laborales, en tanto se estima que la transferencia de los empleados al Municipio de Mompóx, no dio por terminado el vínculo laboral; lo que indica que hasta tanto no medie el retiro definitivo del servicio es improcedente contabilizar el término de prescripción trienal para el reclamó de las cesantías parciales.

Por último, con relación al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se negará dicha pretensión, en razón de que el reconocimiento de esta indemnización solo procede cuando la administración retarda el pago de la cesantía definitiva, originada en la terminación por cualquier causa de la relación laboral, ya sea por despido, por retiro voluntario, por vencimiento del término del contrato, por declaratoria de insubsistencia, entre otros.

⁷Consejo de estado, sala de lo Contencioso administrativo, sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009) Radicación No. 68001-23-15-000-2003-00241-01(1945-07)

En este orden de ideas, y como la prestación que la actora reclama no se origina en ninguno de los eventos reseñado, no se puede entender como definitiva la prestación que reclama y por ende es improcedente acceder al reconocimiento de la indemnización por mora.

Conforme a todas las razones expuestas a través de las cuales se dio respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala considera procedente revocar el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la nulidad del acto ficto negativo demandado, pero a título de restablecimiento del derecho, lo que se ordenará es que el Departamento de Bolívar liquide y reconozca al señor Oswaldo Enrique Villalobos Rapalino, debidamente indexadas las cesantías retroactivas causadas desde el 7 de mayo de 1993 hasta el 2 de noviembre de 1995 y, que ese valor liquidado y reconocido, le sea consignado en el Fondo de cesantías elegido por dicho trabajador.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

REVOCAR la sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda. En consecuencia se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo ficto negativo por medio del cual el Departamento de Bolívar, negó al señor al señor Oswaldo Enrique Villalobos Rapalino, la solicitud de reconocimiento,

liquidación y pago de cesantías retroactivas, correspondientes a los años de 1993, 1994 y 1995.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Gobernación de Bolívar – Secretaría de salud Departamental, liquidar y reconocer al demandante, debidamente indexadas las cesantías retroactivas causadas desde el 7 de mayo de 1993 hasta el 2 de noviembre de 1995 y, que ese valor liquidado y reconocido, le sea consignado en el Fondo de cesantías elegido por dicho trabajador.

TERCERO: Negar las demás pretensiones.

CUARTO: Abstenerse de condenar en costas.

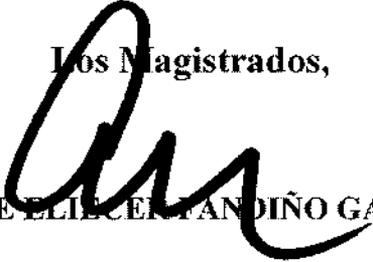
QUINTO: Notificar personalmente esta decisión al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho.

Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

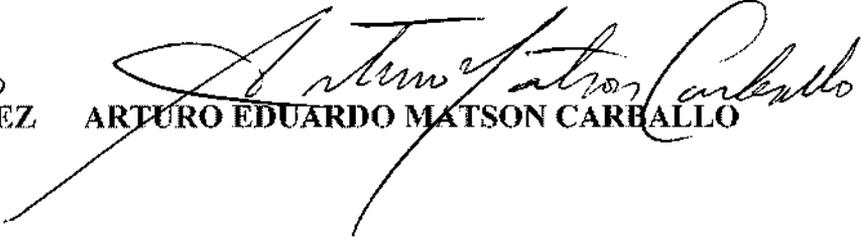
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

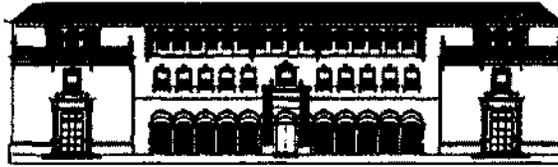
Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


JORGE ELIECER TANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1366
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: VICTORIA PACHECO PEÑA
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2011-00021-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, CUATRO (04) DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, SEIS (06) DE DICIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



264

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-002-2011-00021-01
Demandante: VICTORIA PACHECO PEÑA
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

I. ANTECEDENTES

1.1. LA ACCIÓN.

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual negó las pretensiones de la demanda.

