



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1284
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: REINALDO RAFAEL MANJARREZ MUÑOZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2007-00610-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

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

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 277 /2013
1ª instancia

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-000-2007-00610-00
Demandante : REINALDO RAFAEL MANJARRES MUÑOZ Y OTROS
Demandado : NACIÓN- 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 el señor REINALDO RAFAEL MANJARRES MUÑOZ Y OTROS quien a través de apoderado judicial interpuso acción de reparación directa contra la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

Los demandantes, REINALDO RAFAEL MANJARRES MUÑOZ quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija ANGELI ALUNA MANJARRES PEREZ; MARIA CRISTINA PEREZ ROMERO (compañera permanente), JUAN BAUTISTA MANJARRES JULIO (padre), DELIA MUÑOZ DE MANJARRES (madre), LUIS ALFONSO, JUAN BAUTISTA, EMIRO JOSE, BEATRIZ MARIA, LILIA ESTHER, MARY LUZ, ALICIA DEL CARMEN, ROSAURA, MARTHA CECILIA

MANJARRES MUÑOZ (hermanos), LUIS ERNESTO CACERES MANJARRES, JOSE ALFREDO MANJARRES BERNEL, JHON JAIRO MANJARRES RODRIGUEZ, DEISY DEL CARMEN CACERES MANJARRES, MARLYN DEL CARMEN CARMONA MANJARRES (sobrinos), ELINA DEL CARMEN ROMERO (suegra); JOSE GABRIEL PEREZ GARCIA (suegro), CRISTINA MARIA PEREZ ROMERO (cuñada), JOSE GABRIEL PEREZ ROMERO (cuñado), LILIANA BEATRIZ CASTRO CORDERO (amiga), ONEIDA DEL CARMEN NAVARRO ACUÑA (amiga) y LUZ DARY MANJARRES MUÑOZ (sobrina), solicitan se declare administrativamente y solidariamente responsable a la **NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor REINALDO RAFAEL MANJARRES MUÑOZ y que terminó con sentencia de fecha 22 de septiembre de 2005, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena y que absolvió al actor de la acusación que se le imputaba por el delito de rebelión.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a pagar las siguientes sumas de dinero

Perjuicios materiales:

Por daño emergente, solicita que se pague al señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ la suma de \$4.300.000, por concepto de honorarios profesionales adeudados por la defensa en el proceso penal.

A título de lucro cesante, el actor solicita el reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero dejadas de percibir durante el tiempo de su privación de la libertad:

Del 2 de agosto de 2002 al 4 de diciembre de 2002, teniendo como referente el salario que devengaba mensual (\$1.500.000) para un total de \$6.100.000.

El equivalente a 35 semanas tiempo promedio requerido para que el señor REINALDO MANJARRES una vez obtenida la libertad en diciembre 5 de 2002, consiguiera un nuevo trabajo: \$13.125.000.

Del 12 de marzo al 29 de septiembre de 2005, es decir 6 meses y 17 días, teniendo en cuenta que el 12 de marzo hasta el 11 de julio, el ingreso se calcula sobre lavase de \$2.228.800 mensuales para un subtotal de \$8.444.240 y

del 12 de julio al 29 de septiembre el ingreso se calcula sobre la base de \$4.228.800 mensuales, para un subtotal de \$10.853.920 para un subtotal de \$19.298.160.

El equivalente a 35 semanas tiempo promedio requerido para que el señor REINALDO MANJARREZ, una vez obtenida la libertad en septiembre 29 de 2005 como consecuencia de la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena calendada en septiembre 22 del mismo año, consiguiera un nuevo empleo, la suma de \$37.002.000.

Perjuicios morales:

- 1.- REINALDO MANJARRES MUÑOZ la suma de 100 smlmv.
- 2.- ANGELI ALUNA MANJARREZ PEREZ, la suma de 100 smlmv.
- 3.- MARIA CRISTINA PEREZ ROMERO, la suma de 100 smlmv.
- 4.- JUAN BAUTISTA MANJARRES JULIO, la suma de 100 smlmv.
- 5.- DELIA MUÑOZ DE MANJARRES la suma de 100 smlmv.
- 6- Para cada uno de los señores LUIS ALFONSO, JUAN BAUTISTA, EMIRO JOSE, BEATRIZ MARIA, LILIA ESTHER, MARY LUZ, ALICIA DEL CARMEN, ROSAURA, MARTHA CECILIA MANJARRES MUÑOZ la suma de 50 smlmv.
- 7- Para cada uno de los señores LUIS ERNESTO CACERES MANJARRES, JOSE ALFREDO MANJARRES BERVEL, JHON JAIRO MANJARRES RODRIGUEZ, DEISY DEL CARMEN CACERES MANJARRES, MARLYN DEL CARMEN CARMONA MANJARRES y LUZ DARY MANJARRES MUÑOZ la suma de 40 smlmv.
- 8- Para cada uno de los señores ELINA DEL CARMEN ROMERO y JOSE GABRIEL PEREZ GARCIA la suma de 30 smlmv.
- 9- Para cada uno de los señores CRISTINA MARIA PEREZ ROMERO y JOSE GABRIEL PEREZ ROMERO la suma de 25 smlmv.
- 10- Para cada uno de los señores LILIANA BEATRIZ CASTRO CORDERO y ONEIDA DEL CARMEN NAVARRO ACUÑA la suma de 20 smlmv.

2. Hechos relevantes:

Afirma el libelista, que por medio de una llamada el CTI Seccional Cartagena el día 1º de agosto de 2002, adelantó las investigaciones pertinentes sobre la supuesta presencia de un guerrillero alias "EL REY" en la ciudad de Cartagena enviado por orden de Martín Caballero integrante de la cuadrilla 37 de las FARC.

Sostiene que el mismo día (1º de agosto de 2002) el Fiscal Seccional 5 de la Fiscalía General de la Nación, decretó el allanamiento y registro de varios inmuebles, entre los que se encontraba el ubicado en la calle 35 No. 79-63 diligencia que debía el 2 de agosto de 2002.

Afirma que el día señalado, el Fiscal 40 de la Unidad de Administración Pública-Fiscalía Seccional Cartagena, adelanta el allanamiento y supuestamente en razón a lo encontrado y por darse en base ello la flagrancia se procede a capturar a REINALDO MANAJARRES MUÑOZ alias "EL REY".

Indica que el mismo día de la captura el señor REINALDO MANAJARRES fue remitido al Batallón Policía Naval Militar 21, Fuerzas Militares de Colombia-Armada Nacional, con el objeto de que permaneciera en esa guarnición militar como presunto autor de la conducta punible de Rebelión.

Señala que una vez realizada la indagatoria, el día 5 de agosto de 2002, la Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos Varios- Fiscal Seccional 2, dirige al capturado a la cárcel de Sumariados de Ternera.

Expresa que el día 9 de agosto de 2002, la Fiscalía General de la Nación - Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos Varios- Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Número 11 decide la situación jurídica del sindicado profiriendo medida de aseguramiento con detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional en contra del hoy actor, por considerarlo como presunto partícipe del delito de Rebelión.

Manifiesta que en diciembre 3 de 2002, Fiscalía General de la Nación - Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos Varios- Fiscalía Seccional 37 emite la Resolución No. 717 dentro del radicado

No. 99353 por medio de la cual se concede al señor REINALDO MANJARRES la libertad provisional.

Expresa que en febrero 25 de 2004, la Fiscalía General de la Nación - Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos Varios- Fiscalía Seccional 38, califica el mérito de la investigación y profiere Resolución de Acusación por el delito de Rebelión y revocó el beneficio de libertad que venía disfrutando el señor REINALDO MANJARRES y libró la orden de captura.

Aduce que en septiembre 22 de 2005, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, profiere sentencia mediante la cual fulmina el proceso adelantado en contra del actor, absolviéndolo de la acusación que se le imputaba y ordenó su libertad provisional mediante caución prendaria.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

- ✓ La demanda fue admitida por medio de auto de fecha 12 de junio de 2008 (Fl. 95).
- ✓ El proceso se fijó en lista del 3 al 18 de diciembre de 2009 (fl. 96 rev).
- ✓ Con escrito de fecha de recibido 18 de diciembre de 2009, LA NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante apoderada judicial contestó la demanda (fls. 132-140).

B. LA CONTESTACIÓN

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: La apoderada de la Fiscalía General de la Nación, manifestó que la medida de aseguramiento impuesta al demandante, no fue injusta ya que la misma se adoptó por autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley, con el cumplimiento de las exigencias sustanciales.

Afirma que no se aprecia una actuación por parte de la Fiscalía Subjetiva, caprichosa, arbitraria o flagrantemente violatoria del debido proceso, todo lo contrario se presentó una valoración de los hechos y de las pruebas totalmente aceptables y en concordancia con lo expresado por la Corte Constitucional y

por mandato del artículo 228 de la Constitución Política, al funcionario judicial se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos y las pruebas que se someten a su conocimiento, y para aplicar las normas constitucionales y legales que juzgue apropiadas.

Propone como excepciones las siguientes: i) Ineptitud formal de la demanda por inexistencia del hecho dañoso atribuible a la Fiscalía General de la Nación, ii) Ineptitud formal de la demanda por falta de los elementos que estructuran la pretensión de detención injusta y iii) Culpa exclusiva de la víctima.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha siete (7) de mayo de dos mil diez (2010), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.163-165).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de cinco (5) de junio del 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (FL. 297). En esta oportunidad procesal la parte demandante alegó de conclusión de manera extemporánea, la parte demandada alegó dentro del término legal y el Ministerio Público no rindió concepto.

Alegatos de la parte demandada: Sostiene la apoderada de la Fiscalía General de la Nación que a la luz de los criterios jurisprudenciales y del análisis de los hechos que son materia de debate procesal, la investigación penal adelantada por la fiscalía contra REINALDO MANJARRES MUÑOZ, la medida de aseguramiento y demás decisiones tomadas por la fiscalía fueron tramites y decisiones efectuados dentro del marco de la ley penal y tuvo como fundamento las pruebas allegadas, de las cuales sí podían estructurarse indicios de responsabilidad que ameritaban el adelantamiento de la investigación.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES

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 Providencia por la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena absolvió al señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, del delito de Rebelión, es de fecha 22 de septiembre de 2005 (fl. 179-186 cdno pruebas 1) y la demanda se interpuso el 13 de septiembre de 2007 (fol. 88), es decir, dentro del término de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

EXCEPCIONES

Anotado lo anterior, se tiene que el apoderado de la Fiscalía General de la Nación, propuso las siguientes excepciones:

- Ineptitud formal de la demanda por inexistencia del hecho dañoso atribuible a la Fiscalía General de la Nación.
- Ineptitud formal de la demanda por falta de los elementos que estructuran la pretensión de detención injusta y
- Culpa exclusiva de la víctima.

Como las excepciones están dirigidas a controvertir la Responsabilidad que pueda endilgarse en el caso concreto, se estudiarán y decidirán 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 fue objeto el señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ le generó un daño antijurídico que no estaba obligado a soportar y si dicha decisión generó responsabilidad por parte del Estado, cuando posteriormente se le absolvió del punible de Homicidio Agravado que se le había 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 del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, 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:

“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

¹ Se dejara constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestión 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 ya era 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 hace 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, construidos 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”

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 que la medida le hubiere causado: (i) cuando la decisión hubiera sido injusta y (ii) cuando el sindicado fuera exonerado en

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 partícipe 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

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.

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 aquélla 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

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 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 sindicado, 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 *"Quién 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 sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible", se configura un evento de detención injusta...."⁵.

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.

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 febrero de 2009, exp. 25 508, entre otras.

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.

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 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 27 a 45 del expediente, se encuentra acreditado el parentesco entre el demandante que ostenta la calidad de víctima directa de la privación de la libertad y su núcleo familiar, compuesto por padres, hija, hermanos y sobrinos.

Mediante Resolución de fecha 1º de abril de 2002 la Fiscalía Seccional Número Cinco de Cartagena decreta el allanamiento y registro de varios inmuebles, entre ellos el del actor (fl. 9 cdno pruebas 1).

A folio 10 del cuaderno de pruebas 1, obra copia auténtica de la Diligencia de Allanamiento y Registro de fecha 2 de agosto de 2002, mediante el cual se captura en flagrancia al señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ.

Milita a folio 11 del cuaderno de pruebas 1, oficio de fecha 2 de agosto de 2002, mediante el cual el Fiscal Seccional 40 de Cartagena solicita al Comandante del Batallón Policía Naval Militar 21 recibir en calidad de capturado al señor REINALDO MANJARRES.

Mediante Resolución de fecha 9 de agosto de 2002, la Fiscalía Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Número Once, profiere medida de aseguramiento de detención preventiva contra el señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, sin beneficio de la libertad condicional como partícipe de la conducta punible de Rebelión (fl. 22- 25 cdno pruebas 1).

Con Oficio No. 000202 de fecha 5 de agosto de 2002, la Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos Varios- Fiscal Seccional 2, se dirige al Director de la Cárcel Nacional de Sumariados de Ternera solicitándole se sirva recibir y mantener en ese establecimiento carcelario al señor REINALDO MANJARRES (fl. 97 cdno pruebas 1).

Mediante Resolución No. 183 de fecha 3 de diciembre de 2002, la Fiscalía General de la Nación - Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos Varios- Fiscalía Seccional 37 concede al señor REINALDO MANJARRES la libertad provisional (fl. 85 cdno pruebas 5).

Por medio de Oficio No. 000589 de fecha 3 de diciembre de 2002, el Fiscal Seccional 37 de la Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos Varios, solicita a la Directora de la Cárcel Sumarial de Ternera dejar en libertad al sindicado REINALDO MANJARRES MUÑOZ (fl. 49 cdno pruebas 5).

En fecha febrero 25 de 2004, la Fiscalía General de la Nación - Unidad Especializada Delitos contra la Fe Pública, Patrimonio Económico y Delitos

Varios- Fiscalía Seccional 38, califica el mérito de la investigación y profiere Resolución de Acusación por el delito de Rebelión y revoca el beneficio de libertad que venía disfrutando el señor REINALDO MANJARRES (fl. 161-167 cdno pruebas 2).

Mediante acta de fecha 14 de abril 2005 se llevó a cabo por parte de funcionarios del CTI, la diligencia de captura del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ (fl. 34 cdno pruebas 3).

Con sentencia calendada 22 de septiembre de 2005, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, absolvió de la acusación que se le imputaba al señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ y ordenó su libertad provisional mediante caución prendaria (fl. 179-186 cdno pruebas 1).

Por medio de Oficio No. 2444 de fecha 27 de septiembre de 2005, el Juez Cuarto Penal del Circuito de Cartagena solicita al Director de la Cárcel Nacional de Sumariados de Ternera dejar en libertad inmediata al señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ (fl. 193 cdno pruebas 1).

Con base en las pruebas recaudadas, resulta evidente que el señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, fue privado de la libertad, y recuperó su derecho gracias a lo resuelto por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena que lo absolvió de toda responsabilidad.

La sentencia mediante el cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, absolvió al señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, se fundamentó en lo siguiente: "(...) Si en la certeza no hay un solo elemento de duda y en duda uno de certeza y si el testimonio sólo debe indicar un grado de persuasión máxima y no lo presenta no existe la certeza. Entonces con el material probatorio de este proceso el cual no hace llegar al convencimiento que con respecto a el sindicado, se debe reconocer que no existe prueba, es decir, que no existe certeza por parte del despacho, que su conducta se atribuye a la de pertenecer a ningún grupo antes señalado, ni mucho menos de realizar los hechos que se le endilgan para efectos de los señalamientos que le hiciera la fiscalía general de la nación (sic); Por todo esto surge la necesidad de dictar sentencia absolutoria a favor del procesado y, por tanto conceder la libertad provisional en los términos del artículo 365 del C. de P.P., numeral 3 y 368 ibídem."

Teniendo en cuenta las pruebas arrojadas al plenario, se puede afirmar que la medida de aseguramiento del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ tuvo una duración de nueve (9) meses y trece (13) días, es decir, desde el 2 de agosto al 3 de diciembre de 2002 y del 14 de abril al 27 de septiembre de 2005.

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 establece, 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 fue objeto el demandante, se dio como resultado de la culpa exclusiva de la víctima.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la entidad demandada se abstuvo de demostrar que la privación de la libertad del actor hubiera ocurrido como consecuencia de la culpa exclusiva de la víctima, 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 del demandante fue una carga que éste no estaba llamado 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 22 de septiembre de 2005, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena, las pruebas que lo incriminaban no eran suficientes para deducir la responsabilidad del sindicato.

Los hechos anteriormente probados permiten concluir que, efectivamente, el señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ fue objeto de medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado de responsabilidad porque no existió prueba que acreditara la responsabilidad del sindicato 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.

Así las cosas, al haber sido la Fiscalía General de la Nación quien impuso la medida restrictiva de la libertad al señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ que se prolongó durante nueve (9) meses y trece (13) días, por la supuesta comisión de la conducta punible de Rebelión, sin quedar plenamente comprobado que éste hubiese 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, pese a que contra el mismo actor obra otra investigación penal por el presunto delito de Peculado por Aplicación Oficial Diferente, llevado a cabo dentro del proceso penal No. 9522, ajeno al que aquí se estudia.

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 se tasan dichos perjuicios en la suma de \$4.300.000 por concepto de honorarios profesionales adeudados por la defensa en el proceso penal en contra del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, sin embargo, se encuentra acreditado con las constancias visibles a folios 51 a 54 del expediente que los abogados defensores Marta Leonor Salas Santrich y Guillermo Quintero Montes se les canceló la suma de \$1.900.000 y \$4.400.000, respectivamente.

De igual manera se encuentra demostrada la defensa ejercida por los profesionales del derecho dentro del expediente penal, lo cual se puede corroborar a folios 20, 21, 29-31, 141 del cuaderno de pruebas 1, 175, 178, 204 cuaderno de pruebas 2.

En consecuencia se reconocerá la suma de \$6.300.000 que se actualizará conforme lo dispone el artículo 178 del C.C.A.

Fórmula

$$Va = \frac{\text{Índice Final} \times Vh}{\text{Índice Inicial}}$$

Donde:

Va, es la suma debida actualizada,

Índice final, es el IPC expedido por el DANE vigente a la fecha.

Índice inicial, es el IPC expedido por el DANE vigente cuando se hizo el pago, esto es septiembre de 2002.

Vh, es la suma adeudada.

$$Va = \frac{114,23 \text{ (ipc sept/2013)}}{70,26 \text{ (ipc sept/2002)}} \times \$6.300.000$$

Va = \$ 10.242.655,84 Daño emergente

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 señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ en razón de la privación injusta de la libertad de que fue objeto.

Al respecto, la parte actora aporta los siguientes documentos tendientes a demostrar los perjuicios ocasionados con la privación injusta de la libertad:

1.- Respuesta a la petición presentada por el señor REINALDO MANJARRES, por parte de la Secretaría de Educación Distrital de Cartagena, de fecha 30 de noviembre de 2005, mediante el cual se certifica que el señor MANJARRES MUÑOZ participó en el Concurso de Méritos Docentes y Directivos Docentes 2004 en el Distrito de Cartagena y aplicó la prueba de aptitudes, competencias básicas y psicotécnicas, obteniendo un puntaje de 64.30, y para fecha de la entrevista prevista para el día 1 de junio de 2005, el señor REINALDO no asistió, quedando inmediatamente por fuera del proceso de concurso (fl. 47).

La presente prueba documental, no es óbice para reconocer perjuicio alguno, toda vez que lo que existía era una mera expectativa por parte del actor, ya que no se habían agotado todas las etapas del concurso de méritos, no siendo posible deducir si el actor efectivamente entraría a conformar la lista de elegibles y posteriormente nombrado al cargo opcionado.

2.- Certificado suscrito por el Director Regional del Caribe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, de fecha 14 de diciembre de 2005, mediante el cual informa que el señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ se capacitó como Agente de Desarrollo Local en el marco del programa de Desarrollo Local y Paz con Activos de Ciudadanía de Cartagena y fue seleccionado como Coordinador de la Unidad de Intervención Territorial UTI 1 para iniciar labores el 12 de julio de 2005, con un salario de \$2.100.000 (fl. 48)

Frente al anterior documento, la Sala no encuentra probado el perjuicio ocasionado por concepto de lucro cesante, pues dicho certificado si bien señala la fecha de inicio de labores y el salario a pagar, no existe una fecha cierta de terminación del trabajo, de modo que no resulta posible deducir si el actor laboraría por uno o por varios meses, luego entonces, se niega por este concepto.

3.- Contrato de Trabajo a Término Fijo Inferior a un año para Profesor Catedrático. Mediante contrato de trabajo la Universidad Tecnológica de Bolívar contrató los servicios profesionales del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ como profesor de cátedra con fecha de inicio 24 de enero de 2005 y fecha de terminación 21 de mayo de 2005, con un número de horas laboradas de 32 y el valor pagado por cada hora fijada en la suma de \$16.100 (fl. 49).