1.2. DEMANDA.

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Victoria Pacheco Peña, mediante apoderado judicial, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad del acto ficto presunto negativo por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.

Consecuencialmente, solicita que se condene al departamento a reconocer y pagar la retroactividad de sus cesantías, su indexación y la correspondiente sanción por el pago tardío de las mismas.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

1.3. HECHOS.

La parte actora desarrolló sus argumentos fácticos, así:

Afirma que prestó sus servicios al Departamento de Bolívar-Servicio de Salud de Bolívar-Unidad Regional de Salud # 5 Hospital San Judas Tadeo de Simití-Centro de Salud de Arenal Sur de Bolívar, desempeñándose en el cargo de promotora de salud, desde el 4 de junio de 1991 hasta el 30 de marzo de 2000.

A partir del 01 de abril del año 2000, en virtud del proceso de descentralización ordenado por la Ley 10 de 1990, la planta de personal del Departamento de Bolívar-Servicio Seccional de Salud, fue transferida al Municipio de Arenal –ESE Hospital Manuela Pabuena Lobo.

Que mediante petición del 17 de diciembre de 2009, solicitó el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías retroactivas, por haber ingresado como empleada del departamento en el sector salud, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; sin obtener respuesta alguna.

Por último señala que el 12 de abril de 2011, presentó solicitud de conciliación extrajudicial.

265

1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Departamento de Bolívar, se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la presunción de legalidad que reviste al acto administrativo demandado no ha sido desvirtuada.

Igualmente estableció que los empleados del sector salud del departamento, le son aplicable lo previsto en el Decreto 3118 de 1968 y la Ley 432 de 1998, por tanto su régimen no es el retroactivo. (fls. 110-112)

1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 26 de febrero de 2013, negó el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas.

Al respecto el A-quo adujo al departamento no le asistía la obligación de reconocer las cesantías retroactivas a la accionante, toda vez que al momento en que se presentó la petición éste no era su empleador; por tanto esgrime que la solicitud debió presentarse ante el Municipio de Arenal.

Adicionalmente sostuvo que el reconocimiento de las cesantías definitivas surge en la medida que exista rompimiento o ruptura del vínculo laboral, presupuesto que no se cumple en el sub iudice. (fls. 217-226)

1.6. RECURSO DE APELACIÓN.

Mediante escrito del 3 de abril de 2013, el apoderado especial de la demandante interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y solicitó que sea revocada (fls.229-233).

Estima que el juez de instancia no tuvo en cuenta que en el proceso de descentralización administrativa realizado en el sector salud del departamento, se produjo el fenómeno jurídico de la sustitución patronal; por tal motivo los empleadores resultan solidariamente responsables en el pago de las obligaciones laborales que a la fecha de la sustitución sean exigibles al patrono sustituido.

A su juicio y de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Sustantivo del Trabajo, el nuevo empleador, es decir el Municipio de Arenal, solo sería responsable de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

Adicionalmente expresa que en el proceso se encuentra acreditado que el ente territorial demandado adquirió el compromiso de transferir la planta de trabajadores y empleados al municipio, sin deudas de carácter prestacional ni salarial.

1.7. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto del 12 de junio de 2013(fl.238) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 8 de julio de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que presentarán sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.240).

1.8 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA.

La parte demandada mediante escrito de fecha 25 de julio de 2013, alegó de conclusión (fls. 260-261), reiterando los fundamentos jurídicos expuestos en la defensa.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

2.1. PROBLEMA JURIDICO.

¿Es beneficiaria la demandante del régimen de retroactividad de las cesantías?

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas en el período comprendido entre el 4 de junio de 1991 hasta el 29 de marzo de 2000?

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de Arenal?

¿Es procedente afirmar que respecto de las cesantías retroactivas reclamadas por la demandante ha operado el fenómeno de la prescripción?