De lo anterior, se infiere que el contrato de trabajo celebrado entre la Universidad Tecnológica de Bolívar y el señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, iniciaba a partir del 24 de enero de 2005 y terminaba el 21 de mayo del mismo año, y teniendo en cuenta que el actor fue capturado por segunda vez y privado de la libertad el 14 de abril al 27 de septiembre de 2005, solo trabajó por el término de tres meses, dejando de devengar los dos últimos meses del contrato, esto es, abril y mayo de 2005, por lo que tomará como base para liquidar el lucro cesante las 32 horas dejadas de laborar de los meses de abril y mayo, multiplicado por el valor correspondiente al pago de las horas, esto es \$16.000, para un total de \$1.024.000 que es lo dejado de percibir.

Así las cosas tenemos que, para la fecha de la captura – 14 de abril de 2005- el actor devengaba mensualmente la suma de \$512.000 (32 horas por \$16.000), y por haber sido privado de la libertad dejó de devengar los dos últimos meses que le restaban del contrato de trabajo, por lo tanto se le reconocerá por éste concepto la suma \$1.024.000 y se tendrá este último valor a fin que la indemnización sea integral tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, durante el período 1º de abril y 30 de mayo de 2005, para un total de 2 meses.

Como la suma anterior se encuentra a precios de enero de 2005, se ordenará su **actualización** de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., usando la fórmula que detalla a continuación:

$$Va = \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}} \times Rh$$

Índice inicial

En la que el valor presente (Va) se determina multiplicando el Valor Histórico (Vh) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de remuneración dejada de percibir durante los dos últimos meses estipulados en

el contrato de trabajo (\$1.024.000) por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha (114,23 septiembre/13), por el índice vigente a la fecha en que debió efectuarse el pago (69.94, mayo/2005).

$$Va = \frac{114,23 \times (\$1.024.000)}{83,03}$$

$$Va = \$1.408.786,22$$

Ahora bien, como el actor siguió privado de la libertad hasta el 27 de septiembre de 2005, y el contrato de trabajo terminaba en mayo del mismo año, se liquidará el periodo comprendido desde el 1° de junio al 27 de septiembre de 2005 y como durante este lapso de tiempo se presume que el actor era laboralmente activo, 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 imposición de la medida de aseguramiento⁷, establecido en \$381.500, valor éste que actualizado a la fecha de esta sentencia 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.

Para la liquidación debe tenerse en cuenta que:

- El señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, estuvo *injustamente* privado de su libertad en el año 2005 por un espacio de cinco (5) meses y trece (días), es decir desde el 14 de abril al 27 de septiembre de 2005, pero se liquidará a partir

⁷ Acta de fecha 14 de abril 2005 se llevó a cabo por parte de funcionarios del CTI, la diligencia de captura del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ (fl. 34 edno pruebas 3).

del 1º de junio al 27 de septiembre de 2005, tiempo durante el cual se presumía que devengaba el salario mínimo legal mensual vigente.

- El salario base de liquidación es de \$589.500 y, sumándole un 25% correspondiente a prestaciones sociales, asciende a la suma de \$736.875

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: esto es, 3 meses y 26 días para un total de 3,86 meses.

$$S = 736.875 \frac{(1,004867)^{3,86} - 1}{0,004867} = \$2.864.193,34$$

Total: \$2.864.193,34

En consecuencia, se reconocerá la suma total de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE (\$4.272.979,56 m/cte) por concepto de **lucro cesante del periodo comprendido del 14 de abril al 27 de septiembre de 2005.**

Ahora bien, no se concederá lucro cesante con respecto a la primera captura del actor, esto es, desde el 2 de agosto al 3 diciembre de 2002, como quiera que para demostrar tal perjuicio no allegan al plenario ninguna prueba documental, ni testimonial que acredite la actividad laboral que desarrollaba cuando se produjo su privación de la libertad, de donde resulta que no cuenta la Sala con elemento probatorio alguno para acceder a esta reclamación de los demandantes y por ello, se negará esta pretensión.

PERJUICIOS INMATERIALES:

Daño moral: En el libelo introductor, se solicita se reconozca la suma de 100 salarios mínimos para la víctima directa, su hija, compañera permanente y padres, la suma de 50 smlmv para cada uno de los hermanos, la suma de 40 smlmv para cada uno de los sobrinos, la suma de 30 smlmv para cada uno de los suegros, la suma de 25 smlmv para cada uno de los cuñados y la suma de 20 smlmv para cada una de las amigas, 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 señalado⁸:

"... 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 reiteró⁹:

"...Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente Dr. German 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.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero ponente Dr.: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número: 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

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 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 del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ, se tiene que el valor de la indemnización que debe reconocerse por su perjuicio moral es de 48,11 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el período de la detención nueve (9) meses y trece (13) días, y multiplicarlo por el valor del promedio indicado.

En el proceso se recibieron las declaraciones de las señoras EDITH DEL SOCORRO MUÑOZ PUELLO, MARIA EMPERATRIZ VITOLA HERNANDEZ y DEISY DEL CARMEN CACERES MANJARRES (fl. 184-189), quienes coincidieron en manifestar sobre el dolor, la aflicción sufrida por el actor, su hija, sus padres, hermanos y compañera permanente, por lo tanto, 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 el directo implicado en la investigación penal, y como quiera 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, se procederá a tasar de la siguiente manera:

1. REINALDO MANJARRES MUÑOZ	Víctima directa	48,11 smlmv
2. ANGELI ALUNA MANJARREZ PEREZ	Hija	24 smlmv
3. MARIA CRISTINA PEREZ ROMERO	Compañera	24 smlmv
4. JUAN BAUTISTA MANJARRES JULIO	Padre	24 smlmv
5. DELIA MUÑOZ DE MANJARRES	Madre	24 smlmv
6. LUIS ALFONSO MANJARRES MUÑOZ	Hermano	12 smlmv
7. JUAN BAUTISTA MANJARRES MUÑOZ	Hermano	12 smlmv
8. EMIRO JOSE MANJARRES MUÑOZ	Hermano	12 smlmv
9. BEATRIZ MARIA MANJARRES MUÑOZ	Hermana	12 smlmv
10. LILIA ESTHER MANJARRES MUÑOZ	Hermana	12 smlmv
11. MARY LUZ MANJARRES MUÑOZ	Hermana	12 smlmv
12. ALICIA MANJARRES MUÑOZ	Hermana	12 smlmv
13. ROSAURA MANJARRES MUÑOZ	Hermana	12 smlmv
14. MARTHA MANJARRES MUÑOZ	Hermana	12 smlmv

Como quiera que no obran pruebas concretas que acrediten directa o indirectamente la existencia y entidad de sentimientos de tristeza y dolor sufridos por los sobrinos, suegros, cuñados y amigas de la víctima directa, se negará el reconocimiento de perjuicio moral con respecto de los señores LUIS ERNESTO CACERES MANJARRES, JOSE ALFREDO MANJARRES BERVEL, JHON JAIRO MANJARRES RODRIGUEZ, DEISY DEL CARMEN CACERES MANJARRES, MARLYN DEL CARMEN CARMONA MANJARRES, LUZ DARY MANJARRES MUÑOZ, ELINA DEL CARMEN ROMERO, JOSE GABRIEL PEREZ GARCIA, CRISTINA MARIA PEREZ ROMERO, JOSE GABRIEL PEREZ ROMERO, LILIANA BEATRIZ CASTRO CORDERO y ONEIDA DEL CARMEN NAVARRO ACUÑA.

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.

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la NACIÓN-FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de los perjuicios causados a los demandantes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero:

1. Para el señor **REINALDO MANJARRES MUÑOZ**:

- Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de **daño emergente** la suma de DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON OCHENTA Y CUATRO C/VOS M/CTE (\$10.242.655,84) y por **lucro cesante** la suma de CUATRO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS M/CTE (\$4.272.979,56 m/cte) y
- Por concepto de **daño moral** la suma de CUARENTA Y OCHO PUNTO ONCE (48.11) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de víctima directa de la detención injusta.

2. A cada uno de los señores MARIA CRISTINA PEREZ ROMERO, JUAN BAUTISTA MANJARRES JULIO y DELIA MUÑOZ DE MANJARRES, se les reconocerá una suma de dinero equivalente a VEINTICUATRO (24) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en su calidad de cónyuge la primera y padre y madre los segundos de ellos, del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ.
3. A la menor ANGELI ALUNA MANJARREZ PEREZ se le reconocerá una suma de dinero equivalente a VEINTICUATRO (24) SALARÍOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES en su calidad de hija del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ.
4. Para cada uno de los señores LUIS ALFONSO, JUAN BAUTISTA, EMIRO JOSE, BEATRIZ MARIA, LILIA ESTHER, MARY LUZ, ALICIA DEL CARMEN, ROSAURA, MARTHA CECILIA MANJARRES MUÑOZ se reconocerá la suma equivalente a DOCE (12) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES en su calidad de hermanos del señor REINALDO MANJARRES MUÑOZ.

CUARTO: NEGAR la demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: 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.

SEXTO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

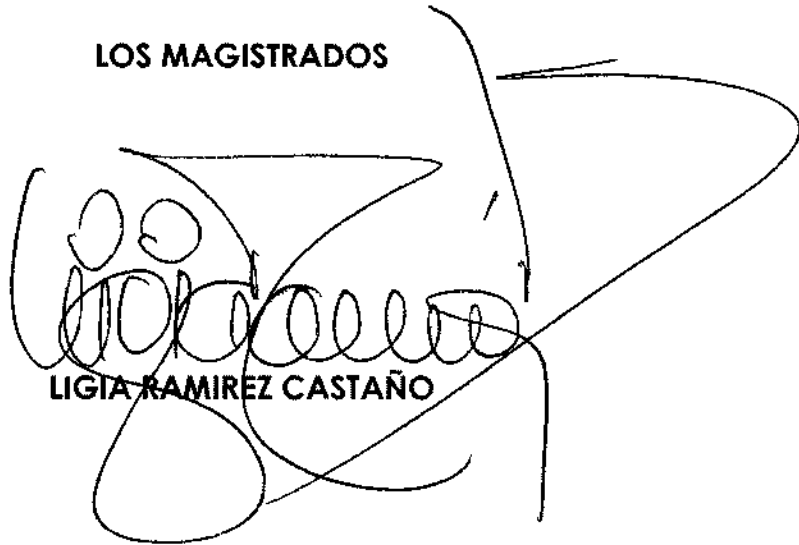
SÉPTIMO: En firme ésta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A.

OCTAVO: 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

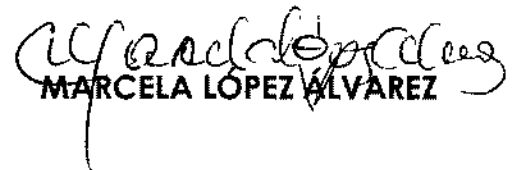


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

Dibt



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1285
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ROSA BERMUDEZ DE WILCHES
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2007-00122-01
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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISIÓN No 004

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

SENTENCIA N^o 8272013

Tema: *Reajuste pensional Ley 6ª de 1992 y Decreto Ley 2108 de 1992*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-23-31-004-2007-00122-01
Demandante: ROSA BERMUDEZ DE WILCHES
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha siete (7) de septiembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias D.T. y C., que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la Señora ROSA BERMUDEZ DE WILCHES instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se declare la nulidad del acto administrativo presunto mediante el cual se negó la petición

presentada el 21 de febrero de 2006, y se agotó la vía gubernativa, ante el señor Gobernador del Departamento de Bolívar, donde se le solicitó el pago de la nivelación ordenada por la ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario 2108 de 1992.

Manifiesta que como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho solicita que se ordene el pago de la respectiva nivelación.

HECHOS

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la demandante afirma que es pensionada del Departamento de Bolívar, desde antes del 1º de enero de 1989, exactamente desde el 15 de septiembre de 1989, como sustituta del causante Luis Carlos Wilches Sumoza mediante Resolución No. 810 del 22 de marzo de 1990.

Sostiene que no se le ha reconocido la nivelación establecida por la ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario 2108 de 1992.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante considera que mediante la expedición del acto administrativo se violaron las siguientes disposiciones normativas:

Constitución Política: Artículos 1º, 13, 25, 29 y 53.

Ley 6ª de 1992: art. 116

Decreto 2108 de 1992: art. 1º y 2º.

Manifiesta que el Consejo de Estado en diferentes fallos ha señalado que a todos los pensionados de los departamentos, municipios, distritos y sus entidades descentralizadas deben pagárseles los reajustes ordenados por la Ley 6ª de 1992 en su artículo 116, por violación del artículo 13 de la Constitución Política que consagra la igualdad de todas las personas, dándole aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, ya que el artículo 4º de la

misma preceptúa que en caso de incompatibilidad entre la Carta Suprema y una norma inferior se dará aplicación a la norma constitucional.

Señala que la demandada para los años anteriores a 1989 reajustó las pensiones en el mismo porcentaje que a sus trabajadores activos, es decir, sin tener en cuenta los mandatos del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, tan solo tomando como base para los aumentos año por año los establecidos por los decretos que reajustaban el salario mínimo, como se hizo a partir del año 1989.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del Departamento de Bolívar, no presentó escrito de contestación de la demanda.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El día 7 de septiembre de 2011, la Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dictó fallo de primera instancia accediendo a las pretensiones de la demanda, y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO. *Declárese la nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo constituido de la no contestación a la petición presentada por la accionante en fecha 21 de de (sic) febrero de 2006, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: *Como consecuencia de lo anterior, condénese a la entidad accionada a efectuar el reajuste pensional establecido en el decreto 2108 del 29 de diciembre de 1992, a la pensión que devenga la señora Rosa Bermúdez de Wilches.*

TERCERO: *El anterior reajuste se hará en un 28% distribuido en un 12% para 1993, 12% para 1994 y un 4% para 1995 como lo expresa el decreto 2108 de 1992, a partir del 1 de enero de cada año, pero el pago efectivo se realizará a partir de la mesada del 21 de febrero de 2003, de conformidad con lo expuesto en*

la parte motiva de esta providencia, ya que respecto de las demás mesadas operó el fenómeno de la prescripción.

(...)."

Sostiene la juez de primera instancia que, la actora tiene derecho a que se le reconozca el reajuste pensional de acuerdo con el artículo 1° del decreto 2108 de 1992, por lo tanto, las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustados a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995, por tanto la ahora demandante se hace acreedora a los reajustes correspondientes enunciados en el numeral 1° del decreto 2108 de 1992 y dicho reajuste corresponde a 12% para 1993, 12% para 1994 y 4% para 1995, lo cual arroja un 28% en su totalidad, sin embargo el pago efectivo se hará teniendo en cuenta la prescripción trienal de las mesadas pensionales.

Concluye afirmando que el reajuste pensional será a partir del 21 de febrero de 2003, ya que si bien se encuentra prescrita la diferencia correspondiente para los años 1994, 1995 y siguientes, la demandante tendría derecho a que sus mesadas pensionales vinieran reajustadas, por lo que goza del derecho al pago de las diferencias ya comentadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2011, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria.

Sustenta su recurso aduciendo que, el Departamento de Bolívar ya le reconoció y ordenó al actor el pago de la diferencia resultante del reajuste pensional a que en realidad tiene derecho la actora con fundamento en las leyes 4 de 1966, 4 de 1976, 71 de 1988 y 100 de 1993, las cuales ordenan el reajuste de oficio que cada año se le deben hacer a las pensiones por concepto de jubilación, invalidez y de sobrevivientes del sector público.

Manifiesta que, si bien es cierto el actor es titular de su pensión desde antes del 1 de enero de 1989, como sustituta de la de su difunto cónyuge Luis Carlos Wilches Mendoza, se debe tener en cuenta que ella no reúne todos los requisitos para acceder a dicho reajuste faltándole la condición de ser su pensión del orden nacional, sino del orden departamental, como lo indica la Resolución No. 810 de fecha 22 de marzo de 1990, expedida por la Caja Departamental de Previsión Social de Bolívar.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 27 de febrero de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 90); y, con providencia adiada en abril 30 de la presente anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 92).

En esta oportunidad las partes demandante y demandada guardaron silencio, y el Ministerio Público emitió concepto de fondo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, emitió concepto de fondo, manifestando que en el presente caso, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación fue a partir del 15 de septiembre de 1989, fecha que comparada con la establecida en el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, resulta posterior a la señalada en el decreto como mínimo para ser beneficiario del reajuste pensional.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 7 de septiembre de 2011, por medio de la cual se accedieron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado se refiere a un acto ficto producto del silencio administrativo negativo, que puede demandarse en cualquier tiempo, según lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver, conforme a los argumentos del recurso de apelación, es determinar si la accionante tiene derecho a que el Departamento de Bolívar le reconozca el reajuste de su pensión de jubilación en los términos del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992.

TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, en razón a que sí es procedente reconocer a la actora el reajuste de su pensión de jubilación en los términos del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Se trata de un acto ficto o presunto, por medio del cual el Gobernador del Departamento de Bolívar niega la solicitud elevada por la demandante de fecha 21 de febrero de 2006, para que se efectúe el reajuste pensional establecido en el decreto 2108 del 29 de diciembre de 1992.

Al producirse el silencio administrativo negativo se impide al administrado tener conocimiento acerca de los recursos que proceden contra dicha decisión, los funcionarios ante quienes deben interponerse y los plazos o términos para ello (Art. 47 C.C.A.), agotándose también así la vía gubernativa (Art. 135 inciso final C.C.A.), a pesar de que el silencio que se ha configurado es de aquellos llamados sustantivos y no procesales (Art. 40 del C.C.A.).

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

- **Ley 6° de 1992:**

La Ley 6ª de 30 de junio de 1992 "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispone un ajuste de pensiones del sector público nacional y se dictan otras disposiciones", en su artículo 116 estableció un reajuste de las pensiones del sector público nacional, reconocidas con anterioridad al año 1989, con el siguiente tenor literal:

"Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el Gobierno Nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1° de enero de 1989.-

"Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente y no producirán efecto retroactivo."

- **Decreto 2108 de 1992:**

El 29 de diciembre de 1992 se expidió el Decreto 2108 de 1992, reglamentario de la Ley 6° de 1992, que ordenó un ajuste extraordinario en las pensiones de

jubilación del sector público del orden nacional, compatible con los incrementos decretados por la Ley 71 de 1988, cuya finalidad fue ajustar las diferencias entre el crecimiento de los salarios y el crecimiento de las mesadas pensionales. Señaló la norma en cita:

"Artículo 1º. Las pensiones de jubilación del Sector Público del Orden Nacional reconocidas con anterioridad al 1 de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1 de enero de 1993, 1994 y 1995 así:

Año de causación del Porcentaje del reajuste aplicable a partir 1 de enero del año:

Derecho a la pensión

	1993	1994	1995
<i>1981 y anteriores 28% distribuidos así:</i>	12.0	12.0	4.0
<i>1982 hasta 1988 distribuidos así:</i>	7.0	7.0	--

- **Corte Constitucional, Sentencia C-531 de 1995:**

El artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 fue declarado inexecutable en su totalidad por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-531 de 1995, por ser violatorio de la unidad de materia ya que, a pesar de que el tema de la Ley era tributario, el artículo regulaba un asunto prestacional.

La Corte precisó que los efectos del fallo no podrían afectar las situaciones jurídicas consolidadas mientras estuvo vigente la norma. Invocó como fundamento el artículo 58 de la C.P. que consagra el principio de los derechos adquiridos.

Expuso en relación con este aspecto:

"La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución.-

"En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de la buena fe (CP Art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP Art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutoria de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia.

"En efecto, de un lado el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional (C.P. Art. 58). Mal podría entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado en virtud del principio de efectividad de los derechos (CP Art. 2º) y eficacia y celeridad de la función pública (CP art. 209), la ineficiencia de las autoridades no puede ser razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexecutable, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello..."

- **Consejo de Estado, Sentencia del 11 de diciembre de 1997, expediente No. 15723, CP. Dra. Dolly Pedraza de Arenas:**

Esta Corporación decidió inaplicar la expresión "del orden nacional", contenida en el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, por considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad, ya que las normas de

carácter pensional se aplican a todos los empleados del Estado, sin discriminación alguna, nacionales y territoriales.

- **Consejo de Estado, Sentencia del 11 de junio de 1998, expediente No. 11636, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda:**

Declaró nulo el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, con fundamento en la declaratoria de inexecutable del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, y señaló:

"2. Como se ve claramente, fue la ley reglamentada la que restringió sus alcances a las pensiones de jubilación del sector público nacional, y en tales condiciones el gobierno nacional al expedir el decreto reglamentario, no podía disponer algo diferente, tratando de ampliar su campo de aplicación a las pensiones de los órdenes municipal y departamental, porque ello habría sido violatorio de la competencia reglamentaria en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

"3. Sin embargo, (sic) como la Corte Constitucional declaró la inexecutable del transcrito artículo 116, mediante sentencia C-531 de 20 de noviembre de 1995, la Sala habrá de declarar la nulidad de la norma acusada que la reglamentó, de acuerdo con su reiterada jurisprudencia, por ser ello una obvia consecuencia de tal determinación..."

- **Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia del 14 de octubre de 1999, Exp. 1252-98, Rad: 0038-99 C.P. Ana Margarita Olaya Forero, expresó:**

"(...) Ya esta Corporación se refirió al campo de aplicación del Decreto 2108 de 1992, para precisar que se aplica a todos los pensionados del Estado, sin distingo alguno. Inaplicó la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1 del Decreto 2108 de 1992, por considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad"

CASO CONCRETO

En el *sub lite* se demandó la nulidad del acto ficto producto del silencio administrativo negativo que negó la petición presentada por la señora ROSA

BERMUDEZ DE WILCHES el 21 de febrero de 2006 ante la Gobernación del Departamento de Bolívar de nivelar su pensión de jubilación de conformidad con los mandatos de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992.

La Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda porque el acto demandado está incurso en causal de nulidad por violación de la Ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992.

El apelante, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, expone a su vez como razones de inconformidad con la providencia de primera instancia, que la actora no tiene la titularidad del derecho que alega, pues a ella se le reconoció una pensión de jubilación como servidor público del orden departamental, se le reajustó su pensión y no reúne la condición descrita por la norma jurídica de ser pensión de servidores públicos del orden nacional.

De conformidad con el marco normativo reseñado, y lo señalado por la parte demandada en el escrito de impugnación, es cierto que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995, fecha en la cual fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia; el Decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 116 de la Ley 6ª, corre igual suerte, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexecutable del precepto que le dio origen, pero extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho, para ser consecuente con los efectos jurídicos dados por la Corte Constitucional a la citada ley.

La Corte Constitucional al determinar los efectos de la sentencia C-531 de 1995 ordenó que los reajustes dejados de pagar a los pensionados debían hacerse efectivos si el derecho se había consolidado con anterioridad a la declaratoria de inexecutable, y precisó que el derecho de los pensionados al reajuste era una situación jurídica consolidada.

De lo anterior, se deduce claramente que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, no es obstáculo para que se realice el reajuste pensional ordenado, dada la consolidación del derecho y la actuación oficiosa que debía desplegar la Administración para su reconocimiento y pago.

Sin embargo, se debe acreditar la calidad de pensionado y estar devengando la mesada pensional para el **1º de enero de 1989**, porque el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 claramente dispuso como razón de ser del ajuste ordenado el compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación, es decir, se trató de acercar las mesadas pensionales a los salarios que devengaban en esa fecha los servidores públicos que desempeñaban empleos equivalentes a los que habían ejercido los pensionados.

A su vez, el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, que ajustó las pensiones de jubilación, expresamente dispuso en su artículo 1º que las pensiones a reajustar serían las reconocidas con anterioridad **al 1º de enero de 1989** que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, en el artículo 2º ordenó que las entidades encargadas del pago de las pensiones reajustarán la pensión con base en el valor de la misma, el artículo 3º previó que el reconocimiento de los reajustes no se tendrá en cuenta para la liquidación de las mesadas atrasadas, y el artículo 4º estableció que no producirán efectos retroactivos.

Ahora bien, no comparte la Sala el argumento de la entidad demandada al señalar que la accionante no se encontraba en igualdad de circunstancias frente a los pensionados del orden Nacional, al ser beneficiaria de una pensión de orden Departamental; por cuanto, como precisó el Consejo de Estado en Sentencia del 11 de diciembre de 1997, expediente No. 15723, C. P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas, al inaplicar la expresión "*del orden nacional*" contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, se vulneraba el derecho a la igualdad de los pensionados del orden territorial; posición reiterada en sentencia del 14 de octubre de 1999, radicado 0038-99, criterio jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción Contenciosa Administrativa que atiende

y comparte esta Sala de Decisión, por lo que durante la vigencia de Decreto 2108 de 1992 y según los efectos dados por la Corte Constitucional respecto de la inexecutable del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, **ésta disposición gobierna la situación de los pensionados de los órdenes nacional y territorial que hubiesen adquirido el derecho bajo su vigencia.**

La reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática respecto al tema, claro ejemplo es la Sentencia del 10 de agosto de 2006, Número Interno: 7799-2005, C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla:

"Si bien la declaratoria de nulidad implica que la norma declarada nula no se puede aplicar, como la sentencia de inexecutable fijó los efectos de dicha declaratoria expresando que ella no significaba que las entidades obligadas pudieran dejar de aplicar los incrementos pensionales de quienes hubiesen consolidado el derecho, forzoso es concluir que la sentencia de nulidad del Decreto 2108 de 1992 debe tener iguales alcances, y habrá que examinarse si en el caso concreto de la demandante se consolidaron sus derechos antes de la declaratoria de inexecutable."

"El artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 rigió desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en que fue retirado del ordenamiento jurídico, pero sigue teniendo efectos para quienes adquirieron el derecho bajo su vigencia. El Decreto 2108 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 116 de la Ley 6ª, corre igual suerte, es decir, rigió desde su expedición hasta la fecha de inexecutable del precepto que le dio origen y extiende sus efectos aún después para quienes bajo su amparo adquirieron el derecho."

*"No obra anotar que en sentencia del 11 de diciembre de 1997, expediente 15723, con ponencia de la Consejera Dolly Pedraza de Arenas, esta Sala decidió inaplicar la expresión "del orden nacional" contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, al considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad, **ya que las normas de carácter pensional se aplican a todos los empleados del Estado, sin distingo alguno.**"*

Así las cosas, ante el campo de aplicabilidad de la declaratoria de inexecutable de la Ley 6° de 1992, y de la nulidad del artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, es viable que se reconozcan los reajustes pensionales a la Señora ROSA BERMUDEZ DE WILCHES, al ser beneficiaria de una pensión de orden Departamental.

En ese sentido, en el presente caso se demostró que la pensión objeto de reajuste se reconoció con anterioridad al 1° de enero de 1989, tal como se lee de la Resolución N° 810 del 15 de septiembre de 1989, a través de la cual se sustituyó de forma provisional a la señora ROSA BERMÚDEZ WILCHES en la pensión disfrutada en vida por su cónyuge el señor, LUIS CARLOS WILCHES SUMOZA:" a) *Que el causante mediante escrito presentado a esta Entidad el **15 de octubre de 1986**, manifestó su voluntad en el sentido de que a su muerte se sustituyera en favor de su esposa y compañera permanente IA (sic) pensión mensual vitalicia de jubilación que **venía disfrutando**"...*

De tal manera que, de la resolución citada anteriormente se desprende con meridiana claridad, que para el año de 1986 cuando el señor presentó la solicitud de sustitución en favor de su esposa, ya venía disfrutando de ese derecho; circunstancia que le brinda plena certeza a esta Sala de decisión, que efectivamente la pensión objeto de reajuste fue reconocida con anterioridad al 1° de enero de 1989.

Por todo lo expuesto, deviene en la confirmación de la sentencia apelada, como quiera que se demostró que la actora sí era beneficiaria del reajuste ordenado por el Decreto 2108 de 1992; como quiera que se mostró que su pensión le fue reconocida con anterioridad al 1° de enero de 1989.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha siete (7) de septiembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de

Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



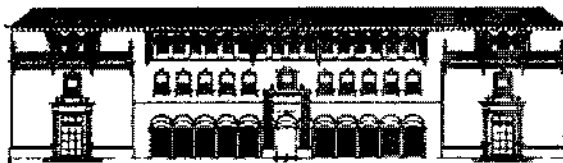
LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE EL CER FANDINO GALLO



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1286
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: GUILLERMO DEL CRISTO VELASQUEZ GOMEZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NAICONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2009-00163-01
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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO 002 DE DESCONGESTION

Página 1

SALA DE DECISIÓN N° 004

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

Sentencia 285 = ~~1~~ 2013

2º instancia.

Tema: Culpa exclusiva de la víctima.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO.

Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 13-001-33-31-012-2009-00163-01
Demandante: GUILLERMO DEL CRISTO VELÁSQUEZ GÓMEZ y Otros.
**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
POLICÍA 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, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Agosto 22 de 2012, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA instaurado a través de apoderado judicial por GUILLERMO DEL CRISTO VELÁSQUEZ GÓMEZ, GUILLERMO SEGUNDO VELÁSQUEZ PUELLO, VIRLEYS DEL CARMEN VELÁSQUEZ PUELLO, MARGELIE PATRICIA VELÁSQUEZ PUELLO y MARGERIS ESTHER PUELLO CHAMORRO, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, providencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Los señores GUILLERMO DEL CRISTO VELÁSQUEZ GÓMEZ, GUILLERMO SEGUNDO VELÁSQUEZ PUELLO, VIRLEYS DEL CARMEN VELÁSQUEZ PUELLO, MARGELIE PATRICIA VELÁSQUEZ PUELLO y MARGERIS ESTHER PUELLO CHAMORRO, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda de

Reparación Directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
– POLICÍA NACIONAL, para que previo el trámite a que haya lugar, se declare:

"1.-...Se declare patrimonialmente responsable a la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por los PERJUICIOS MATERIALES, MORALES SUBJETIVADOS Y DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN Y ALTERACIÓN EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA causados a mis mandantes GUILLERMO DEL CRISTO VELÁSQUEZ GÓMEZ, GUILLERMO SEGUNDO VELÁSQUEZ PUELLO, VIRLEYS DEL CARMEN VELÁSQUEZ PUELLO, MARGELIE PATRICÍA VELÁSQUEZ PUELLO, DANILO JOSÉ VELÁSQUEZ PUELLO y MARGERIS ESTHER PUELLO CHAMORRO, por falla o falta de un buen servicio público policivo consistente en omitir el cumplimiento de los deberes consagrados en las norma constitucionales y legales, para la persecución del delito, que en esos momentos se disponían consumir el señor DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO (q.e.p.d), y AMAURY MEZA VIZCAÍNO, quienes habían sido sorprendidos flagrantemente en contravención, el hecho de no haber cumplido legalmente con las obligaciones y deberes que el ordenamiento le impone a los Miembros de la Fuerza Pública – Policía Nacional, y no adoptar una medida correctiva y preventiva, que evitara, que el señor DAVID VELÁSQUEZ PUELLO, siguiera cometiendo la contravención, que más tarde se convertiría en delito, fue la causa primordial para que se le ocasionara el daño, que minuto a minuto más tarde le ocasionó la muerte, el actuar negligente e ineficaz de los policiales al permitir que tumbaran a la fuerza la puerta y entraran violentamente a la casa donde se encontraba el señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ (q.e.p.d) que dio como resultado que este de inmediato lo hiriera gravemente con arma blanca, todos estos hechos fueron cometidos en presencia de dos agentes del orden público, que en el momento se encontraban en la escena de los hechos, la conducta asumida por los policiales se encuadra sin duda alguna en la típica "falla o falta del servicio público, la omisión de no haber asegurado el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, trajo como consecuencia el resultado dañoso del bien jurídico del señor DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO (q.e.p.d), lo que genera responsabilidad institucional si los policiales, hubieran cumplido irrestrictamente con su deber, deteniendo y conduciendo, inmediatamente a las instalaciones de la Subestación de Policía al infractor no habría tenido lugar el trágico suceso.

2.- Como consecuencia de la anterior declaración, la entidad estatal, NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, debe reconocer y pagar a favor de mis mandantes, todos los daños materiales y perjuicios morales subjetivos causados a los actores, y demás que se prueben en el libelo probatorio de esta demanda, como consecuencia directa de la muerte violenta del señor DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO (q.e.p.d).

LOS HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos quedaron consignados en la demanda así:

El día 30 de noviembre de 2006, siendo las 11: 30 p.m, se produce una riña en el barrio el chispero de San Andrés del Rio (Bol)., jurisdicción del municipio de Córdoba Bol., donde se vieron involucrados los señores NICANOR MORALES RODRÍGUEZ y AMAURY MEZA VIZCAÍNO, presentando esta último como resultado del actuar del primero una herida a la altura de la barbilla.

Al día siguiente, en retaliación por tal hecho, el señor AMAURY MEZA VIZCAÍNO, en compañía del señor DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO, agredió con un pico de botella al patrullero DIEGO ARLEX ARIAS COBILLAS, quien se encontraba en servicio, irrumpiendo los primeros a la residencia del señor NICANOR MORALES, con quien propinaron una nueva riña, donde resultó herido de gravedad DAVID VELÁSQUEZ PUELLO, falleciendo posteriormente.

Que la ubicación geográfica de las instalaciones de la Subestación de Policía posibilitaba el apersonamiento de la situación, lo que se prueba con la intervención de los patrulleros tratando de convencer a los infractores de otro actuar, pero sin lograr controlar la perturbación y las agresiones.

Que según informan las declaraciones de los policías, la reacción de la víctima fue en todo momento agresiva, violenta, tornándose más y más hostil, siendo deficientes e ineficaces las medidas tomadas por los agentes del orden público para reprimir la contravención de la víctima y su

acompañante, quedando evidenciada la falla del servicio que se pone de presente en juicio.

LA DEFENSA

Dentro la oportunidad procesal para ello, la parte demandada – NACIÓN-POLICÍA NACIONAL – mediante apoderada judicial constituida para el efecto, concurre al proceso para dar contestación a la demanda.

Aduce la defensa que no resulta admisible que se afirme que los uniformados de la fuerza pública que atendieron la novedad descrita en la demanda, no ejercieron una verdadera respuesta de autoridad dispuesta a combatir la comisión del delito, cuando la verdad es que la propia víctima con su actuar agresivo y al margen de la ley, irrumpió de manera intempestiva en la residencia del señor NICANOR MORALES, a fin de agredirlo en su integridad física, y al notar la presencia de la fuerza pública en vez de acatar la orden impartida de calmar los ánimos, ataca violentamente al patrullero con un pico de botella.

Que la muerte del señor DAVID VELÁSQUEZ PUELLO fue un lamentable suceso producto de varios factores desencadenantes que instaron a las víctimas a que sin justificación alguna hicieran justicia por propia mano, y ante lo cual los policías asignados a la zona actuaron con la debida diligencia y cuidado, sin poder evitar el fatal desenlace, tratando dentro de sus posibilidades detener a toda costa la riña que se presentó.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia aditada en agosto 22 de 2012, negó las pretensiones de la demanda, estableciendo como resultado de la valoración probatoria y a manera de conclusión, el siguiente argumento:

"...De lo antes expuesto, se concluye que no se configura ninguno de los eventos constitutivos de la falla del servicio, quedando así demostrado que en el presente caso, el daño se produjo a pesar de que la administración utilizó los medios a su disposición para evitarlo, produciéndose una falla relativa del servicio, así las cosas, acorde con la línea jurisprudencial antes mencionado frente al tema, no puede

comprometerse su responsabilidad, por tanto se denegaran las pretensiones de la demanda.

...es importante destacar que las mismas circunstancias fácticas permiten inferir que tanto la víctima DAVID VELÁSQUEZ como el tercero – NICANOR MORALES- participaron en la causación del daño.

...Aplicando la línea jurisprudencial al presente caso, se reitera que la víctima contribuyó efectivamente en la causación del daño.

Conclusión.

Todo lo anterior permite inferir, que la administración utilizó los medios a su disposición para evitar el daño – MUERTE DE DAVID VELÁSQUEZ PUELLO-, produciéndose una falla relativa del servicio, por tanto, no puede comprometerse su responsabilidad, debiendo negarse las pretensiones de la demanda..."

EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión fue interpuesto recurso de apelación por la parte demandante; quien trajo a la presente instancia un sustento doctrinal y jurisprudencial bastante amplio, en relación con la función constitucional de guarda que recae sobre la Policía Nacional.

Insiste que la muerte de DAVID VELÁSQUEZ PUELLO, fue producto del comportamiento digno de reproche de los miembros de la Policía Nacional, al permitir los actos ilícitos cometidos por el infractor del orden público, y no haber sido éste detenido y conducido por los agentes al puesto de policía para la prevención del delito, siendo entonces su muerte producto de la conducta negligente y deficiente de las autoridades que estaban en ejercicio de sus funciones, probándose así el daño y la relación de causalidad entre el mismo y el hecho de la administración, así como la falla del servicio derivada de una conducta omisa.

TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiado el 8 de febrero de 2013 se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Mediante providencia del 28 de febrero de 2013 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión; y al Ministerio Público para emitir concepto.

Ambas partes aprovechan tal oportunidad, ratificándose cada una en sus argumentos a lo largo del libelo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La Agencia del Ministerio Público, delegada para este asunto, emitió concepto en la presente instancia, quien dejó consignado:

"En conclusión, para este despacho resulta imposible endilgarle responsabilidad a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL y a la POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA, por cuanto está más que acreditado en las declaraciones juramentadas de los patrulleros y en los reportes de la entidad, que los miembros de la fuerza pública hicieron lo que estuvo dentro de la órbita de sus funciones y dentro del protocolo para evitar que se perdiera la vida del señor VEÑÁSQUEZ PUELLO, a tal punto que uno de los patrulleros (ARIAS COBILLAS DIEGO) fue agredido por estar apersonado de la discusión sucedida...."

...En consecuencia, el Ministerio Público solicita al Tribunal Administrativo de Bolívar que confirme en todas y cada una de sus partes el fallo del A-quo, en el sentido de no acreditarse una falla del servicio endilgable a la entidad demandada, por cuanto, ella hizo todo lo que estuvo su alcance y dentro de los protocolos del servicio activo."

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del veintidós (22) de agosto de

2012, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena.

Caducidad

La presente acción fue iniciada oportunamente, en razón a que los hechos de los cuales se da cuenta en la demanda, encontraron ocurrencia, el 1º de diciembre de 2006, y la demanda fue presentada el 2 de diciembre de 2008, de manera que su presentación se entiende acorde al plazo de caducidad de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 del C.C.A.

Asunto de fondo.

Se demanda, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa, que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, y se le condene al pago de los daños y perjuicios causados a los actores con ocasión de la muerte acaecida sobre DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO mientras protagonizaba una riña en el corregimiento de San Andrés del Rio Bol., y que devino del actuar negligente y omiso del ente demandado.

Problema jurídico.

De la lectura de la demanda y del expediente que con ella se origina, observa la Sala que el *problema jurídico principal a resolver* es de tipo probatorio y se concreta en establecer si están o no demostrados en autos, los elementos que permitan declarar la responsabilidad de la entidad demandada, con ocasión de los hechos que plantea la parte actora a título de la falla del servicio que alega.

La tesis que erige la parte actora, es que en el proceso están dados los elementos para que opere la responsabilidad a cargo de la administración, y que por tanto debe declararse que la NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, es responsable administrativamente por el daño antijurídico causado a los demandantes, derivado de no acatar el mandato constitucional de protección de las personas, y su deber de mantener el orden público, valiéndose de todos los medios para ello.

Para la parte demandada, no debe accederse a las pretensiones de los actores, toda vez que carecen de fundamento, pues contrario a lo afirmado con la demanda, lo que aparece probado en autos es el diligente actuar desplegado por los miembros de la fuerza pública, para atender la novedad con la que se perturbaba el orden público y donde resultó muerto DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO.

Siendo los anteriores los extremos de la litis, enmarcada en el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentará la Sala como TESIS, que no resulta procedente la imputación de responsabilidad a la entidad demandada, conclusión a la que se ha arribado con fundamento en el siguiente análisis normativo, fáctico y probatorio:

La responsabilidad extracontractual 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.*

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 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.

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que dicha responsabilidad opere, deben confluir los siguientes elementos¹:

¹ Resumidos modernamente en los conceptos daño antijurídico e imputación

1. El *Daño*, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima y sin el cual no existe responsabilidad.
2. El *Hecho Dañino*, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El *Nexo Causal*, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

Ahora bien, en torno a la prueba de esos elementos, han coincidido jurisprudencia y doctrina, en que la carga de aportarla en cada caso concreto, compete, por regla general, a quien alega haber sufrido el daño antijurídico, o lo que es lo mismo, a quien alega haber experimentado un daño que no estaba obligado a soportar.

Por otro lado, la interpretación que se ha hecho del artículo 90 Superior, permite identificar como títulos de imputación del daño antijurídico, la falla en el servicio, en cualquiera de sus modalidades: probada y presunta; el riesgo excepcional y el daño especial; títulos que permiten ubicar al Juzgador en un escenario acorde con cada situación fáctica que se demande.

Así, en el presente caso, la lectura del memorial introductorio, y de la defensa, permite deducir como causa de la imputación la denominada falla probada del servicio, en cuyo contexto se analizarán los hechos de la demanda, de ahí, que se proceda al análisis del acervo probatorio.

Pruebas allegadas a autos

Las pruebas relevantes para resolver la controversia, y a cuya valoración se procede inmediatamente, son las siguientes:

1. Oficio 0084 de fecha 4 de diciembre de 2006 con el cual, el funcionario de la Policía Judicial SIJIN – DEBOL, rinde informe al Fiscal Seccional del Municipio del Carmen de Bolívar, acerca de hechos

que tuvieron ocurrencia en San Andrés del Río Bol, en los siguientes término:

"...CIRCUNSTANCIAS TEMPORO ESPACIALES DE LOS HECHOS

El día 30 de noviembre del presente año, fuimos informados que en el municipio de San Andrés, siendo las 23:30 horas aproximadamente, mientras se llevaban a cabo las fiestas patronales de ese municipio se produjo una riña en el barrio El Chispero de esa localidad, donde estaban comprometidos los señores NICANOR MORALES RODRÍGUEZ identificado con C.C 73.110.947 de Cartagena y el señor AMAURY MEZA VIZCAÍNO, indocumentado; causándole el primero al segundo de los mencionados una herida a la altura de la barbilla.

Posteriormente siendo las 00:15 horas aproximadamente, en retaliación por esos hechos, el señor AMAURY MEZ, en compañía del señor DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO, identificado con C.C N° 73.317.529 de Córdoba Bol. Irrumpieron violentamente a la residencia del señor NICANOR MORALES ubicada en la calle el Pescador, originándose nuevamente una riña de la cual resultó herido de gravedad a la altura del abdomen el señor DAVID VELÁSQUEZ, quien fue trasladado al centro de salud y luego remitido al hospital de municipio de Córdoba – Bol, donde fallece minutos más tarde.