Propuesto lo anterior procede la Sala a resolver cada uno de los interrogantes planteados de cara a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Así, en cuanto al primer problema jurídico planteado, se precisa:

1. Marco jurídico y jurisprudencial de las cesantías. Empleados del Sector Salud.

El auxilio de cesantía se rige por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 que en su artículo 17¹, estableció esta prestación social en razón de un mes de salario por cada año de servicios.

Dicha disposición, en el artículo 1º, previó que: *“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del poder público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa de retiro”*.

El Decreto 1160 de 1947, artículo 1º², reiteró en los mismos términos la prestación para los empleados y obreros al servicio de la Nación.

Posteriormente, el Decreto 3118 de 1968³, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27, dispuso que cada año calendario, contado a partir del 1º de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados. La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

En el artículo 33 *ibidem* se establecieron intereses del 9% anual sobre las sumas que al 31 de diciembre de cada año figuraran a favor de cada empleado

¹ “Artículo 17º.- Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.” (...)

² “Artículo 1º.- Los empleados y obreros al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tienen derecho a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos, y proporcionalmente por las fracciones de año, cualquiera que sea la causa de su retiro y a partir del 1 de enero de 1942.” (...)

³ por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro, se establecen normas sobre auxilio de cesantías de empleados públicos y de trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, reorganizado por la Ley 432 de 1998

267

público, porcentaje que ascendió al 12% por virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, especialmente en la Rama Ejecutiva Nacional, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual. Este nuevo régimen dispuso a cargo del Fondo Nacional del Ahorro el pago de intereses para proteger el auxilio de la cesantía contra la depreciación monetaria.

No obstante, en el orden territorial el auxilio monetario en estudio se siguió gobernando, entre otras disposiciones, por el literal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1° del Decreto 2767 de 1945, 1° de la Ley 65 de 1946 y 1°, 2°, 5° y 6° del Decreto 1160 de 1947, normativa que para el sistema retroactivo de liquidación, reconocimiento y pago de las cesantías aún se aplica, sin que haya lugar al pago de intereses.

Con la expedición de la Ley 344 de 1996 se estableció un nuevo régimen de liquidación anual de las cesantías, aplicable a partir de 1997, con corte a 31 de diciembre de cada año, para los servidores públicos vinculados o que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, cualquiera que sea su nivel (nacional o territorial). Para reglamentar este nuevo régimen en el ámbito territorial se expidió el Decreto 1582 de 1998, para los servidores públicos vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, a quienes se les aplican los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990.

Al respecto, el Decreto 1582 de 1998, dictado en el marco de la Ley 4ª de 1992 para reglamentar los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5° de la Ley 432 de 1998, dispuso lo siguiente:

"Artículo 1°.- El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5° y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

"Parágrafo. Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6° de la Ley 432 de 1998."

Ahora bien, con relación al tema específico de las cesantías de los servidores públicos del sector salud, se hacen las siguientes precisiones:

La Ley 60 de 1993 que contiene normas orgánicas relativas a la distribución de competencias y recursos entre la Nación y las entidades territoriales, en los términos de los artículos 181, 288, 356 y 357 de la Constitución, buscó resolver los problemas originados en la financiación de ciertas obligaciones derivadas de la prestación de servicios, entre otros, el de la salud que se hallaba, en todo o en parte, a cargo de la Nación. Entre esas obligaciones se encontraban las comprendidas dentro del pasivo prestacional de los servidores del sector de la salud que, por diferentes razones, se había venido acumulando en el transcurso del tiempo, sin que se hubiera diseñado una solución viable y efectiva para contrarrestar el problema.

Para atender el pasivo prestacional de los servidores del sector salud se instituyó el Fondo Prestacional del Sector Salud, tal como se evidencia de las razones que justificaron su creación:

"Con la creación de este Fondo se intenta resolver definitivamente el pago del pasivo prestacional del sector salud y garantizar el éxito de la descentralización en el mismo sector. Este es uno de los puntos más importantes del proyecto teniendo en cuenta que en la actualidad existe una franja considerable de los trabajadores de los servicios de salud que debido a la dispersión de regímenes jurídicos que ha operado en el sector, no se encuentran afiliados a Cajas de Previsión y por

consiguiente su futuro pensional es incierto. Además, para los entes territoriales es igualmente importante contar con reglas de juego claras en lo que se refiere a estos pasivos laborales previas a la asunción de los servicios. Es un hecho que este elemento ha sido el mayor obstáculo al proceso descentralizador iniciado con la expedición de la Ley 10 de 1990" (Gaceta del Congreso No.137, Santafé de Bogotá, 18 de mayo de 1993, P.7)

El Fondo en cuestión se creó como una cuenta especial de la Nación para garantizar el pago del pasivo prestacional a favor de los servidores pertenecientes a las entidades de salud del sector oficial, del subsector privado sostenido y administrado por el Estado, de las entidades de naturaleza jurídica indefinida pero igualmente sostenidas por el Estado, por concepto de cesantías, reservas para pensiones de jubilación, causadas hasta la vigencia presupuestal de 1993 (artículo 33 de la Ley 60 de 1993).

Además de establecer el origen, naturaleza y objetivos del Fondo, el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, definió la metodología para calcular el valor de los pasivos prestacionales y autorizó a los gobiernos nacional, departamental, distrital y municipal para emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública destinados a cubrir el pasivo prestacional.

Dispuso además, que el pago de los pasivos por el Fondo "*podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen*" y, advirtió, que "*en todos los casos se entenderá que en la fecha del pago del pasivo prestacional causado, se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda.*"

Posteriormente, el artículo 242 de la Ley 100 de 1993 definió concretamente las responsabilidades del Fondo del Pasivo Prestacional para el Sector Salud en materia de cesantías y pensiones:

"El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en ésta, será asumido por el fondo del pasivo prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma ley.

A partir de la vigencia de la presente ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicables. (...)

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndase por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993". Subrayas fuera texto)

Para concluir el tema, es preciso aclarar que las instituciones de salud continuarán con la responsabilidad de presupuestar y pagar directamente las cesantías y pensiones a las que están obligadas, en los términos del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, hasta el momento en que se firme el contrato en el cual se establezca la concurrencia para el pago de la deuda (proporción o porcentaje en que han de concurrir financieramente los entes territoriales), en los precisos términos establecidos en los artículos 17 a 21 del Decreto 530 de 1994 (artículo 24 *ibidem*).

Del anterior recuento⁴ se establece que, por regla general, el auxilio de cesantía de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector salud del nivel territorial, vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley

⁴CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION "A". Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008). Radicación número: 44001-23-31-000-2003-00942-01(904-06).

100 de 1993, se liquida con el régimen de retroactividad, es decir, con base en el último salario devengado al momento de la desvinculación de la entidad o de la liquidación parcial de cesantías, según sea el caso. Ello, salvo que tratándose de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, que hubieren optado por el régimen de liquidación y pago de las cesantías previsto en esta norma, renunciando al régimen de retroactividad que se les venía aplicando, evento este último en el que no se ubica la actora, puesto que no obra en autos escrito suyo en el que expresamente renuncie a la retroactividad, supuesto que tampoco se alega por las partes.

Al compás del recuento normativo expuesto y de conformidad con el caudal probatorio obrante en el proceso, se tiene que la demandante se vinculó el 4 de junio de 1991, en la Unidad Regional de Salud No. 5 –Centro de Salud de Arenal, desempeñando el cargo de Promotora Rural de Salud⁵.

De conformidad con las probanzas resaltadas, colige esta Sala que el régimen de cesantías de la demandante es el retroactivo, como quiera que se vinculó al sector salud en el año de 1991, es decir, con anterioridad a la vigencia del artículo 242 de la Ley 100.

Lo anterior significa que tal prestación se debe liquidar con el último salario devengado, conforme las disposiciones que regulan la materia.

Resuelto el primer problema jurídico, procede la Sala al estudio del segundo planteamiento formulado así:

⁵ Ver Folios 51 y 198.

¿El Departamento de Bolívar – Secretaría Departamental de Salud, es el obligado al pago de las cesantías retroactivas correspondientes al periodo del 4 de junio de 1991 al 29 de marzo de 2000?