Por este hecho fueron conducidos los señores AMAURY MEZA y NICANOR MORALES, hasta las instalaciones de la Estación de Policía con el fin de determinar los hechos sucedidos.

Luego varias personas integrantes de la comunidad entre ellos amigos y familiares, al enterarse del fallecimiento del señor DAVID, atacaron de forma violenta a los policiales, incineraron y destrozaron las instalaciones, con el fin de hacer justicia por sus propias manos, lo que efectivamente ocurrió causándole la muerte al señor NICANOR MORALES a raíz de múltiples heridas ocasionadas con arma cortante, contusiones en todo el cuerpo e incineración del 40%.

...Las circunstancias y los móviles de los hechos quedan establecidos en el primero de los casos como el causante de la muerte del señor DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO la señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, quien luego de ser capturado por personal adscrito a la Estación de Policía de esa localidad le fue ocasionada la muerte, además, daños en las instalaciones de la Estación de Policía, hurto, asonada y lesiones personales, por varios miembros de la comunidad". (F. 31 a 35).

2. Registro civil de defunción del señor VELÁSQUEZ PUELLO DAVID ENRIQUE, con indicativo de serial 03868619. (F. 41).
3. Formato de inspección de levantamiento del cadáver, en donde se identifica al occiso como: DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ PUELLO. SE relaciona como fecha de la muerte: 01-12-06 12:20 A.M, describiéndose que el cadáver presenta *heridas por arma corto punzante en región axilar derecha de más o menos 5 cm de bordes regulares lineal.* (F. 42 y 43).
4. Protocolo de necropsia coincidente en términos generales con el documento arriba relacionado.

Obran en el plenario pluralidad de documentales como declaraciones juradas de los patrulleros que manejaron la situación de alteración al orden público descrita en la demanda y de aquellos que tuvieron conocimiento de esta; así como la relación de antecedentes que remite la Policía, donde se describe la novedad que se inició el día 30 de noviembre de 2006, las cuales, además de resultar coincidentes con el informe relacionado en el numeral 1º del presente acápite, resultan ser ratificados por el dicho de la misma parte demandante cuando se afirma que hubo intervención de agentes Policiales en los antecedentes del trágico suceso para evitar perturbaciones al orden, siendo estos atacados, agredidos y amenazados con un *pico de botella*, por lo que salieron a buscar más refuerzos; que quienes iniciaron la nueva riña se encontraban bastante agresivos y con evidente estado de alicoramiento, frente a lo cual no existe disparidad en torno a la versión de hechos que se maneja en la demanda. (F. 44 a 121).

Así, teniendo en cuenta que ambas partes están de acuerdo en lo que tiene que ver con la forma como se desarrolló el suceso en el que pierde la vida el señor DAVID VELÁSQUEZ PUELLO, precisa entonces la Sala, que las anteriores probanzas son indicativas del hecho muerte al que se ha hecho mención.

De la condición de infractor al orden público, y de los delitos que cometió y se disponía a cometer la mencionada víctima en el momento en que muere.

Que éste, al igual que su compañero de riña se mostró agresivo con los policiales que intentaron calmarlo, hasta el punto de atentar contra la integridad física de los agentes.

Que se produce una intervención directa de la fuerza pública en los momentos previos al hecho muerte que motiva la presente acción.

Que el señor DAVID VELÁSQUEZ PUELLO fallece en la ESE con camas de Córdoba Bol, luego de ser llevado desde la vivienda que éste mismo irrumpe de manera violenta, con una herida propinada con arma cortopunzante en medio de una riña donde figuraba como directo involucrado.

Ahora bien, la demanda se sustenta desde una supuesta negligencia y omisión concretado en el actuar insuficiente de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, que a su vez parte del régimen primario de imputación falla del servicio, sin embargo, no existen en el plenario los elementos que permitan configurar la responsabilidad estatal pretendida.

Respecto a casos donde se ve involucrada la fuerza pública ante situaciones de alteración al orden, donde resultan afectado los particulares infractores, el Consejo de Estado² ha tenido oportunidad de pronunciarse, desarrollando previamente en todos los casos, el tema de la causal eximente de responsabilidad por la culpa exclusiva de la víctima, así:

HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Eximente de responsabilidad o causal excluyente de imputación

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número 66001-23-31-000-1998-00454-01(18800) Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA APELACION DE SENTENCIA

Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad —fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima— constituyen un conjunto de eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado. Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño, no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, su reparación estará rebajada en proporción a la participación de la víctima.

Así las cosas, el acervo probatorio obrante en el presente proceso demuestra que evidentemente, en la producción del daño por el cual se demandó se ve involucrada la entidad demandada.

Lo anterior teniéndose en cuenta todo el amplio material legal en torno a las obligaciones y el deber de protección correspondiente a las autoridades de Policía, y que sus agentes deben, por principio, estar atentos y desplegar una vigilancia permanente, redoblada cuando la necesidad, las circunstancias o el requerimiento lo indiquen, - como resulta ser el caso de una riña que altera el orden público y amenaza poner en peligro la vida e integridad de las personas, y que además, en el caso en concreto se produce una intervención directa de agentes de policía en los antecedentes que concluyeron con el fatal desenlace arriba descrito.

Si bien resulta claro lo anterior, la obligación relativa a la seguridad y protección de las personas no puede entenderse en términos absolutos, de modo que comprometa la responsabilidad del Estado por la simple producción de un daño en medio de un evento de alteración al orden público, pues para ello primero deben ser analizadas las condiciones en que

se produce la actuación o intervención policial, sí la institución disponía de personal, circunstancias del suceso, medios a su alcance, capacidad de maniobra, etc., para atender eficazmente la prestación del servicio requerido.

Si se desciende a las circunstancias que originaron el lamentable suceso que termina con la vida del señor VELÁSQUEZ PUELLO, lo primero que se advierte es que la víctima participa de manera activa y directa sobre la producción del daño sobre ella recaído, y que además obstruye la acción oportuna de la Policía para evitar consecuencias lamentables, como en efecto ocurre.

Lo anterior quiere decir que fue tal víctima, quien quebrantando las normas penales y atentando además contra las autoridades, quien finalmente logra su cometido de ejercer un actuar violento sobre la propiedad privada y finalmente encuentra su muerte al tomar partido en una riña.

Así pues, forzoso resulta concluir que tal resultado dañoso es exclusiva y jurídicamente imputable a la propia víctima, en virtud de su participación directa en el hecho, verificándose en cambio un actuar adecuado de la fuerza pública al atender la situación de alteración, pues es un hecho no discutido por la parte actora, que al intervenir patrulleros que se encontraban cerca en el momento mismo de los actos violentos que precedieron a las muertes acaecidas, éstos fueron atacados con elementos cortopunzantes por los implicados y posteriormente víctimas, indicando el sentido común, que ante tal situación no quedaba sino el pedido de refuerzos que por supuesto, requería de un tiempo así fuera corto para llegar hasta a la escena de los hechos.

Frente a esto último se resalta, que no puede esperarse que el Estado - a través de su fuerza pública - sea omnipotente, omnisciente y omnipresente, pues por principio, su presencia inminente para la cobertura de todo el territorio es un ideal jurídico, y que el deber que sobre tales fuerzas recae debe entenderse como relativo a su poder, es decir, referido a la posibilidad de actuar con los recursos que tiene a su servicio en el respectivo comando, la información que puede recaudar por sí y con la colaboración de los ciudadanos, y la posibilidad de desplazarse en la geografía para velar por todos y cada uno de los Colombianos bajo su jurisdicción.

Bajo las anteriores premisas encuentra la Sala que en este caso, no se allegó elemento de juicio alguno que indique que la demandada, a través de sus agentes, hubiere estado en capacidad de impedir el hecho dañoso, pues las piezas probatorias sólo dan cuenta de un actuar de la Policía que fue limitado, o no fue eficiente por el actuar de las propias víctimas.

Así, claramente se advierte que en lo que tiene que ver con los daños antijurídicos que en la modalidad de perjuicios morales y materiales se causaron a los seres queridos de DAVID VELÁSQUEZ PUELLO, cabe el siguiente razonamiento:

Está probada la muerte del mencionado señor, lo cual es demostrativo de detrimento y conduce a que se tengan por probados, - en el presente caso -, algunos de los componentes del daño antijurídico.

La imputación

Como arriba se dijo, para que la responsabilidad extra contractual del Estado deba declararse, es imperativo que se demuestre la causación de un daño antijurídico, atribuible por acción u omisión, al ente estatal y bajo uno cualquiera de los tipos de imputación que la jurisprudencia vigente ha diseñado.

En el presente caso, encuentra la Sala que no existe suficiente material probatorio que conduzca a la inequívoca conclusión, que bajo un actuar negligente de la entidad que se demanda, el particular en mención perdiera su vida, lo cual impide que se tengan por demostrados los supuestos de la falla del servicio alegada.

Así, el punto de debate que se circunscribe a una reparación por la muerte acaecida en medio de una riña, atribuible por la parte demandante al actuar negligente de la autoridad policiva, queda desvirtuado ante la prueba de la causal eximente de responsabilidad, de la culpa exclusiva de la víctima, que contribuyó efectivamente en a causación del daño.

Bajo el anterior hilo conductor, y de cara a establecer la imputación, sólo se probó la existencia de un daño (muerte) que se produce en medio de una

riña, por causa imputable al propio finado.

En ese orden, insiste la Sala en que a la luz de las normas vigentes, el mencionado daño no es susceptible de ser imputado a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, de manera que resulta procedente confirmar el fallo apelado, acogiendo para ello razones adicionales a las consideradas por la Juez – A quo.

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 veintidós (22) de agosto 2012 proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del circuito Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, acogiendo la Sala razones adicionales a las consideradas por la Juez A – quo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE ELIEZER JANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



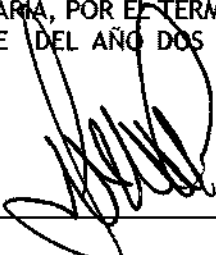
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1287
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: CAJA AGRARIA EN LIQUIDACION-PAR
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2010-00911-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.- Cartagena, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

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

Sentencia de Primera Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-23-31-003-2010-00911-00
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Caja Agraria en liquidación - Patrimonio Autónomo de Remanente (PAR)
Demandado : Distrito de Cartagena

Tema: Prescripción de Impuesto Predial Unificado (Tributario)

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA 9537, emanado del Consejo Superior de la Judicatura y la Circular No. 013 de 2012 del Consejo Seccional de la Judicatura, procede a decidir la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por la CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN – PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES contra el DISTRITO DE CARTAGENA.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN – PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES, interpone demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el DISTRITO DE CARTAGENA, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

Primero: Que se declare la nulidad de la **Resolución No. 00087 de marzo 16 de 2009**, “Por medio de la cual se resuelve la solicitud de prescripción de cobro del impuesto predial” y la nulidad de la **Resolución No. 00035 de abril 13 de 2010**, a través de la cual se resuelve el recurso de reconsideración que confirmó la decisión inicial. Todas ellas proferida por el Distrito de Cartagena – Secretaría de Hacienda Distrital.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene declarar la inexistencia de la obligación tributaria debido a la procedencia de la prescripción de la

Rad: 003-2010-00911-00
Dte. Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo. Distrito de Cartagena.

acción de cobro de las obligaciones fiscales de los años 1997 a 2001 e incompetencia de la administración de impuestos del Distrito de Cartagena, para el cobro de dicha obligación, por concepto de impuesto predial unificado y sobretasa al medio ambiente de los lotes No. 4 y 11 Mza. "V" Urbanización ciudad Bocacanoa en arroyo de piedra, identificados con matrícula inmobiliaria 060-113779 y referencia catastral 00-01-0004-0479-00 y matrícula inmobiliaria 060-113786 y referencia catastral 00-01-0004-0481-000, respectivamente.

Tercero: Que se ordene a la demandada acreditar el pago efectuado y el cumplimiento de la obligación por parte del Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) Caja Agraria en Liquidación, en el Banco Sudameris, por concepto de impuesto predial unificado para las vigencias 2002 a 2007, equivalente a la suma de \$57.037.660.00 correspondiente al inmueble de referencia catastral No. 00-01-0004-0481-000 y la suma equivalente a \$60.361.828.00 correspondiente al inmueble de referencia catastral No. 00-01-0004-0479-00.

Cuarto: Que se ordene a la Secretaría de Hacienda Distrital expedir factura de cobro corregida en donde se incluya exclusivamente el cobro de los valores adeudados por concepto de impuesto predial de las vigencias 2008 y 2009 correspondiente a los predios de referencia.

Quinto: Que se condene al Distrito de Cartagena de Indias – Secretaría de Hacienda Distrital al pago de costas y gastos del proceso.

HECHOS

En resumen son los siguientes:

1. Narra la demandante que el día 29 de noviembre de 2006, presentó derecho de petición ante la accionada solicitando la prescripción de la acción de cobro para los predios identificados con cédula catastral No. 00-01-0004-0479-000 y No. 00-01-0004-0481-000 de propiedad de la Caja Agraria en Liquidación los cuales fueron recibidos en dación en pago por la compañía Mares de Cartagena Ltda. según escritura No. 1718 del 5 de abril de 2001, dejando así para su cobro únicamente las vigencias 2002 a 2006 de las cuales solicitó la correspondiente cuenta de cobro o factura discriminada por vigencias, avalúos y tarifas.
2. Que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias expidió: i) Factura No. 0710101018400081-09 con fecha de emisión 1 de febrero de 2007, correspondiente al Lote de terreno No. 11, identificado con referencia catastral No.00-01-0004-0481-000, cuyo saldo a pagar, cuantificado a 28 de febrero de 2007 era de \$171.661.696,00 y con vencimiento a 31 de marzo del mismo año, era de \$173.086.208,00 y ii) Factura No. 0710101018400061-41 con fecha de emisión 1 de febrero de 2007, correspondiente al Lote de terreno No. 4, identificado con referencia catastral No. 00-010004-0479-000, cuyo saldo a pagar, cuantificado a 28

Rad 003-2010-00911-00
Dte Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

de febrero de 2007 era de \$190.450.310,00 y con vencimiento a 31 de marzo del mismo año era de \$192.019.350,00.

3. Así mismo, previa solicitud efectuada por el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES (PAR) CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN, la División de Impuesto de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias expidió: I) Factura de Pago No. 0710101018857801-07 con fecha de emisión 15 de marzo de 2003, correspondiente al Lote de terreno No. 11, identificado con referencia catastral No. 00-01-0004-0481-000, en cuyo cuerpo se identifica claramente como valor a pagar la suma de \$ 57.037.660,00, valor correspondiente al "PAGO PARCIAL, VIGENCIA(S) ELEGIDA(S) POR EL CONTRIBUYENTE DESDE 2002 HASTA 2007" y II) Factura de Pago No.0710101018857691-43 con fecha de emisión 15 de marzo de 2003, correspondiente al Lote de terreno No. 4, identificado con referencia catastral No.00-01-0004-0479-000, en cuyo cuerpo se identifica claramente como valor a pagar la suma de \$ 60.361.828,00, valor correspondiente al "PAGO PARCIAL, VIGENCIA(S) ELEGIDA(S) POR EL CONTRIBUYENTE DESDE 2002 HASTA 2007".
4. Que el día 21 de marzo de 2007 la División de Impuesto de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias expide y envía, vía fax, al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES (PAR) CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN: i) "INFORME DE ESTADO DE CUENTA CORRIENTE, de impuesto predial unificado y sobretasa al medio ambiente, respecto del predio distinguido con referencia catastral No .00-01-0004-0481-000, generado desde el año 1997 y hasta el año 2007, por valor total de \$172.950.090,00 y ii) "INFORME DE ESTADO DE CUENTA CORRIENTE, de impuesto predial unificado y sobretasa al medio ambiente, respecto del predio distinguido con referencia catastral No. 00-01-0004-0479-000, generado desde el año 1997 y hasta el año 2007, por valor total de \$191.880.188,00.
5. Que de conformidad con la información que se desprende del INFORME DE ESTADO DE CUENTA CORRIENTE relativo al lote No. 11, distinguido con referencia catastral No.00-01- 0004-0481-000, generado por la División de Impuesto de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias el 21 de marzo de 2007, el saldo pendiente de pago por concepto de impuesto predial unificado y sobretasa al medio ambiente, correspondiente a las vigencias 1997, 1998 1999 2000 y 2001 equivalía a la suma de \$115.832.163,00 y la suma de \$131.412.030.00 correspondiente a la misma vigencia pero en el predio de referencia catastral No. 00-01-0004-0479-000.
6. En ese orden, el día 30 de marzo de 2007, con base en la liquidación efectuada por la demandada por concepto del impuesto predial unificado correspondiente a las vigencias 2002 a 2007, procedió a efectuar el pago de la suma de \$57.037.660.00, respecto del predio identificado con la referencia catastral No. 01-0004-0481-000, y la suma de **\$60.361.828,00**, respecto del predio identificado con la referencia

Rad 003-2010-00911-00
Dte Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

catastral No. 01-0004-0479-000, en el Banco Sudameris tal y como consta en el sello de pagado impreso en las facturas No. 0710101018400081-09 y 0710101018400061-41.

7. Que el día 29 de enero de 2009, la División de Impuestos de la Secretaría de Hacienda Distrital expidió facturas No. 0910101012157744-40 y No. 0910101012157764-08; así como, los INFORMES DE ESTADO DE CUENTA CORRIENTE TRIBUTARIO del impuesto predial y sobretasa al medio ambiente, correspondiente a los predios con referencia catastral No. 01-0004-0479-000 y No. 01-0004-0481-000; en dichas facturas y en los mencionados informes se registran valores generados para los años desde el 2002 hasta el 2009. No se registran valores para los años anteriores al año 2002.
8. Luego relata la actora que el Director General del Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) Caja Agraria en Liquidación, mediante comunicación No. UG-CA-AB 000287 de febrero 23 de 2009, solicitó a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias "...La aplicación correcta del pago efectuado por la caja Agraria en Liquidación el día 30 de marzo de 2.007, en donde se establece claramente que las vigencias para las **Cédulas Catastrales 01-0004-0479-000 y 01-0004-0481-000** corresponden única y exclusivamente a los valores adeudados por las vigencias 2.002 a 2.007; dicho pago no debe aplicarse a vigencias anteriores a las mencionadas por cuanto la prescripción de la acción de cobro de éstas fue solicitada mediante Derecho de Petición DC-1815 de fecha 29 de noviembre de 2006. De esta forma se aplica y cumple lo establecido en el Artículo 804 del Estatuto Tributario Nacional, modificado por el Artículo 6 de la Ley 1.066 de 2006."
9. En ese sentido a través de Resolución No. 00087 de marzo 16 de 2009, el Distrito de Cartagena consideró "*Que las facturas emitidas por la Secretaria Hacienda Distrital de fecha 15/03/2001, las cuales fueron aportadas por el contribuyente no se ve reflejado sello del banco donde se realizaron la cancelación del pago parcial elegido por ellos; pero si aparecen con sello de cancelado del banco de fecha 30 de marzo de 2007 las facturas No. 071010101840006141 y 071010101.8400081-09 emitidas igualmente por la Secretaria de Hacienda pero con fecha 01/02/2007.*" y ii) *Que resulta claro que el contribuyente con la factura que canceló no indica las vigencias que deseaba cancelar por lo que no se puede pretender que se corrija la aplicación del pago efectuado sobre las vigencias anteriores al 2002, por encontrarse prescritas y que le sean aplicadas a las vigencias 2002 al 2007.*", *Resolvió: "NEGAR la solicitud de prescripción y aplicación correcta de pago, presentada por el contribuyente colacionado por las razones expuestas..." y concedió al peticionario, el ejercicio del recurso de reconsideración dentro de los dos (2) meses siguientes al notificación de la mencionada Resolución No. 00087".*
10. Dentro del término legal, el Director General del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES (PAR) CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN** presentó recurso de

Rad: 003-2010-00911-00
Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

reconsideración en el que solicitó la revocatoria de la decisión contenida en la Resolución 00087 de marzo de 2009 y en consecuencia se declarara la prescripción de la acción de cobro del impuesto predial de 1997 a 2001, iii) Aplicar correctamente el pago efectuado por el PAR CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN el 30 de marzo de 2007, correspondiente a las vigencias fiscales de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 respecto de los inmuebles identificados con la referencia catastral No. 01-0004-0479000 y No. 01-0004-0481-000.

11. A través de la comunicación No. SHD.190/09 de julio 16 de 2009, el Secretario de Hacienda Distrital formuló respuesta al derecho de petición presentado por el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES (PAR) CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN de fecha 23 de febrero de 2009, señalando: *"Teniendo en cuenta el estado actual de la actuación seguida por esta Administración respecto del contribuyente Fiducia la Previsora S.A. y considerando que los temas controvertidos en el presente caso, son de naturaleza jurídica tributaria, se concluye que los argumentos del Derecho de Petición que por medio de este se responde y del Recurso de Reconsideración interpuesto el día 20 de mayo de 2009, con el código de registro EXT-AMC 09-0017530, contra la Resolución 0087 del 16 de marzo de 2009, están encaminados a conseguir los mismos objetivos; por lo que esta Administración, con fundamento en lo antes expuesto decidirá la inconformidad planteada en el mencionado recurso en el término legal correspondiente para así resolver de fondo los temas planteados en las dos comunicaciones el contribuyente"*.