La parte demandante en su escrito de apelación manifiesta que no comparte la decisión adoptada por el A-quo, por cuanto no se tuvo en cuenta que en el proceso de descentralización administrativa realizado en el sector salud del Departamento de Bolívar, se produjo el fenómeno jurídico de la sustitución patronal, y por tal motivo los patronos (Empleadores), son responsables solidarios de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles al patrón sustituido.

Al respecto se observa que a folios 59-61, consta copia del Convenio interadministrativo celebrado entre el Departamento de Bolívar y el Municipio de Arenal, para la asunción de la dirección y prestación de servicios de salud del primer nivel de atención; siendo consagrado en dicho documento lo siguiente:

“Clausula Segunda-Obligaciones del Departamento de Bolívar – Secretaría Seccional de Salud: (...) 5-Transferir al municipio la planta de cargos aprobada para el centro de salud ARENAL SUR y que se encuentran en la planta de cargos de la Secretaría Seccional de Salud en un término máximo de tres (3) meses a partir de la firma del presente convenio; 6- Gestionar ante el Fondo Nacional del Pasivo Prestacional el saneamiento del pasivo prestacional de los funcionarios que sean transferidos al Municipio. En consecuencia los funcionarios transferidos pasaran sin deudas salariales ni prestaciones a cargo del Municipio (...).”

Consta a folios 62- 63 copia del acta de entrega del recurso humano del Centro de Salud al Municipio de Arenal; en la cual también se contempló que el departamento debía diligenciar el saneamiento de todos los aspectos de orden salarial y prestacional que a la fecha de la transferencia existieren.

270

A folios 65 media la lista de empleados que fueron incorporados a la planta de cargos del municipio, dentro de la cual se encuentra la demandante.

En armonía con lo anterior, estima la Sala que el Departamento de Bolívar es quien tiene el compromiso de reconocer y pagar, las cesantías retroactivas, por lo menos hasta el 29 de marzo de 2000, fecha en que la demandante fue transferida a la planta de personal del Municipio de Arenal⁶, en las mismas condiciones salariales y prestacionales en que venía, pues solo a partir de ese momento la responsabilidad en materia salarial y prestacional quedaba a cargo de dicha entidad territorial.

En consecuencia y como quiera que el departamento no demostró que al momento de la transferencia, estuviese al día en materia prestacional por concepto de pago de cesantías retroactivas, no queda duda que la reclamación de dicha prestación era procedente dirigirla contra el Departamento de Bolívar, como en efecto lo hizo la demandante mediante escrito radicado el día 17 de diciembre de 2009⁷, petición que se entiende resuelta en forma negativa, en virtud de la configuración del silencio administrativo.

Además, porque el Departamento de Bolívar tampoco demostró que la actora hubiese sido beneficiaria del Fondo del pasivo prestacional en salud en los términos del Decreto 530 de 1994 reglamentario de los artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y 242 de la Ley 100 de 1993 y que en esa calidad le hubiese sido ya reconocida y pagada la obligación reclamada por concepto de cesantías retroactivas netas acumuladas, ante lo cual por existir discrepancias en ese aspecto, el inciso final del párrafo del artículo 8 del Decreto 530 de 1994, establece que se podía reclamar directamente a la institución que generó la obligación, en este caso al Departamento de Bolívar.

⁶ Ver folio 64.

⁷ Ver folios 52-57.

En definitiva, la Sala como respuesta al segundo problema jurídico planteado, encuentra plenamente acreditada la legitimación en la causa por pasiva, por cuanto considera que el Departamento de Bolívar ostenta la obligación de reconocer y pagar las cesantías retroactivas de la actora generadas hasta el 29 de marzo de 2000 fecha en que se efectuó la transferencia del personal al referido ente territorial.

En consecuencia, se procede a resolver el tercer interrogante planteado.

¿Surge el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, a pesar de no haberse disuelto o terminado el vínculo laboral de la actora con el Municipio de Arenal?