12. Finalmente mediante Resolución No. 0035 de abril 13 de 2010 el Secretario de Hacienda del Distrito de Cartagena de Indias, en respuesta al recurso de reconsideración interpuesto resolvió confirmar la decisión inicial alegando lo siguiente:

"i) En relación con el Silencio Administrativo Positivo: "...Pese a estar comprobada la presentación del escrito en el año 2006 y a pesar de no haber evidencia de que haya sido respondida la petición, por parte de la Administración, esta ausencia de pronunciamiento no tiene la virtud de generar dichos efectos, dado que como ya se indicó, la ocurrencia del silencio administrativo positivo se origina cuando la norma taxativamente señala dicha consecuencias para situaciones específicas, de conformidad con los establecido en el artículo 41 del Código Contencioso Administrativo o en la normatividad especial que la contemple.. Como se observa claramente de la transcripción del artículo 16 del Acuerdo 030 de 2001 esta consecuencia no está establecida para esta clase de peticiones o reclamaciones, sino para errores de la facturación, por lo que no le asiste razón al contribuyente en su planteamiento ni en la consecuencia que se pretende derivar de la supuesta falta de respuesta por parte de la Administración Distrital". ii) En cuanto al error comunis: "...la situación que se plantea... no es de ocurrencia común, dado que en materia de impuestos distritales, antes de la expedición de la ley 1066 de julio 29 de 2006, la

Rad: 003-2010-00911-00
 Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
 Ddo: Distrito de Cartagena.

imputación de los pagos efectuados por el contribuyente sólo podía aplicarse a la vigencia más antigua y solo a partir de la promulgación de esta Ley, es que el contribuyente puede seleccionar las vigencias que desea cancelar, respetando en todo caso la imputación de los pagos señalada en el artículo 804 del E.T. Nacional...". "En segundo lugar porque a pesar de haber solicitado el contribuyente un recibo para determinadas vigencias, no fue éste el que utilizó para efectuar el pago, por lo que no le era posible a la Administración conocer el querer del administrado, sino a través de este medio (la factura cancelada) y no a través de otras facturaciones que se pudieron haber generado y comúnmente así se hace, pero que no fueron canceladas y que constituye únicamente "liquidaciones sugeridas" del impuesto adeudado por el contribuyente.". " Es claro entonces en la situación que se estudia que fue correcta la aplicación de los pagos que hizo la Administración, teniendo en cuenta que el contribuyente no señaló expresamente a cuáles vigencias quería que se le aplicara, dado que la Administración ante la falta de indicación por parte del contribuyente, imputó el pago a las vigencias más antiguas". iii) En lo que hace referencia a la Carencia de Sustento Legal de la Resolución Recurrída: "este Despacho reitera que lo establecido en el artículo 819 del Estatuto Tributario Nacional, hace improcedente las peticiones del contribuyente por cuanto esa disposición legal es clara en señalar que el pago de obligaciones prescritas no puede ser materia de repetición..." y iv) En cuanto a la No comparecencia de la Administración como Acreedor en el Proceso de Liquidación de la Caja Agraria: "No fue tema planteado en la petición y por tanto, sobre este aspecto no se pronunció la Administración Distrital en la resolución recurrida, por lo que no sería procedente en esa instancia efectuar pronunciamiento alguno, amen que es irrelevante,' en atención a que el contribuyente canceló las obligaciones como quedó establecido...". RESOLVIÓ confirmar la Resolución No. 00087 de 16 de marzo de 2009, por la cual se niega la prescripción de las vigencias 1997 hasta 2001 y la aplicación de pagos vigencias diferentes a las canceladas a cargo del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES (PAR) CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN. (fl. 1-7)

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Aduce el actor, que la entidad demandada, con la expedición del Acto en cita, viola las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Art. 6, 23, 25, 29, 363 de la Carta Política.

Legales: Arts. 5, 6, 25, 31 y ss C.C.A.; Arts. 360 y 361 del Acuerdo Distrital 030 de 2001; Arts. 717, 804, 817 y 818 del Estatuto Tributario Nacional; Art. 22 de la Ley 150 de 1999 y Art. 23 y ss del Dto. 2211 de 2004; Resolución no. 0329 del 10 de junio de 2008 suscrita por el Distrito de Cartagena.

Aduce del contenido de los artículos 360, 361 del Acuerdo Distrital No. 030 de 2001 y de los artículo 817 y 818 del Estatuto Tributario, que para efecto de que la acción de cobro de

Rad: 003-2010-00911-00
Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

las obligaciones fiscales prescriba deben configurarse las siguientes condiciones: 1) Que hayan transcurrido 5 años contados a partir de la fecha en que dichas obligaciones fiscales se hicieron exigibles, 2) Que la administración en este caso el Distrito de Cartagena, no desarrolle dentro del término de prescripción, las actuaciones orientadas a obtener el cobro de la obligación tributaria previamente determinada bien sea a través de una declaración o de un acto administrativo, 3) Que no se haya configurado alguna de las situaciones que tiene la característica de interrumpir el término de prescripción o que habiéndose interrumpido haya transcurrido el tiempo estipulado en la ley para la operancia de la prescripción, es decir 5 años, 4) Que el deudor del tributo alegue la prescripción de la acción a través de derecho de petición o de la excepción dentro del proceso de cobro coactivo o esta sea declarada motu proprio por parte de la administración de impuestos.

Advierte que en el caso bajo estudio, transcurrieron cinco (5) años a partir de la fecha en que las obligaciones fiscales correspondiente a las vigencias de 1997 a 2001 se hicieron exigibles; así mismo, la administración distrital de Cartagena, no adelantó ninguna actuación administrativa tendiente a obtener el cobro de las obligaciones tributarias causadas para dichas vigencias; en ese sentido señala que no se presentó causal de interrupción del término de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones tributarias; que el día 29 de noviembre de 2006 se presentó petición a fin que se decretara la prescripción de la acción de cobro para los predios de referencia, los cuales habían sido recibidos en dación en pago por la Compañía Mares de Cartagena Ltda, dejando así para su cobro únicamente las vigencias 2002 a 2006 de las cuales se solicitó la correspondiente cuenta de cobro o factura discriminada por vigencias, avalúos y tarifas.

Que no existe motivación jurídica válida para que la administración distrital soporte la negativa del reconocimiento de la prescripción de la acción de cobro, generando en consecuencia una flagrante violación de las disposiciones constitucionales y legales.

En cuanto a **la pérdida de competencia**, señala que el artículo 717 del Estatuto Tributario prescribe que la administración tiene cinco (5) años para determinar la obligación tributaria mediante liquidación de aforo, por lo que vencido este término, la administración de impuestos pierde competencia para constituir el título y consecuentemente adelantar las acciones de cobro por extinción de la obligación. Por consiguiente, la administración de impuesto de Cartagena desde el año 1997 nunca expidió el acto administrativo para la determinación oficial de los tributos causados en las vigencias de 1997 a 2001, en consecuencia no le era dable jurídicamente imputar el pago efectuado por el contribuyente para las vigencias 2002 a 2007, toda vez que carecía de competencia para la determinación oficial y cobro de los tributos causados entre los años 1997 a 2001, por inexistencia de la obligación.

En relación con **la indebida imputación para el pago** efectuada por la administración distrital de Cartagena, señala que la existencia de la obligación tributaria por concepto de impuesto predial y sobretasa al medio ambiente para los años 2002 a 2007 y cuyos valores fueron liquidados por la demandada a través de la factura de pago No.

Rad. 003-2010-00911-00
Dte Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena

0710101018857801-07 de fecha 15 de marzo de 2003, por valor de \$ **57.037.660.00** y la factura No. 0710101018857691-43 de fecha 15 de marzo de 2003 por valor de **\$60.361.828.00**; se efectuó el pago el día 30 de marzo en el Banco Sudameris, extinguiendo las obligaciones pendientes correspondientes a los años 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007.

Resulta cierto que la momento de efectuar el pago ante la entidad bancaria, por los valores correspondientes y liquidados por la administración de impuestos distritales de Cartagena para el período gravable 2002 a 2007, el contribuyente hizo uso de las facturas No. 0710101018400081-09 y 0710101018400061-41 expedidas en febrero de 2007 en donde la administración distrital no discriminó ni determinó el impuesto para cada año gravable, simplemente realizó la liquidación general de varios años gravables sin su identificación, de tal suerte que con base en la liquidación solicitada por el contribuyente para el período 2002 a 2007 y los valores liquidados para este mismo periodo por parte de la administración distrital se procedió a realizar el pago.

Que se desconoce la normatividad y la figura jurídica aplicada por la administración de impuestos, para imputar el pago efectuado por el contribuyente para el período gravable 2002 a 2007 cuyos valores no se compadecen con las sumas causadas entre el año 1997 a 2001, más aun, se desconoce cómo se entendieron liquidadas, saldadas y cumplidas dichas supuestas obligaciones si el valor efectivamente pagado por el contribuyente, ilegalmente imputado por la Secretaría de Hacienda, es inferior al registrado en el estado de cuenta corriente para cada uno de los lotes durante las vigencias 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001.

Que esta actuación de la demandada, desconoce la intención y voluntad del contribuyente quien pagó y canceló las obligaciones tributarias correspondientes al periodo gravable 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007 en aplicación al artículo 804 del Estatuto Tributario Nacional.

Manifiesta que el Distrito de Cartagena vulneró el Dto. 2211 de 2004 y la Ley 150 de 1999, toda vez que estaba obligado a presentar la respectiva reclamación por concepto de acreencias fiscales de los años 1997 a 2001 dentro del plazo previsto en el artículo 24 de dicha normatividad; es por ello, que éste trámite no fue aplicado por la demandada, por lo que el crédito derivado de las obligaciones tributarias generadas durante los años gravables 1997 a 2001, se constituyeron en obligaciones excluidas de la masa por tratarse de pasivos ciertos no reclamados en la forma y oportunidad dispuesta en la Ley. (fl. 8-18)

DEFENSA

El apoderado judicial del Distrito de Cartagena se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las siguientes excepciones:

Excepciones

- Legalidad de los actos administrativo demandados.

Aduce que los actos administrativos acusados deben mantenerse incólumes, dado que las actuaciones desplegadas en ellos se encuentran amparados en normas legales y por el estatuto distrital y nacional.

Así mismo, advierte que efectivamente el Distrito emitió las facturas No. 00-010004-0481-00 y No 00-01-0040479-00, las cuales tenían la posibilidad de ser canceladas hasta el 31 de marzo de 2007 y podría realizarse pagos parciales si el contribuyente hubiere hecho uso del derecho que le asistía, según el artículo 804 del estatuto tributario, el cual puede éste elegir las vigencias a las que pretende imputar el pago. Sin embargo, el contribuyente el día 30 de marzo de 2007 realiza la cancelación del pago parcial respecto de las facturas No 0710101018400061-41 y 0710101018400061-09 emitidas el 01 de febrero de 2007, por la Secretaria de Hacienda Distrital, en las cuales no diferenció las vigencias a las que se pretendía imputar el pago parcial que se estaba realizando, además, las mismas fueron emitidas por la oficina respectiva para que sobre ellas se realizara un pago total de la deuda.

Considera en este caso la demandada que al haberse efectuado el pago sin la determinación de las vigencias, el estatuto tributario faculta a la administración para que aplique el pago a las vigencias de la más antigua a la más reciente y en ese momento, es decir, para el año 2007 se encontraba pendiente por pagar los periodos correspondientes desde el año 1997 a 2007, por lo que la Secretaria de Hacienda Distrital, asignó el pago a la vigencia más antigua que era la correspondiente a los periodos 1997 a 1999.

Destaca que para el año de 2008, a través de la Resolución No 0329 el Distrito realizó el saneamiento y depuración de la cartera vigente y como tal, se decretó de manera oficiosa la prescripción de vigencias del año 1999 a 2002. Por lo que, en la actualidad se encuentra que el contribuyente adeuda al Distrito de Cartagena, las vigencias correspondientes del año 2002 a 2007.

- Indebido agotamiento de la vía gubernativa

Manifiesta que en el presente asunto la demandante al momento de presentar el recurso de reconsideración estableció como puntos de inconformidad (i) el error común, basado en que tanto la administración como el contribuyente erraron en el uso de las facturas a través de las cuales se realizaron los pagos parciales (ii) la configuración de un silencio positivo (iii) y la falta de motivación normativa de las resoluciones que fuere objeto de recursos.

En ese sentido señala la demandada que al revisar la demandada se aprecia que establecen como normas violadas el estatuto distrital Acuerdo No. 030 de 2001, sobre la

Rad 003-2010-00911-00
Dte. Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

figura de la prescripción y la forma como se aplica la misma, es decir, no guarda relación alguna este argumento con lo que viene expuesto en vía gubernativa.

- Improcedencia del restablecimiento solicitado.

Aduce que de prosperar la nulidad de los actos demandados, resulta imposible la declaratoria de prescripción de las vigencias del año de 1997 a 2002, debido que las mismas se le imputo el pago que el día 30 de marzo de 2007 realizó el contribuyente, por lo que frente a ellas solo cabrá decir que no existe obligación pendiente, es decir que se encuentra a paz y salvo, por pago más no por prescripción u otra figura asimilable.

En cuanto a las vigencias de 2000, 2001 y 2002, estas ya fueron prescritas a través de la Resolución No. 0329 del 10 de junio de 2008, siendo como tal improcedente que a través de esta sentencia se ordene una prescripción que ya viene hecha por la administración distrital.

- Las genéricas o innominada que resulte probada.

Solicita que se declare cualquier otra excepción que resulte probada durante el transcurso del presente proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 164 del C.C.A. (fl. 174-184)

ALEGATOS

Por parte del Demandante.

Reitera los argumentos esbozados en la demanda y agrega frente a la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, que tal como se desprende del contenido de los derechos de petición presentados el día 29 de noviembre de 2006 y 23 de febrero de 2009, ha sido congruente y reiterativa la petición de solicitud de prescripción de la acción de cobro del impuesto predial y sobretasa del medio ambiente para las vigencias fiscales 1997 a 2001 respecto de los predios de referencia, por lo que la demanda que se tramita ante esta jurisdicción tiene como fundamento los mismos hechos y las mismas pretensiones formuladas en instancia administrativa. (fl. 422-430)

Por parte del Demandado.

Se ratifica en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (fl. 431-440)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el señor Procurador Judicial delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, no rindió concepto. (fl. 441)

ACTUACIÓN PROCESAL.

En el presente asunto, la demanda fue admitida mediante providencia de fecha 24 de Febrero de 2011. (fl. 108-109).

Luego, el proceso se fija en lista el día 12 de Mayo de 2011. (fl. 109 al reverso)

Mediante auto del 9 de agosto de 2011, se prescindió del periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 419-421).

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

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 4 del Artículo 132 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer el presente asunto, en virtud de que se discute el monto de una obligación tributaria y la cuantía excede los trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

Caducidad

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. **0035 del 13 de abril de 2010**, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, se notificó personalmente el día 26 de abril de 2010 y la demanda se impetró el día 13 de agosto de 2010; es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Acto Acusado

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. **00087 del 16 de marzo de 2009**, *“Por medio de la cual se resuelve la solicitud de prescripción cobro de impuesto predial y aplicación correcta de pago.*
- Resolución No. **0035 del 13 de abril de 2010**, *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración”.* Todas ellas proferidas por la entidad demandada.

Cuestión Previa

Antes de abordar el estudio del caso concreto, la Sala observa que la parte demandada en su escrito de defensa, propuso como excepciones (i) la legalidad de los actos

Rad 003-2010-00911-00
Dte. Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena

administrativos demandados (ii) el indebido agotamiento de la vía gubernativa y (iii) la improcedencia del restablecimiento del derecho.

Pues bien en el caso particular, el Tribunal analizara en este contexto la excepción de **indebido agotamiento de la vía gubernativa**, como quiera que de prosperar no habría lugar a seguir pronunciándose sobre el resto de la controversia, toda vez que resultaría probado que la administración no tuvo oportunidad de pronunciarse previamente de lo pretendido por la demandante; y en esa medida habría una violación al debido proceso y defensa de la administración, por lo que de ser así esta judicatura carecería de competencia para resolver la controversia dado que no se agotó el requisito de procedibilidad de agotar la vía gubernativa, necesario para acudir ante esta instancia judicial.

Las demás excepciones como bien aprecia la Sala se refieren al debate del asunto, por lo que para ser resueltas necesariamente habría que analizar el material probatorio, y los argumentos expuestos por cada una de las partes, por lo tanto estas se resolverán en conjunto con el fondo de la litis.

Así las cosas, es pertinente señalar que el Distrito de Cartagena alega que existe un indebido agotamiento de la vía gubernativa, dado que la demandante en su recurso de reconsideración señaló como puntos de inconformidad (i) el error común, basado en que tanto la administración como el contribuyente erraron en el uso de las facturas a través de las cuales se realizaron los pagos parciales (ii) la configuración de un silencio positivo (iii) y la falta de motivación normativa de las resoluciones que fuere objeto de recursos; en la demanda aduce como norma violada el Acuerdo No. 030 de 2001, relativo a la prescripción del cobro de la obligación.

La Sala sin hacer mayor elucubración, al revisar el contenido de los actos acusados y la demanda de referencia, encuentra que efectivamente la parte actora desarrolla unos argumentos nuevos que igualmente se refieren al debate central de la litis; que es la prescripción del cobro de las vigencias anteriores al año 2002, pues en sede administrativa claramente se observa que éste ha sido el tema principal de la controversia como quiera que su pretensión no es más que demostrar que el pago efectuado se aplicó sobre unas vigencias prescritas, por lo que a juicio de la Sala no existen cargos nuevos en este caso, sino argumentos adicionales que no desdibujan en lo absoluto lo desarrollado en sede administrativa, puesto que en todo lugar el libelista ha basado su tesis en que existió un error de la administración al aplicar un pago efectuado por ésta sobre una vigencia que ya se encontraba prescrita.

Rad 003-2010-00911-00
Dte. Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo. Distrito de Cartagena

En ese sentido, la Honorable Corporación de lo Contencioso Administrativo¹, sobre la inclusión de argumentos nuevos en la demanda que no se conocieron en sede administrativa ha dicho:

"En todo caso, para que se cumpla este requisito de procedibilidad, resulta necesario que el administrado exprese con claridad el objeto de su reclamación o los motivos de su inconformidad, según el caso, pues lo que se busca con dicha exigencia es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente ante la administración. No quiere ello decir que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión invocada en sede administrativa, siempre que no se cambie el objeto de la petición. Así las cosas la persona que acude ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para interponer una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, podrá incluir nuevos argumentos y fundamentos de hecho y de derecho a los cuales no hizo mención al interponer los respectivos recursos en la vía gubernativa. Lo que no le es dable al demandante es incluir pretensiones distintas a las que adujo en sede administrativa o variar sustancialmente la reclamación".

En ese orden de ideas, la Sala colige que la excepción propuesta por la demandada no está llamada a prosperar y en consecuencia hay lugar para resolver el fondo del asunto.

Problema Jurídico

¿Es procedente imputar el pago de obligaciones tributarias sobre vigencias vencidas no prescritas por la administración pública, cuando el contribuyente omite en su factura distinguir cuál periodo gravable está cancelando? De ser así, ¿Actuó la Administración Distrital de Cartagena conforme a derecho, al aplicar el pago de los tributos efectuado por la demandante sobre las vigencias anteriores al año 2002, en virtud de que estas por acto administrativo no habían sido declaradas prescritas?

Marco Normativo y Jurisprudencial.

El impuesto predial unificado es un tributo que grava los inmuebles que se encuentran ubicados dentro del territorio nacional, el cual fue creado a través de la Ley 14 de 1983, Decreto 1333 de 1986 y la Ley 44 de 1990, cuyo recaudo y administración corresponde a cada municipio. Por ello, mediante la normatividad de referencia, se fijaron las bases para que cada uno de los concejos municipales dieran aplicación en sus respectivas áreas sobre el recaudo de dicho tributo, la destinación de los dineros que recauden, el ajuste anual base, el límite del impuesto, la tarifa y la base gravable.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "B". C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila Bogotá D.C 03 de febrero de 2011 Rad: 54001-23-31-000-2005-00689-02(0880-10)

Rad 003-2010-00911-00
Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

En esa medida, el Concejo Distrital de Cartagena, con base en las facultades otorgadas por las normas de referencia, mediante Acuerdo No. 030 de 2001, adopta el Estatuto Tributario Distrital de la ciudad.

Pues bien; en el mencionado Acuerdo, el Concejo de Cartagena, señaló la base gravable, el sujeto del impuesto y las tarifas que se debían cobrar con relación a este tributo, así mismo, estableció en el Título IV las formas de extinguir la obligación tributaria, tales como la prelación en la imputación del pago, facilidad para el pago, cobro de garantías, compensación de las deudas, **prescripción**, dación en pago.

Con relación a la prescripción, el artículo 360 del susodicho Acuerdo determinó:

" Art. 360. Prescripción. La acción de cobro de los impuestos distritales y la retención en la fuente prescriben en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles. Los mayores valores u obligaciones determinados en actos administrativos, en el mismo término, contados a partir de la fecha de su ejecutoria.