Sobre este punto resulta imperioso destacar que en sentencia de Sala Plena de Descongestión de fecha 16 de octubre de 2013, el Tribunal Administrativo de Bolívar unificó criterio, en el sentido que debe entenderse que la accionante en el sub judice no procura el pago definitivo de sus cesantías, sino que el Departamento de Bolívar emitiera el acto de reconocimiento de lo adeudado hasta la fecha de transferencia y a su vez lo trasladara al fondo administrador de cesantías al cual se encuentra afiliada la trabajadora.

La anterior tesis tuvo como sustento jurisprudencial el pronunciamiento emitido por el Consejo de Estado sobre esta misma situación, en la que estimó lo siguiente:

“De esta manera, no se puede afirmar que existió rompimiento del vínculo laboral que la actora traía con el departamento, sino que como empleada del sector salud, fue denominada “de transferencia” como consecuencia del proceso de descentralización. No existiendo entonces rompimiento del vínculo laboral la actora continuaba disfrutando de los beneficios prestacionales que traía, por tener la connotación de derechos adquiridos, entre ellos, el de la retroactividad de la cesantía cuyo valor

271

debía asumir el Departamento de Santander hasta el 31 de diciembre de 1993, al tenor de lo dispuesto en la Ley 60 de 1993. (...)

Consecuente con lo anterior, no es posible entender que la transferencia de los empleados del sector salud a los hospitales del departamento, originó el rompimiento del vínculo laboral que se traía y que por ello el beneficiario de la cesantía debía reclamar su pago definitivo ante el Fondo de cesantías de Santander, so pena de la aplicación del fenómeno prescriptivo trienal

Por las anteriores consideraciones la sala concluye que la peticionaria no pretendía el reconocimiento de la cesantía definitiva, sino que ha de entenderse que lo pretendido era que la administración emitiera el acto de reconocimiento de lo adeudado a título de cesantía y lo trasladara al fondo privado al cual se encontraba afiliada, máxime cuando según lo informa el folio 74, el departamento asumió el pasivo prestacional de cesantías que estaba a cargo del Instituto de Previsión social a 31 de diciembre de 1995, en concurrencia con el ministerio de hacienda.

Así las cosas, la prescripción que el Tribunal aplicó al derecho prestacional reclamado por la actora en este proceso, no resulta válido, en la medida en que hasta tanto exista retiro definitivo del servicio, no empieza a contabilizarse el término legal para que el extrabajador reclame sus prestaciones.

Esta novedad, la del retiro definitivo del servicio, no aparece certificada en ninguno de los documentos que conforman el expediente, por el contrario, en varias de las certificaciones se aduce la calidad de activa de la trabajadora. Le asiste razón al impugnante y por tanto la sentencia será revocada, en razón a que el Departamento de Santander estaba en la obligación de reconocer al demandante de manera retroactiva la cesantía, la cual debía consignarse más no entregarse a la beneficiaria, quien según lo informa el Gerente de la empresa social del estado Hospital Integrado San Antonio de Puente Nacional, para el 2 de abril de 2004 y desde el 22 de agosto de 1994, continuaba laborando en dicha entidad (Fol. 47), es decir que se trata sin duda de una empleada activa".⁸

En síntesis, el hecho de que la demandante actualmente se encuentre vinculada con el Municipio de Arenal (fl. 198), no torna improcedente el reclamo de las cesantías retroactivas, pues a luz sentencia proferida por esta Corporación, en el sub iudice media una situación sui generis, por cuanto lo que se pretende es el cumplimiento de lo suscrito por el departamento en el acta de transferencia.

⁸Consejo de estado, sala de lo Contencioso administrativo, sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente. GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009) Radicación No. 68001-23-15-000-2003-00241-01(1945-07)

Ahora, si bien el anterior criterio permite afirmar que a la accionante le asiste el derecho a que el ente territorial demandado liquide y reconozca, debidamente indexadas las cesantías retroactivas, y que además le sean consignadas en el fondo de cesantías al cual se encuentre afiliada, considera la Sala que de tal interpretación resulta pertinente plantearse el siguiente problema jurídico.

¿Es procedente afirmar que respecto a las cesantías retroactivas reclamadas por la demandante ha operado el fenómeno de la prescripción?

Siendo consecuente con el criterio de unificación desarrollado por esta Corporación, en el sub lite resulta improcedente aplicar la prescripción de los derechos laborales, en tanto se estima que la transferencia de los empleados al municipio, no dio por terminado el vínculo laboral; lo que indica que hasta tanto no medie el retiro definitivo del servicio no es posible contabilizar el término de prescripción trienal para el reclamo de las cesantías parciales.

Por último, en cuanto al reconocimiento y pago de la sanción moratoria, se negará dicha pretensión, en razón de que el reconocimiento de esta indemnización solo procede cuando la administración retarda el pago de la cesantía definitiva, originada en la terminación por cualquier causa de la relación laboral, ya sea por despido, por retiro voluntario, por vencimiento del término del contrato, por declaratoria de insubsistencia, entre otros motivos.

En este orden de ideas, y como la prestación que la actora reclama no se origina en ninguno de los eventos reseñados, no se puede entender como definitiva la prestación que reclama y por ende es improcedente acceder al reconocimiento de la indemnización por mora.

Conforme a todas las razones expuestas a través de las cuales se dio respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala considera procedente revocar el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la nulidad del acto ficto o presunto negativo, pero a título de restablecimiento del derecho, lo que se ordenará es que el Departamento de Bolívar liquide y reconozca a la señora Victoria Pacheco Peña, debidamente indexadas las cesantías retroactivas a que tiene derecho, por haber laborado al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 5 Centro de Salud de Arenal Bolívar, desde el 4 de junio de 1991 hasta el 29 de marzo de 2000 fecha en la cual fue transferida al Municipio de Arenal Sur de Bolívar. Y que dicho valor liquidado y reconocido, le sea consignado en el fondo de cesantías al cual pertenezca.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA:

REVOCAR la sentencia del veintiséis (26) de febrero de dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda. En consecuencia se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto que negó a la señora la señora Victoria Pacheco Peña, la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de cesantías retroactivas, por el tiempo que estuvo vinculada al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 5 Centro de Salud de Arenal, esto es, desde el 4 de junio de 1991 hasta el 29 de marzo de 2000, fecha en la cual fue transferida al Municipio de Arenal.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Gobernación de Bolívar – Secretaría de salud Departamental, liquidar y reconocer a la demandante, debidamente indexadas las cesantías retroactivas a que tiene derecho por haber laborado al servicio del Departamento de Bolívar - Servicio Seccional de Salud de Bolívar -Unidad regional de salud No. 5 Centro de Salud de Arenal, esto es, desde el 4 de junio de 1991 hasta el 29 de marzo de 2000, fecha en la cual fue transferida al Municipio de Arenal. Y que ese valor reconocido le sea consignado en el fondo administrador de cesantías en que se halle afiliada.

TERCERO: Negar las demás pretensiones.

CUARTO: Abstenerse de condenar en costas.

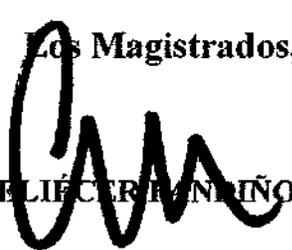
QUINTO: Notificar personalmente esta decisión al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho.

Ejecutoriada la presente providencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

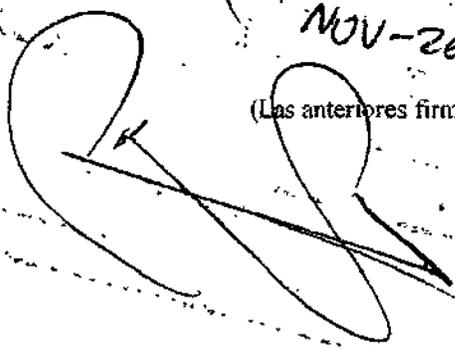
Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


JORGE ELIÉCER PATIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

NOV-26-2013

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado No. 13-001-33-31-002-2011-00021-01)