La prescripción podrá decretarse de oficio, o a solicitud del deudor"

A su vez el artículo 362 de la norma en cita, preceptúa *"que lo pagado para satisfacer una obligación prescrita no puede ser materia de repetición, aunque el pago se hubiere efectuado si conocimiento del (sic) prescripción."*

En ese orden la legislación local claramente desarrolla lo concerniente con el recaudo del impuesto predial unificado y las formas como se puede extinguir la obligación surgida a través éste.

No obstante, es pertinente advertir que el Estatuto Tributario Nacional, con respecto a la prescripción de la acción de cobro estableció en su artículo 817 lo siguiente:

"ARTÍCULO 817. TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE COBRO. <Artículo modificado por el artículo 86 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de:

- 1. La fecha de vencimiento del término para declarar, fijado por el Gobierno Nacional, para las declaraciones presentadas oportunamente.*
- 2. La fecha de presentación de la declaración, en el caso de las presentadas en forma extemporánea.*
- 3. La fecha de presentación de la declaración de corrección, en relación con los mayores valores.*
- 4. La fecha de ejecutoria del respectivo acto administrativo de determinación o discusión.*

Rad 003-2010-00911-00
 Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
 Ddo: Distrito de Cartagena.

<Inciso 2o. modificado por el artículo 8 de la Ley 1066 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La competencia para decretar la prescripción de la acción de cobro será de los Administradores de Impuestos o de Impuestos y Aduanas Nacionales respectivos, y será decretada de oficio o a petición de parte.

De la misma manera preceptuó en el artículo 819 que el pago de la obligación prescrita, no se puede compensar, ni devolver, aunque se hubiere efectuado el pago sin conocimiento de la prescripción; normatividad que recogió el acuerdo distrital en el artículo 362.

En otra arista resulta pertinente destacar que tanto el Acuerdo No. 030 de 2001, como el artículo 804 del Estatuto Tributario Nacional señalaron la prelación en la imputación del pago, el cual se trae a colación como quiera que fue alegado por la parte demandada en su escrito de contestación y en los actos acusados. Así:

"PRELACIÓN EN LA IMPUTACIÓN DEL PAGO. Los pagos que por cualquier por concepto hagan los contribuyentes o agentes de retención de los impuestos declarados, deberán imputarse al período e impuesto que indique el contribuyente, en las mismas proporciones con que participan las sanciones actualizadas, intereses, anticipos, impuestos y retenciones, dentro de la obligación total al momento del pago".

Sin embargo, el Acuerdo Distrital al desarrollar la norma nacional consignó que se tendrá prelación en la imputación del pago, (i) Para el impuesto predial los pagos se imputaran primero a las deudas más viejas cubriendo intereses y el impuesto correspondiente al mismo. (ii) Cuando el contribuyente o agente de retención impute el pago en forma diferente la Secretaría de Hacienda lo reimputará en el orden señalado sin que se requiera acto administrativo (iii) Cuando el contribuyente o agente retenedor no indique el periodo, la administración podrá hacerlo al periodo más antiguo, respetando el orden de prelación señalado.

Sobre el particular el Honorable Consejo de Estado² ha preceptuado:

"De acuerdo con la misma norma, los pagos efectuados por los contribuyentes del impuesto, se abonan a sus respectivas cuentas en el siguiente orden: intereses, sanciones, pago del impuesto, comenzando por las deudas más antiguas, y, en caso de pagos en exceso, habría lugar a la devolución si el contribuyente la solicita, o a la aplicación de los sobrantes a obligaciones ya causadas o que se causen en el futuro.

...Sin embargo, so pretexto de la imputación de pagos, la Administración no puede modificar las declaraciones del contribuyente, pues ello constituye una violación al

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta C.P. Hector J. Romero Díaz Bogotá D.C. 15 de noviembre de 2007 Rad: 25000-23-27-000-2002-00433-01(15054)

debido proceso. Por su parte, el artículo 133 del Decreto 807 de 1993, en concordancia con el artículo 804 del Estatuto Tributario Nacional, señaló que los pagos efectuados por los contribuyentes, deben imputarse al período e impuesto que ellos indiquen, a sanciones, intereses e impuestos. Y, la Administración sólo está facultada para elegir el período al cual imputar los pagos, cuando los contribuyentes no lo señalan expresamente. (Subraya fuera de texto)

En otros pronunciamientos dijo³:

“Teniendo en cuenta que según el artículo 804 ib., los pagos que por cualquier concepto hagan los contribuyentes, deberán imputarse primero a sanciones, segundo a intereses, y por último a anticipos, impuestos o retenciones, y que de acuerdo con la misma norma, cuando el contribuyente impute el pago en forma diferente, la Administración está facultada para reimputar en el orden señalado, “sin que se requiera de acto administrativo previo”, es claro que para que proceda la compensación de las deudas pendientes, incluidos los intereses de mora, resulta suficiente motivación del acto que la decide, la especificación de los valores y conceptos respecto de los cuales se ha hecho la imputación, que es precisamente lo que expresa la Resolución 6295 de 20 de noviembre de 2000, por la cual se decidió la solicitud de compensación y devolución, al indicar en forma clara, los períodos compensados, el concepto y valor de las imputaciones respectivas, así como la liquidación de los intereses moratorios compensados, sobre los cuales versó la inconformidad de la contribuyente al interponer el recurso respectivo”.

Con base en lo descrito, la Sala destaca los hechos más relevantes que servirán para resolver la controversia.

Lo probado.

- A folio 160 milíta copia de la solicitud de prescripción de cobro al impuesto predial sobre las vigencias 1997 a 2000, de fecha 29 de noviembre de 2006, la cual fue recibida el día 04 de diciembre de 2006, por parte de la Alcaldía Mayor de Cartagena. (fl. 260)
- Oficio SHD-IPU-No. 0098-2010 de fecha 26 de marzo de 2010, dirigido a la Asesora Código 105 Grado 55 – Grupo Asesor Tributario de la ciudad, por parte del profesional especializado de impuesto predial; donde solicita información sobre si se le dio respuesta al derecho de petición de fecha 29 de noviembre de 2006, así mismo, advierte que *“toda solicitud de prescripción dirigida a los funcionarios de la Secretaria de Hacienda Distrital, recibida en la oficina de correspondencia debía ser enviada a la oficina de Dirección de Jurisdicción Coactiva a cargo de los Doctores*

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié Bogotá D.C. 03 de marzo de 2005. Rad. 25000-23-27-000-2002-90149-01(13877)

Manuel Azuero y Aisor Arana, funcionarios que adelantaban los trámites respectivos y proyectaban las resoluciones para la firma del Secretario de Hacienda Distrital. La oficina de Impuesto Predial solamente aplicaba las resoluciones de prescripción ejecutoriadas". (fl. 262)

- Oficios No. SHD-OFI-00164-2010 de fecha 23 de marzo de 2010 y No. SHD-GAT 164/10; No. SHD-GAT 157/10 de fecha 19 de marzo de 2010 dirigidos internamente a la Jefe de Apoyo Logístico y al Coordinador de Impuestos Predial, en que se solicita informar sobre el derecho de petición de fecha 29 de noviembre de 2006, dirigido a la Coordinación de Impuesto Predial si efectivamente se recibió en las instalaciones de la Alcaldía Mayor de Cartagena y de ser afirmativa informara a quién fue dirigido y en qué fecha. (fl. 263-265)
- Resolución No. 91025 de agosto 21 de 2008, expediente No. 003374; *"Por medio de la cual se determina una obligación a cargo del predio con referencia catastral No. 00-01-0004-0479-000"* en la suma de \$31.893.461 correspondiente al capital adeudado por concepto de Impuesto Predial Unificado y sobretasa al medio ambiente. (fl. 277)
- Resolución No. 91023 de agosto 21 de 2008, expediente No. 003376; *"Por medio de la cual se determina una obligación a cargo del pedio con referencia catastral No. 00-01-0004-0481-000"* en la suma de \$30.401.569 correspondiente al capital adeudado por concepto de Impuesto Predial Unificado y sobretasa al medio ambiente. (fl. 278)
- Se evidencian reportes generados por parte de la Alcaldía de Cartagena – Secretaria de Hacienda- División de Impuestos durante los días 26 de febrero de 2010, 25 de junio de 2009, sobre el informe del estado de la cuenta corriente sobre los predios de las referencias catastrales No. 00-01-0004-0479-000 y 00-01-0004-0481-000. (fl. 280-285)
- Certificado de tradición, expedido por la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena, con el objeto de acreditar la propiedad de los inmuebles de referencia (fl. 301-303)
- Solicitud de prescripción de cobro de impuesto predial y aplicación correcta de pago, de fecha 23 de febrero de 2009, presentado por la demandante ante la entidad demandada. (fl. 353-355)
- Factura No. 0710101018857801-07 de fecha de emisión 15 de marzo de 2007, donde se fija como suma a cancelar el valor de \$57.037.660 correspondiente al impuesto predial unificado del inmueble de referencia catastral No. 00-01-0004-0481-000 vigencia desde 2002 hasta 2007. (fl. 358)

Rad: 003-2010-00911-00
 Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
 Ddo: Distrito de Cartagena

- Factura No. 0710101018857691-43 de fecha de emisión 15 de marzo de 2007, donde se fija como suma a cancelar el valor de \$60.361.626 correspondiente al impuesto predial unificado del inmueble de referencia catastra No. 00-01-0004-0479-000 vigencia desde 2002 hasta 2007 (fl. 356)

Es menester aclarar por esta Sala que las facturas en cita no contienen el sello de cancelado por parte de la entidad recaudadora del impuesto de referencia.

- Se allegó igualmente al proceso, copia de la factura No. 0710101018400061-41 de fecha 01 de febrero de 2007, con **recibo de cancelación de fecha 30 de marzo de 2007**, por la suma de \$60.361.828, correspondiente al predio de referencia catastral No. 00-01-0004-0479-000 (\$357)
- Copia de la factura No. 0710101018400081-09 de fecha 01 de febrero de 2007, con **recibo de cancelación de adiada 30 de marzo de 2007**, por la suma de \$57.037.660, correspondiente al predio de referencia catastral No. 00-01-0004-0481-000. (fl. 359)

Caso Concreto

- **¿Es procedente imputar el pago de obligaciones tributarias sobre vigencias vencidas no prescritas por la administración pública, cuando el contribuyente omite en su factura distinguir cuál periodo gravable está cancelando? De ser así, ¿Actuó la Administración Distrital de Cartagena conforme a derecho, al aplicar el pago de los tributos efectuado por la demandante sobre las vigencias anteriores al año 2002, en virtud de que estas por acto administrativo no habían sido declaradas prescritas?**

Observa la Sala que en el sub lite, la actora previo a cancelar el impuesto predial unificado ante la administración distrital de la ciudad, solicitó la prescripción de las vigencias causadas con anterioridad al año 2002, como quiera que atendiendo la normatividad en cita habían transcurrido más de cinco (5) años sin que la administración hubiere realizado actuación alguna tendiente a recuperar dicha suma de dinero.

Pues bien, al revisar el material probatorio allegado al proceso, más exactamente el derecho de petición calendado 29 de noviembre de 2006 con recibido de la administración distrital 04 de diciembre de 2006, se aprecia que la parte actora solicita la prescripción de las vigencias causadas con anterioridad al año 2002 y en consecuencia solicita que se le remita la correspondiente cuenta de cobro con base en las vigencias de 2002 a 2006; petición ésta que pese haber sido aportada en el expediente administrativo, no se le dio curso por parte de la administración distrital como quiera que así lo hizo ver con los oficios referenciados de fecha 19 y 26 de marzo de 2010, donde claramente de manera interna pregunta si se le dio curso o no a dicha petición.

Rad: 003-2010-00911-00
Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

No obstante, la actora a pesar de tener conocimiento del silencio de la administración frente a la respuesta de su petición, nuevamente el día 23 de febrero de 2009, presentó derecho de petición, solo que esta vez además de solicitar la prescripción del cobro de la obligación sobre las vigencias causadas con anterioridad al año 2002, solicitó la aplicación correcta del pago de la obligación cancelada el día 30 de marzo de 2007 en las factura No 0710101018400061-41 y No. 0710101018400081-09 sobre las vigencias comprendidas entre los años 2002 a 2007. Petición ésta que fue resuelta por la administración distrital de forma negativa y que hoy es objeto de controversia.

En esa medida la Sala después de revisar el acervo probatorio allegado al proceso por cada una de las partes concluye lo siguiente:

Efectivamente para la fecha en que la parte actora realizó los pagos correspondientes al impuesto predial el día 30 de marzo de 2007, tal como se acreditan en las facturas No 0710101018400061-41 y No. 0710101018400081-09, expedidas el 1 de febrero de 2007, las vigencias causadas desde el año de 1997 a 2001, se encontraban prescritas, toda vez que habían transcurrido más de los cinco (5) años, con los que contaba la administración para hacerlas exigibles.

Sin embargo, resulta ser cierto también, que la administración distrital para la fecha en que la actora efectuó el pago de las obligaciones tributarias, no había expedido acto administrativo alguno que declarara la prescripción del cobro de dichas obligaciones, por lo que no existiendo dicho acto, la actora al momento de realizar el pago de sus tributos, no solo debió tener certeza que la administración había previamente prescrito las vigencias anteriores al año 2002, sino que además debió prever de manera clara cuál era la factura que debía presentar ante la entidad recaudadora, puesto que atendiendo las pruebas allegadas, la administración inicialmente expidió unas facturas el día 1 de febrero de 2009 y unas posteriores adiadas 15 de marzo de 2007; sobre las que en estas últimas al parecer había prescrito parte de las vigencias antiguas.

Pues bien siendo así las cosas, la accionante a sabiendas de tener las dos facturas, al momento de efectuar el pago de las obligaciones debió constatar realmente si la que se presentaba tenía adscritos los periodos sobre los cuales se realizaba dicho pago, puesto que como bien lo expone la demandada, la administración distrital no podía adivinar sobre cuáles periodos se efectuaba el pago, máxime si se presenta la factura que no especifica la vigencia sobre la cual se cancela el tributo.

Conviene hacer énfasis en este punto, dado que la actora pese a tener conocimiento de la prescripción de las vigencias antiguas y que estas no habían sido declaradas por la administración, procedió a efectuar el pago de la obligación, con base en las facturas que inicialmente contenían la liquidación total de la deuda, es decir, con la inclusión de las vigencias antiguas y actuales.

Rad 003-2010-00911-00
Dte: Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena.

Es por lo anterior, que ante el error de la demandante, la Sala reitera con base a lo dispuesto en la norma sustancial, que la administración distrital no podía aplicar el pago de las obligaciones sobre las vigencias actuales como quiera que la demandante no especificó en sus facturas cuál era el periodo sobre los cuales estaba cancelando la obligación, por lo que atendiendo lo señalado en el artículo 804 del Estatuto Tributario, el legislador facultó a la administración pública para que imputara ese pago sobre las vigencias más antiguas sin que ello signifique una violación a los derechos de los contribuyentes; puesto que no puede perderse de vista que cuando la obligación se encuentra prescrita y se efectúa un pago sobre la misma, la ley establece que no se puede devolver, ni compensar aunque no se tenga conocimiento de esta prescripción.

Por otro lado, nota la Sala que el actuar de la demandante denota desintereses al dejar que transcurriera un tiempo considerable sin que la administración demandada diera respuesta a su petición, puesto que al no darse respuesta a la solicitud de prescripción, se configuró un silencio negativo por parte de la administración distrital, el cual bien pudo ser controvertido ante esta jurisdicción, sin embargo, la actora no realizó actuación alguna tendiente a obtener una respuesta pronta y oportuna, o a que se anulara el acto presunto, sino que presentó otra petición con base en los mismos hechos; después de haber cometido la falencia de cancelar la obligación con base en las facturas que no contenían las vigencias sobre las que realmente quería realizar el pago de la obligación.

En ese orden de ideas, los argumentos señalados en el acto acusado, se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico como quiera que la administración distrital siguiendo los lineamientos expuestos en la norma y la facultad que ésta le otorgó para el recaudo de estos tributos, aplicó los pagos efectuados por la demandante sobre las vigencias antiguas que no habían sido declaradas prescritas. Pues se reitera, la norma claramente prohíbe de manera específica la compensación de los tributos que se hayan cancelado sobre vigencias prescritas aún sin tener conocimiento de este fenómeno jurídico.

En ese sentido, dando respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala sin mayor discusión, colige que es procedente la imputación del pago de las obligaciones tributarias a los periodos más antiguos cuando no se encuentran especificadas por el contribuyente al momento de cancelar.

De otra parte la actora; entre los demás cargos expuestos en la demanda alegó que la administración distrital vulneró el Decreto 2211 de 2004 y la Ley 150 de 1999, al no presentar la respectiva reclamación por concepto de acreencias fiscales de los años 1997 a 2001 en el proceso liquidatorio de la entidad actora.

La Sala frente a este cargo, destaca que el mismo no está llamado a prosperar por la siguiente razón:

En primer lugar observa que en el expediente administrativo allegado por la entidad demandada, folios 301 a 303, copia de los Certificados de Tradición expedido por la

Rad 003-2010-00911-00
Dfe Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena

Oficina de Instrumentos Públicos de la Cartagena, en el que se destaca que la entidad actora adquirió **en dación en pago mediante escritura pública No. 1718 del 11 de abril de 2001**, los predios de matrícula inmobiliaria No. 060-113786 y No. 060-113779, con referencias catastrales No. 00-01-0004-0479-000 y la No. 00-01-0004-0481-000 respectivamente y que son objeto de esta controversia.

Pues bien, teniendo en cuenta los documentos en cita, claramente colige la Sala que al momento de la adquisición del bien inmueble por parte de la actora en dación en pago, la mora en el pago oportuno del renombrado impuesto predial unificado ya venía causado sobre los periodos de los años de 1997 a 2001, es decir, previo a la celebración de este negocio jurídico, la actora debió tener conocimiento sobre la irregularidad tributaria que presentaba el mencionado inmueble, en ese orden a criterio del Tribunal, no hay razón para que el Distrito de Cartagena hiciera parte del proceso liquidatorio, si antes de que la actora fuera la propietaria, ya la obligación era exigible frente al propietario inicial, y en vista de que éste entrega el inmueble en dación en pago, le correspondía al nuevo propietario en este caso la Caja Agraria en liquidación librar de toda obligación tributaria al inmueble referencia y no esperar a que el Distrito la hiciera exigible posteriormente; toda vez que este tipo de gravámenes en un proceso liquidatorio tienen prelación frente al resto de otras deudas, en virtud de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 2495 del Código Civil que a su tenor reza:

"ARTICULO 2495. <CRÉDITOS DE PRIMERA CLASE>. La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

6. Lo créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados."

En ese orden de ideas y precisado que la entidad actora al momento de celebrar el negocio jurídico con el propietario inicial de los inmuebles de referencia, conocía la mora tributaria que pesaba sobre el inmueble, lo más correcto era que cumpliera con el pago de esta obligación legal, y no esperar actuación alguna del Distrito de Cartagena si es un hecho que el pago de los tributos son deber legal de todo contribuyente frente a las cargas impuestas por el Estado.

De otro lado y para soportar lo anterior, la Sala advierte que la parte actora no puede pretender evadir el pago de estos créditos con el argumento de la no presentación de la reclamación por parte de la demandada en el proceso de liquidación de la entidad actora, por virtud de que el impuesto predial constituye una gravamen de orden municipal de carácter directo, que grava los inmuebles ubicados dentro del municipio, y que al ser éste un tributo creado por el legislador, es obligación de todo propietario pagar este gravamen sin distinción de quien tenga el inmueble; además en el caso particular la entidad actora durante el proceso de liquidación, si adquirió el bien inmueble, le asistía la obligación de cancelar este tributo, pese a que la entidad captadora no hubiese presentado reclamación administrativa, dado que la naturaleza de este impuesto, exige que se cumpla por todos los contribuyentes, por tanto la empresa demandante tenía el deber legal de pagar el

Rad. 003-2010-00911-00
Dte Caja Agraria en Liquidación y otro
Ddo: Distrito de Cartagena

tributo con la sola liquidación y facturación que del mismo hace la entidad territorial, pues se reitera que estos créditos tiene prelación en su pago.

En ese sentido, la Sala encuentra en este caso pertinente negar las pretensiones de la demanda, en atención a lo desarrollado previamente y lo demostrado en el proceso; no sin antes destacar que no se condenará en costas a la parte actora, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandado.

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones esgrimidas en esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1288
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION POPULAR
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	HIRINA MEZA RHENALS
DEMANDANTE	: GLADIS MARTINEZ DE MARTINEZ
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2010-00904-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Cartagena de Indias, D.T. y C., dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADA PONENTE: HIRINA MEZA RHÉNAL

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

ACCION:	<u>ACCION POPULAR.</u>
DEMANDANTE:	GLADIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ
DEMANDADO:	DISTRITO DE CARTAGENA Y OTROS
Vinculado:	Instituto de Patrimonio y Cultura.
EXPEDIENTE:	13001-33-31-006-2010-00904-00
TEMA:	Accesibilidad a edificaciones abiertas al público.

SENTENCIA N°: 8

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar, a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción popular de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda

La señora Gladis Martínez Martínez, actuando a través de apoderado presentó demanda el 05 de febrero de 2010 (Fol. 1-9) para solicitar que se garantizara la protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

2. Los hechos relevantes.

Manifiesta la actora que en la edificación denominada Condominio Edificio Banco de Bogotá ubicado en el Barrio Centro Avenida Venezuela

#8-04 en Cartagena- Bolívar, existe una barrera arquitectónica que impide el libre acceso y desplazamiento de la personas con movilidad reducida.

Señala que el único modo de ingresar es haciendo uso de las escaleras convencionales que están a la entrada del edificio y que en dichas escaleras no se observa la rampa que deben tener estos edificios para que puedan acceder los minusválidos y los limitados físicos, violando así su derecho a la igualdad; y que el Distrito de Cartagena y el Ministerio de la Protección Social, han sido omisivos y negligentes frente a dicha vulneración.

3. Pretensiones.

"a. ORDENESE a las entidades demandadas realizar las obras de adecuación (rampas o ascensores) que sean necesarias para garantizar el acceso de las personas con movilidad reducida a EL CONDOMINIO EDIFICIO BANCO DE BOGOTÁ UBICADO EN EL BARRIO CENTRO AVENIDA VENEZUELA #8-04 en Cartagena bolívar.

b. ORDENESE al DISTRITO DE CARTAGENA y al MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL que ejerzan 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 dicho establecimiento de comercio.

c. CONDENESE A las entidades demandadas a pagar al demandante y/o a su apoderado un incentivo NO MENOR A 150 (ciento cincuenta) salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha del fallo que produzca el despacho de acuerdo a lo que estableció el legislador en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998."

4. Derechos colectivos invocados.

De los hechos y pretensiones de la demanda se desprende que se solicita el amparo de los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; de los consumidores y usuarios y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, contenidos en los literales l), m) y, n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

5. Actuación procesal en primera instancia

La demanda se presentó el 05 de febrero de 2010(Fol. 1). Se admitió el 05 de febrero de 2010 (FI 20). Se surtió notificación personal al Defensor del Pueblo (folio 29), al Alcalde Mayor de Cartagena de Indias (fol. 57), al Representante Legal del Condominio Edificio Banco de Bogotá (fol. 56), al Ministro de la Protección Social (fol. 30) y al Agente del Ministerio Público (fol. 20 vuelto).

Se fijó aviso informando de la acción a la ciudadanía de Cartagena, el cual se publicó en un medio de difusión conforme a lo ordenado en el auto que admitió la demanda (Fol. 28 vuelto).

A través de providencia de fecha 19 de noviembre de 2010, el Juzgado Sexto Administrativo de Cartagena, dispuso remitir por competencia el proceso al Tribunal Administrativo de Bolívar (folio 221-225).

Mediante auto de fecha 17 de febrero de 2011, se aprehendió el conocimiento del asunto por parte del Tribunal Administrativo de Bolívar y se dispuso vincular al trámite al Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (folio 235).

5.1 Contestación de la demanda.

5.1.1 Distrito de Cartagena (Fis. 106-110).

En primer lugar se opone a las pretensiones de la demanda en lo que respecta a los intereses de dicho ente territorial, toda vez que carece de legitimación en la causa por pasiva, en virtud de la descentralización de las funciones de intervención de las obras que se realicen en la edificaciones ubicadas en el Centro Histórico y su área de influencia, las cuales se encuentran en cabeza del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena creado como un establecimiento con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Respecto de los hechos señala que, a quien le corresponde la adecuación del inmueble es a la Copropiedad del Edificio Banco de Bogotá, por ser de propiedad privada.

Propuso como excepciones las siguientes:

- Inexistencia de la vulneración del derecho colectivo: Por cuanto, el Distrito de Cartagena, ha sido receptivo y ha adelantado los procedimientos pertinentes dentro del marco de su competencia y no como consecuencia de la acción popular de la referencia.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva: Manifiesta que de acuerdo a la ley, a los municipios, distritos y departamentos, sólo les compete el deber de control, inspección y vigilancia a efectos de que todas las edificaciones y obras de la ciudad se encuentren dotadas de rampas que procuren la accesibilidad de discapacitados a las mismas.

Señala que, a través de la Secretaría de Planeación Distrital, se están adelantando los procedimientos correspondientes, a efectos de que todas las edificaciones y obras construidas o que se realicen en la Ciudad de Cartagena de Indias, se encuentren dotadas de rampas que garanticen el acceso a personas discapacitadas o en silla de ruedas a las mismas. En este caso, el Departamento Administrativo de Planeación Distrital es el encargado de dar los conceptos para la adecuación de andenes a través de las Curadurías urbanas, pero quienes deben adecuarlos son los propietarios de los inmuebles.

- Inviabilidad de la acción impetrada: Puesto que a través de una acción popular no se puede pretender el cumplimiento de obligaciones que deben exigirse mediante el ejercicio de la acción cumplimiento.

5.1.2 Ministerio de la Protección Social (Fls.31-45).

La entidad se opone a las pretensiones de la demanda, señalando que en las funciones del Ministerio de la Protección Social, no están las de inspección, vigilancia y control sobre el cumplimiento de las disposiciones

que regulan o reglamentan la accesibilidad a sitios abiertos al público de las personas con movilidad reducida y tampoco le compete realizar las obras de adecuación necesarias al inmueble referenciado en la demanda.

Respecto de los hechos señala que, no son ciertos o no le constan.

Como razones de defensa expone que dicho ministerio, sólo está facultado por ley para actuar como ente rector en materia de salud, correspondiéndole en consecuencia, la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud; así como dictar las normas técnicas, administrativas y científicas de obligatorio cumplimiento para el sector.

5.1.3 Condominio Edificio Banco de Bogotá (Fls. 63-67).

En cuanto a los hechos señaló que la edificación dispone de un ascensor amplísimo, en el cual caben tres sillas de ruedas y no obstante que el único escalón que tienen que subir para ingresar al edificio mide 20 cm, lo cual no representa obstáculo alguno, se cuenta con una pequeña rampa móvil de madera, para ayudar a las personas discapacitadas cuando necesitan subir dicho escalón.

Señala que la rampa no se ha hecho en concreto, por cuanto invadiría el vado del espacio público y dos por cuanto generaría grandes dificultades a las personas normales para su ingreso al edificio.

Respecto a las pretensiones manifestó que se opone a todas y cada una de ellas, por no asistirle al actor razón jurídica o fáctica alguna para invocarlas y obtener sentencia favorable.

Propuso las siguientes excepciones:

- Causales invocadas imprecisas e insustentables: Alega que las causales invocadas por la actora, no están debidamente sustentadas y acreditadas para la procedencia de la acción.

- Inexistencia de fundamentación fáctica en la presente acción. Señala que no se allegó los elementos fácticos que permitieran concluir que les asiste razón en el objeto reclamado.

- Cumplimiento de las normas urbanísticas de la época y satisfacción de los parámetros estructurales para el acceso libre de personas discapacitadas. Señala que la edificación cumplió con las reglas urbanísticas vigentes para la época de su construcción y que la construcción de una rampa afectaría de tal manera el edificio que tendrá que usarse dicha rampa para todas las personas y su inclinación sería de tal magnitud que haría imposible que los minusválidos la utilizaran por el esfuerzo que les representa. Por otra parte expone que la construcción de la rampa es innecesaria, ante la existencia de un ascensor.

5.1.4 Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (folios 239-246).

La entidad se opone a las pretensiones de la demanda, alegando básicamente que no le asiste legitimidad para resolver lo pretendido por la accionante. No obstante señala, que las adecuaciones que se pretendan realizar en el Edificio Condominio Banco de Bogotá, deberán ser ceñidas a las normas urbanísticas, antecedidas de un proyecto que deberá ser evaluado y estudiado por el Comité Técnico y de ser viable, se concederá el permiso en la esfera del marco de funciones del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, para lo cual el IPCC se encuentra dispuesto a prestar asesoría técnica en cuanto a la categoría de intervención que corresponde al inmueble y determinará cuál podría ser la ubicación de estas liberaciones arquitectónicas, en cumplimiento de los fines de conservación.

5.2 Audiencia de Pacto de Cumplimiento (Fol. 339-340).

Se realizó el 22 de agosto de 2012, y se declaró fallida, por inasistencia de la parte actora.

5.3 Pruebas (Fol. 341-346).

Por auto de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), se dio apertura a pruebas.

5.4 Alegatos de conclusión (Fol. 231).

Mediante auto de dieciséis (16) de septiembre de dos mil trece (2013), se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente.

Las partes demandante y demandada no presentaron alegatos de conclusión.

5.4.1 Concepto del Ministerio Público. (Fol. 383-388)

El Agente del Ministerio Público considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, con el fin de garantizar los derechos de la población discapacitada.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia.

La controversia es del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, pues se están cuestionando omisiones de las entidades públicas accionadas, que presuntamente han afectado los derechos colectivos previstos como tales en la ley 472 de 1998.

Además, de conformidad con los artículo 15 y 16 de la ley 472 de 1998 y 57 de la Ley 1395 de 2010 este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la acción de la referencia.

2.- Pronunciamiento sobre irregularidades.

No se observan irregularidades sustanciales o procedimentales que conlleven a decretar la nulidad total o parcial de lo actuado, ni excepciones impeditivas de fallo de fondo que deban ser decretadas¹.

De igual manera, se encuentra cumplido el trámite establecido en la Ley 472 de 1998, para las acciones populares.

3.- Problemas Jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver se concretan en los siguientes:

- 1.) Establecer si el estado actual en el que se encuentra el inmueble referenciado en la demanda, garantiza las condiciones de accesibilidad mínimas de las personas con problemas de discapacidad o limitadas física, síquica y/o sensorialmente.
- 2.) Determinar si con ocasión de lo anterior, se vulneran los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, de los consumidores y usuarios, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, contenidos en los literales l), m) y, n) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.
- 3.) Resuelto el cuestionamiento anterior y en caso de ser afirmativa la respuesta, debe determinarse el grado de responsabilidad de las accionadas en la vulneración del derecho colectivo alegado.

4.- Marco Jurídico.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará los siguientes temas:

¹ Las excepciones propuestas son de mérito y se analizarán como parte del estudio de fondo.

- i. De las acciones populares.
- ii. De los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, de los consumidores y usuarios, y a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.
- iii. Del acceso a las personas discapacitadas.
- iv. La función del Juez en las Acciones Populares.
- v. Carga de la prueba en las acciones populares.
- vi. Incentivo económico.

i. De las acciones populares

El artículo 88 de la Constitución Política consagra las acciones populares como el medio para la protección constitucional de los derechos e intereses colectivos. Esta disposición fue desarrollada por la Ley 472 de 1998, que en su artículo 4º enlistó los derechos que se consideran colectivos y respecto de los cuales resulta procedente la acción popular, entre los cuales encontramos el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, el goce de un ambiente sano, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, etc.

A su vez, el artículo 2º inciso segundo ibídem, dispuso que la acción popular 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. Por su parte, el artículo 9º de la misma Ley 472 dispone que procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. De allí que se hayan establecido los siguientes requisitos para su procedencia:

- a) Que exista un interés colectivo que se encuentre amenazado, en peligro o vulnerado por una acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.
- b) Que la acción se promueva durante el tiempo en que subsista la amenaza o peligro al derecho y/o interés colectivo.
- c) Que la acción se dirija contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo.
- d) Que se pruebe la relación de causalidad entre la acción y/o la omisión del accionado con la afectación o amenaza del interés colectivo.

ii. De los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, de los consumidores y usuarios, y a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente.

Para el H. Consejo de Estado², el núcleo esencial del derecho a la **realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes**, comprende los siguientes aspectos: (i) El respeto y acatamiento de la función social y ecológica de la propiedad;(ii) La protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes;(iii) El respeto de los derechos ajenos y el no abuso del derecho propio; (iv) La atención de los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible; (v) El acatamiento a la ley orgánica de ordenamiento territorial y los planes de ordenamiento territorial que expidan las diferentes entidades territoriales del país; (vi) El Cumplimiento de los preceptos normativos sobre usos del

² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 19 de Febrero de 2009, radicado 17001-23-31-000-2004-01492-01 con ponencia del Consejero Rafael Osteu de Lafont Planeta,

suelo; alturas máximas de construcción; cupos mínimos de parqueo; especificaciones técnicas y de seguridad; cesiones obligatorias; necesidad de obtener licencias de urbanismo y construcción; existencia de conexiones para los servicios públicos domiciliarios, entre otros.

Conforme a lo anterior, es claro que el derecho aquí reclamado impone a las autoridades públicas y particulares, en general, el deber de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial – bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población.

Por su parte, en relación con el derecho colectivo **de los consumidores y usuarios** como susceptible de protección a través de las acciones populares, obliga a que el juez en la sentencia adopte todas las medidas tendientes a que se evite o cese la vulneración de tal derecho, máxime cuando el servicio que se invoque sea de aquellos catalogados como esenciales³.

Así mismo, respecto del derecho **a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente**, se ha sostenido que el contenido del referido derecho colectivo es eminentemente preventivo, pues busca garantizar la protección de todos los habitantes, adoptando medidas como el desalojo, la reubicación, ayudas en dinero o en especie requeridas, ante la inminencia o posibilidad de un fenómeno desestabilizador⁴.

iii. Del acceso a las personas discapacitadas.

La Constitución Nacional preceptúa en su artículo 13 el derecho fundamental a la igualdad, a partir del cual, se le impone al Estado no sólo la obligación de promover las condiciones para que la predicada

³ Consejo de Estado- Sección Primera, C.P. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, tres (3) de junio de dos mil diez (2010), radicación número: 19001-23-31-000-2005-01737-01(AP)

⁴ Consejo de Estado-Sección Primera, C.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, once (11) de diciembre de dos mil seis (2006), radicación número: 50001-23-31-000-2002-09216-01(AP)

igualdad sea real y efectiva, mediante la adopción de medidas a favor de grupos discriminados o marginados, sino la de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. A su vez, en el artículo 47 *ibídem*, se señala que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

En desarrollo de dichos preceptos normativos, se expidió la Ley 361 de 1997 *"Por la cual se establecen los mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones."* En materia de accesibilidad el objetivo de dicha ley, es establecer normas y criterios básicos para facilitar la accesibilidad a las personas con movilidad reducida, sea ésta temporal o permanente, o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo, limitación o enfermedad. Así mismo, busca suprimir y evitar toda clase de barreras físicas 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.

Bajo esos parámetros en los artículos 47 a 56 *ibídem* se consagraron las medidas que debían tenerse en cuenta al momento de realizar la construcción, ampliación y reforma de edificios abiertos al público, ya sean de propiedad pública o privada, así como las adaptaciones que de manera progresiva debían adoptar las construcciones existentes, para cumplir con el cometido de dicha ley, cual es garantizar el acceso a las personas discapacitadas. De dicha relación normativa se destacan para el caso las siguientes:

ARTÍCULO 47. La construcción, ampliación y reforma de los edificios abiertos al público y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles a todos los destinatarios de la presente ley. Con tal fin, el Gobierno dictará las normas técnicas pertinentes, las cuales deberán contener las condiciones mínimas sobre barreras arquitectónicas a las que deben ajustarse los proyectos, así como los procedimientos de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de estas disposiciones.

Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva, de acuerdo con las disposiciones previstas en el inciso anterior, de tal manera que deberá además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales.

El Gobierno establecerá las sanciones por el incumplimiento a lo establecido en este artículo.

...

ARTÍCULO 48. Las puertas principales de acceso de toda construcción, sea ésta pública o privada, se deberán abrir hacia el exterior o en ambos sentidos, deberán así mismo contar con manijas automáticas al empujar, y si son de cristal siempre llevarán franjas anaranjadas o blanco-fluorecente a la altura indicada.

En toda construcción del territorio nacional y en particular las de carácter educativo, sean éstas públicas o privadas, las puertas se abrirán hacia el exterior en un ángulo no inferior a 180 grados y deberán contar con escape de emergencia, debidamente instalados de acuerdo con las normas técnicas internacionales sobre la materia.

PARÁGRAFO. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio del deber de tomar las previsiones relativas a la organización y amoblamiento de las vías públicas, los parques y jardines, con el propósito de que puedan ser utilizados por todos los destinatarios de la presente ley. Para estos efectos, las distintas entidades estatales deberán incluir en sus presupuestos, las partidas necesarias para la financiación de las adaptaciones de los inmuebles de su propiedad.

ARTÍCULO 50. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y en concordancia con las normas que regulen los asuntos relativos a la elaboración, proyección y diseño de proyectos básicos de construcción, el Gobierno Nacional expedirá las disposiciones que establezcan las condiciones mínimas que deberán tenerse en cuenta en los edificios de cualquier clase, con el fin de permitir la accesibilidad de las personas con cualquier tipo de limitación.

La autoridad competente de todo orden se abstendrá de otorgar el permiso correspondiente para aquellos proyectos de construcción que no cumplan con lo dispuesto en este artículo.

ARTÍCULO 52. Lo dispuesto en este título y en sus disposiciones reglamentarias, será también de obligatorio cumplimiento para las edificaciones e instalaciones abiertas al público que sean de propiedad particular, quienes dispondrán de un término de cuatro años contados a partir de la vigencia de la presente ley, para realizar las adecuaciones correspondientes. El Gobierno Nacional reglamentará las sanciones de tipo pecuniario e institucional, para aquellos particulares que dentro de dicho término no hubieren cumplido con lo previsto en este título.

ARTÍCULO 53. En las edificaciones de varios niveles que no cuenten con ascensor, existirán rampas con las especificaciones técnicas y de seguridad adecuadas, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional o se encuentren vigentes.

Del texto de las normas relacionadas se desprende que la finalidad del legislador, era eliminar todas las barreras arquitectónicas que impidieran el libre y cómodo acceso de las personas con alguna discapacidad a las edificaciones públicas y privadas, especialmente en aquellas donde se presten servicios públicos.

Es de resaltar que en el artículo 46 de la mencionada ley se señaló que la accesibilidad es un elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado, de allí que deba afirmarse que la responsabilidad de la construcción y/o adecuación de los inmuebles no es sólo del propietario, quien debe asumir el costo de las mismas, sino del Estado quien debe vigilar y garantizar el cumplimiento de las normas e imponer las sanciones que sean pertinentes.

Por otra parte, mediante Decreto 1538 de 2005 se reglamentó parcialmente la Ley 361 de 1997, disponiendo respecto de la accesibilidad de las edificaciones abiertas al público lo siguiente:

“Artículo 9°. Características de los edificios abiertos al público. Para el diseño, construcción o adecuación de los edificios de uso público en general, se dará cumplimiento a los siguientes parámetros de accesibilidad:

...

B. Entorno de las edificaciones.

...

2. Los desniveles que se presenten en edificios de uso público, desde el andén hasta el acceso del mismo, deben ser superados por medio de vados, rampas o similares.

...

C. Acceso al interior de las edificaciones de uso público

1. Al menos uno de los accesos al interior de la edificación, debe ser construido de tal forma que permita el ingreso de personas con algún tipo de movilidad reducida y deberá contar con un ancho mínimo que garantice la libre circulación de una persona en silla de ruedas.

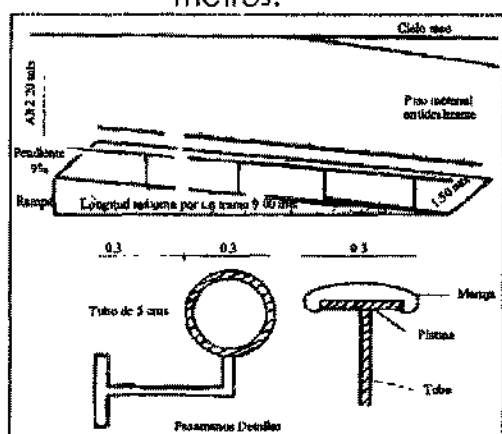
2. Cuando el diseño contemple ascensores, el ancho de los mismos debe garantizar el libre acceso y maniobrabilidad de las personas con movilidad reducida y/o en sillas de ruedas.

...”

Sobre los requisitos que deben cumplir las rampas para el acceso de los discapacitados al interior de edificios, la Resolución N° 14861 de 1985⁵, enuncia lo siguiente:

“Art. 47- De los requisitos para rampas. Las rampas en circulaciones interiores de edificaciones, cumplirán, entre otros, los siguientes requisitos:

- Su pendiente no será mayor del 9%.
- Su ancho no será menor de 1.50 metros.
- Altura libre entre piso y techo o cielorraso de 2.20 metros.
- La longitud máxima por tramo de rampa será 9.00 metros.



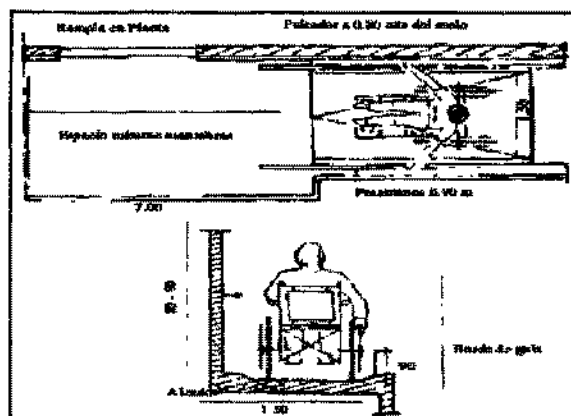
El descanso entre tramos de rampas tendrá como mínimo, las siguientes dimensiones:

1. Si no hay cambio de dirección o hay cambio a 90°, descanso de 1.50 metros de largo y el ancho de la rampa y,

2. Si hay cambio a 180°, descanso de 1.50 metros de largo con un ancho igual a dos veces el ancho de la rampa.

En una misma edificación, el ancho de las rampas se mantendrá constante en todo su desarrollo.

El piso de rampas será de material antideslizante y de textura y color diferentes a los pisos adyacentes. Este tipo de material, se colocara en los descansos



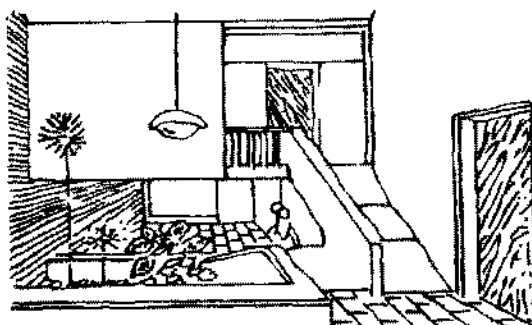
⁵ Resolución N° 14861 de 1985, "Por la cual desarrolla la accesibilidad en Colombia, normas para la protección, seguridad, salud y bienestar de las personas en el ambiente y en especial de los minusválidos".

El piso de rampas será de material antideslizante y de textura y color diferentes a los pisos adyacentes. Este tipo de material, se colocará en los descensos y antes del inicio y después de terminar la rampa, en longitud no menor de 0.30 metros.

Se colocarán barandas con altura entre 0.75 metros y 0.85 metros en los lados de rampas cuando den espacios libres.

Se aceptarán otras configuraciones arquitectónicas siempre y cuando la separación entre sus elementos no sea mayor de 0.12 metros.

Se colocarán pasamanos a ambos lados a altura de 0.90 metros. Cuando la edificación esté destinada fundamentalmente a población infantil se prolongarán antes del inicio y al final de la rampa en longitud de 0.30 metros paralelas al piso.



Parágrafos: Toda circulación con pendiente mayor del 5% será considerada como rampa y debe cumplir con los requisitos del presente artículo".

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad,⁶ aprobada el 13 de diciembre de 2006 por Naciones Unidas, dispuso:

"Artículo 9. Accesibilidad.

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

⁶ Adoptada mediante Ley 1346 de 2009. Diario Oficial No. 47.427 de 31 de julio de 2009

b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

(...)

d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

"(...)" (Subrayado de la Sala)

De acuerdo con el contenido de la normatividad arriba transcrita, es claro para la Sala que, especialmente, a partir de la Constitución Política de 1991, existe en Colombia una amplia regulación en materia de accesibilidad para las personas con limitaciones físicas, síquicas o sensoriales a las vías, espacios públicos, mobiliario urbano, así como en edificios públicos o privados, y que en tal sentido dicha normatividad, impone una serie de obligaciones a cargo de las entidades territoriales (Departamentos, Distritos y Municipios) y particulares.

Es así como en virtud de la ley 361 de 1997, y específicamente del Decreto 1538 de 2005, las entidades abiertas al público tienen la obligación de adecuar o reformar sus edificaciones a los parámetros mínimos de accesibilidad para las personas discapacitadas o con movilidad reducida, adecuaciones que deben estar previstas en un plan de adaptación de los edificios, servicios e instalaciones dependientes, y que comprenden distintas acciones y programas a llevar a cabo para la eliminación de las barreras físicas u obstáculos que limiten o impidan la libertad o movimiento de dichas personas, al momento de ingresar a edificios o recinto abiertos al público.

Tales adecuaciones conforme a lo aquí debatido implican:

- 1) Que los desniveles que se presenten en edificios de uso público, desde el andén hasta el acceso del mismo, deben ser superados por medio de vados, rampas o similares, de conformidad con las especificaciones técnicas arriba indicadas.
- 2) Que al menos uno de los accesos al interior de la edificación, sea construido de tal forma que permita el ingreso de personas con algún tipo de movilidad reducida y deberá contar con un ancho mínimo que garantice la libre circulación de una persona en silla de ruedas.
- 3) Que todos los niveles de la edificación contarán con planos de ruta de emergencia y la señalización de emergencia de acuerdo con los parámetros adoptados por el Ministerio de la Protección Social.
- 4) Que en las salas de espera o descanso, se dispongan espacios para los usuarios en silla de ruedas, que permitan su permanencia sin obstruir las zonas de circulación.

Del término dispuesto por la ley para adecuar edificaciones existentes.

Como quedó visto, la Ley 361 de 1997 en sus artículos 47 y 52 impuso a las entidades abiertas al público la obligación de adecuarlas en los cuatro (4) años siguientes a su entrada en vigencia, lo cual ocurrió con su publicación en el Diario Oficial 42978 del 11 de Febrero de 1997 y que por consiguiente el plazo señalado venció el día 11 de febrero de 2001.

Esta interpretación resulta concordante con la línea jurisprudencial sostenida por el H. Consejo de Estado⁷ en la cual se concluyó que dicho término se cuenta a partir de la publicación de la Ley 361 de 1997 y no del Decreto 1538 de 2005.

⁷ Ver entre otras, sentencia proferida con ponencia del Consejero Dr. Camilo Arciniegas Andrade dentro de la Acción Popular 25000-23-25-000-2004-02407-01 promovida por GABRIEL ALFONSO PALACIOS PANTOJA, de fecha 8 de noviembre de 2007.

iv. La función del Juez en las acciones populares.

El Juez de las acciones Populares es un Juez Constitucional, por lo cual está investido de amplias facultades oficiosas para hacer efectivos los derechos de las personas conforme lo impone el artículo 2 Superior. En efecto, el Juez como autoridad pública⁸ en las acciones populares "no debe esperar (...) a que los ciudadanos instauren las medidas que hagan efectivos los derechos de las personas, pues el **"deber de las autoridades de hacer efectivos los derechos constitucionales de las personas y proteger los intereses colectivos es un deber oficioso que no está condicionado a la Instauración de una acción administrativa o judicial por los particulares"**". (Subrayas y negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye que, cuando esté demostrada una amenaza o vulneración de algún derecho colectivo, el juez debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para garantizar la protección de dicho derecho, sin que encuentre límite en lo pedido por las partes.

v. Carga de la prueba en acciones populares.

Respecto de la carga de la prueba en las acciones populares el Consejo de Estado ha sostenido que:

*"...la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba..."*¹⁰.

⁸Sentencia de Constitucionalidad, expediente D-7580 de Agosto 4 de 2009. M. P Nilson Pinilla Pinilla.

⁹ Sentencia T-500 de 1994 citada en la Sentencia T 813 de 2004.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION PRIMERA- Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA- Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)- Radicación número: 25000-23-26-000-2004-00768-01 (AP)-

De acuerdo a lo anterior se tiene que, en materia de acciones populares, aplica la regla general dispuesta en el artículo 177 del C.P.C. según el cual, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho que alegan.

vi. Incentivo económico.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1425 de 2010¹¹ fueron derogadas los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, los cuales establecían un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-630 de 2011. Así mismo, en sentencia de Sala Plena de fecha 03 de septiembre de 2013, radicación No. 17001333100120090156601 (AP), el Consejo de Estado unificó su criterio, acogiendo la posición de que el incentivo económico contenido en los artículos 39 y 40 de la Ley constituía una mera expectativa y no un derecho adquirido.

6. El caso concreto:

6.1 Hechos relevantes probados.

- A folios 353-354 obra concepto técnico emitido por la Secretaría de Planeación Distrital de Cartagena, en el cual se hace constar que el Edificio Banco de Bogotá ubicado en la avenida Venezuela No. 8-04 del centro de Cartagena, no cuenta con rampa de acceso para personas con discapacidad. Así mismo que, si bien cuentan con una rampa de madera, no cumple la norma (contec 4143 Rampas, prevista para personas con discapacidad.

- A folios 358-362 obra concepto Técnico presentado por la Dirección de Control Urbano de Cartagena, en el cual se hace constar que, el inmueble identificado como Condominio Edificio Banco de Bogotá ubicado en el centro histórico de la ciudad de Cartagena, Avenida Venezuela No. 8-04,

Actor: LUIS CARLOS MONTOYA GONZALEZ- Demandado: ALCALDIA LOCAL DE SAN CRISTOBAL DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTA D.C. Y OTROS.

¹¹ Publicado en el Diario Oficial 47.937 de 2010.

no cuenta con las especificaciones técnicas establecidas en el manual de accesibilidad de la norma técnica colombiana NTC-4141 del 25 de junio de 1997.

6.2 El caso concreto de cara al marco jurídico y los hechos relevantes probados.

Analizado el material probatorio obrante en el expediente, la Sala puede establecer que en efecto, el inmueble ubicado en el Centro histórico de la Ciudad de Cartagena Avenida Venezuela No. 8-04 donde funciona el Banco de Bogotá, no reúne las condiciones de infraestructura y técnicas consignadas en la ley, para garantizar el acceso a las personas con discapacidad.

Si bien reconoce la Sala que la entidad accionada cuenta con una rampa de madera que según se afirma en la demanda se utiliza en los eventos en que alguna persona con discapacidad lo requiera, lo cierto es que la misma de acuerdo a los conceptos técnicos obrantes en el proceso, no cumple con las dimensiones técnicas señaladas en la ley.

Por otra parte, los registros fotográficos contenidos en los conceptos técnicos demuestran que, se presenta una diferencia de altura entre el borde del andén y la entrada final de las oficinas, así mismo se observa que el edificio cuenta con unas escaleras para acceder a los pisos superiores, sin que exista prueba alguna que indique que cuenta con otro mecanismo como ascensor o rampa eléctricas, que les permita a las personas con discapacidad, acceder a los pisos superiores.

A partir de lo anterior, aplicando las reglas de la experiencia y la lógica se concluye que una persona en silla de ruedas, no puede acceder por sí misma al lugar, teniendo que recurrir a la ayuda de otras personas para ingresar al mismo y solicitar los servicios que en él se ofrecen.

Debe recordarse que la finalidad de las normas constitucionales y legales citadas en apartes anteriores, es precisamente la integración social de las personas con limitaciones, suprimiendo toda clase de barreras físicas que

impidan el libre acceso a los establecimientos públicos y privados abiertos al público, postulado del cual se infiere que las adecuaciones y construcciones que se realicen para cumplir con dicho fin, deben permitir que las personas que se movilizan en sillas de ruedas o tienen su movilidad reducida, puedan acceder de forma fácil a todos los lugares.

Consecuente con lo anterior, al no garantizar las instalaciones del Edificio del Banco de Bogotá el libre y cómodo acceso de las personas discapacitadas al lugar, se tiene que en el sub lite se ha vulnerado el derecho colectivo *a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes*, siendo procedente conceder su amparo por esta vía judicial.

Ahora bien, respecto a los argumentos de defensa del Condominio Edificio Banco de Bogotá, se tiene que, aún cuando le asista razón a la parte en que para la fecha de construcción del edificio, se cumplieron las normas vigentes de construcción, lo cierto es que a partir de la vigencia de la Ley 361 de 1997 y sus decretos reglamentarios, todas las edificaciones abiertas al público, debían adecuar sus instalaciones en pro de garantizar la accesibilidad de todas las personas. Por otro lado, no existe prueba de que dicha entidad hubiera solicitado permiso para la intervención ante las autoridades distritales y que se hubiera negado el mismo por tratarse de un inmueble integrante del patrimonio cultural de la nación y, aun aceptándose que dicho inmueble tiene limitaciones en cuanto a la intervención y/o remodelación, lo que en principio impediría la construcción de una rampa por afectar el plano arquitectónico e histórico del mismo, la accesibilidad puede ser garantizada a través del diseño de una rampa móvil, que cumpla con las especificaciones técnicas y que permita el fácil acceso al lugar.

En ese orden, al establecerse la existencia de una vulneración del derecho colectivo, procede la Sala a determinar la responsabilidad de las entidades accionadas, señalando lo siguiente:

La parte actora dirige su demanda contra el Condominio Edificio Banco

de Bogotá, el Distrito de Cartagena y el Ministerio de la Protección Social hoy Ministerio de Salud y de la Protección Social y de oficio se consideró pertinente vincular al Instituto de Patrimonio y Cultura de la Ciudad de Cartagena. Respecto de tales entidades la Sala concluye que, el Ministerio de Salud y de la Protección Social no es responsable de los hechos vulneradores del derecho colectivo a protegerse en esta providencia, toda vez que dentro de las funciones que por ley le fueron atribuidas a dicho ente ministerial, no se encuentra la de velar por la construcción y adecuación de los inmuebles para el acceso de personas con discapacidad. Las funciones de dicho órgano están dirigidas a coordinar el sistema de salud y protección social en salud, a través de la adopción de políticas de promoción de la salud, la prevención, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y el aseguramiento, las cuales difieren del objeto de la presente acción. Así mismo, respecto del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, la Sala no observa que exista responsabilidad alguna, por cuanto si bien a este le compete otorgar los permisos para las adecuaciones y/o construcciones en el centro histórico de Cartagena, su actuar está condicionado en este evento, a la petición previa que exista por parte del interesado, lo cual en el presente caso no aconteció.

La omisión de adecuar las instalaciones del inmueble Edificio Banco de Bogotá, es una responsabilidad que se le atribuye a dicha entidad y al Distrito de Cartagena, toda vez que de conformidad con la ley, es obligación del propietario del inmueble o de quienes prestan sus servicios en él, realizar todas las obras de adecuación necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas al lugar y es responsabilidad del Estado en cabeza de los entes territoriales, velar por el cumplimiento de las normas que consagran las condiciones técnicas que deben cumplir los inmuebles para garantizar la accesibilidad.

Debe reiterarse que desde la expedición de la Ley 361 de 1997 nació la obligación de adecuar las edificaciones existentes para que garantizaran el acceso de todas las personas y por ende la obligación del Estado de hacer cumplir la misma. Bajo tal premisa, al haber incumplido el Distrito de Cartagena el deber de velar por el cumplimiento efectivo de la ley,

contribuyó con su omisión en la vulneración del derecho colectivo aquí reclamado, siendo viable condenarlo al reparo del mismo.

Consecuente con lo anterior, para garantizar la protección del derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, se ordenará al Condominio Edificio Banco de Bogotá que en el término de tres (03) meses contados a partir de la ejecutoria de dicha providencia, realice el diseño y construcción con observancia de las normas técnicas que rigen la materia, de una rampa que garantice el acceso a las personas discapacitadas al lugar, así como la adecuación de un sistema que permita acceder a dichas personas a los pisos superiores.

Igualmente se ordenará que el Distrito de Cartagena en cumplimiento de las disposiciones legales, ejerza la vigilancia y control de la construcción de la rampa de acceso y adecuaciones internas por parte del Condominio Edificio Banco de Bogotá, con las condiciones técnicas necesarias y en el tiempo límite que le fue concedido.

En cuanto a la pretensión de reconocimiento del incentivo económico solicitado por la parte demandante, dicha pretensión será negada toda vez que, el mismo fue derogado expresamente por la Ley 1425 de 2010. En ese sentido, acoge la Sala la posición sostenida por el Consejo de Estado en la sentencia de Sala Plena de fecha 03 de septiembre de 2013¹² por compartir que dicho incentivo, hasta este momento, no era más que una mera expectativa¹³.

Por último, la Sala negará la protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios y la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, toda vez que atendiendo a la finalidad y núcleo esencial de tales derechos, no se encontró prueba alguna que indicara

¹² Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia 17001333100120090156601 (AP), sep. 3/13, C. P. Mauricio Fajardo.

¹³ ARTICULO 17 Ley 153 de 1887. *Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule ó cercene.*

que los mismos estaban siendo vulnerados o amenazados por alguna de las entidades demandadas.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR que el Condominio Edificio Banco de Bogotá ubicado en el Centro Avenida Venezuela No. 8-04 y el Distrito de Cartagena vulneraron el derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR** que el Condominio Edificio Banco de Bogotá ubicado en el Centro Avenida Venezuela No. 8-04 en el término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, realice el diseño y construcción con observancia de las normas técnicas que rigen la materia, de una rampa que garantice el acceso a las personas discapacitadas y adecue sus instalaciones internas a efectos de garantizar que dichas personas puedan acceder a los pisos superiores de dicha edificación.

TERCERO: ORDENAR que el Distrito de Cartagena vigile y controle la construcción de la rampa ordenada al Condominio Edificio Banco de Bogotá y las adecuaciones internas, en el término que fue ordenado en el numeral anterior.

CUARTO: Declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de la Protección Social, hoy Ministerio de Salud y Protección Social y del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, entre ellas el incentivo económico de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.


SEXTO: Enviar copia de la presente sentencia a la Defensoría del Pueblo para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

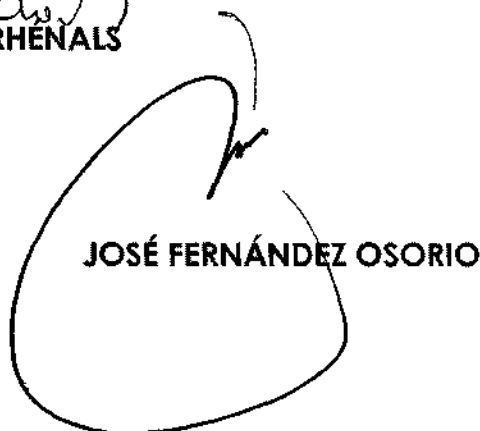
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

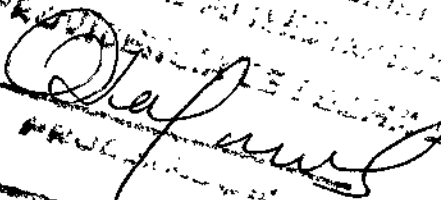

HIRINA MEZA RHENALS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO

Hoja de firmas SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. Se decide "PRIMERO: DECLARAR que el Condominio Edificio Banco de Bogotá ubicado en el Centro Avenida Venezuela No. 8-04 y el Distrito de Cartagena vulneraron el derecho colectivo a la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR que el Condominio Edificio Banco de Bogotá ubicado en el Centro Avenida Venezuela No. 8-04 en el término de tres (3) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia, realice el diseño y construcción con observancia de las normas técnicas que rigen la materia, de una rampa que garantice el acceso a las personas discapacitadas y adecue sus instalaciones internas a efectos de garantizar que dichas personas puedan acceder a los pisos superiores de dicha edificación..."

RECEIVED ADMINISTRATIVO EN BOGOTÁ
EN CARTAGENA EL 30 de octubre 3/1/2010
AL PROCESAL DE BOGOTÁ
DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO EN BOGOTÁ



ACCIÓN: ACCION POPULAR.
DEMANDANTE: GLADIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ
DEMANDADO: DISTRITO DE CARTAGENA Y OTROS
Vinculado: Instituto de Patrimonio y Cultura.
EXPEDIENTE: 13001-33-31-006-2010-00904-00
TEMA: Accesibilidad a edificaciones
abiertas al público.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1289
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JAVIER ALFONSO MORA MARTINEZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2009-00483-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 003
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPARACIÓN DIRECTA
Radicación : 13-001-23-31-000-2009-00483-00
Demandante : JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ Y OTROS
Demandado : NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL
Tema : Privación Injusta la Libertad

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede a dictar sentencia dentro del proceso de Reparación Directa de JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ, JASIR ANDRÉS MORA MARSIGLIA, MERCEDES MARSIGLIA CALDERÓN, MAYRA LORENA MORA OROZCO, WENDY LORENA JOHANA MORA MARSIGLIA, LUIS CARLOS MORA OROZCO, JUANA MARÍA MARTÍNEZ DE MORA, JAIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ, JUAN DE JESÚS MORA MARTÍNEZ, JORGE ELIECER MORA MARTÍNEZ Y NELSON ENRIQUE MORA MARTÍNEZ contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL, por la iniciación de la investigación penal y haber proferido medida de aseguramiento en contra del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ.

II. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA¹

1. LAS PRETENSIONES.

Textualmente:

"Primera: se declare que la Nación – Colombiana Fiscalía General de la Nación el Ministerio de Defensa Nacional (Fuerzas Militares de Colombia Infantería de Marina

¹ 1-21

Armada Nacional – Policía Nacional) son administrativa, solidaria, y extracontractualmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ, MARCEDES MARSIGLIA CALDERÓN, quienes actúan en su propio nombre y en representación del menor JASIR ANDRÉS MORA MARSIGLIA, MAYRA LORENA MORA OROZCO, WENDY JOHANA MORA MARSIGLIA, LUIS CARLOS MORA OROZCO, JUANA MARÍA MARTÍNEZ DE MORA, JAIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ, JUAN DE JESÚS MORA MARTÍNEZ, JORGE ELIECER MORA MARTÍNEZ, NELSON ENRIQUE MORA MARTÍNEZ, como consecuencia del montaje realizado por miembros activos de la Armada Nacional en acompañamiento de miembros de la Policía Nacional, la incorrecta y mala aplicación de la justicia, en la investigación penal adelantada, quienes como funcionarios judiciales iniciaron investigación penal, profirieron medida de aseguramiento, consistente en detención sin beneficio de excarcelación en la cárcel de Chiquinquirá y el peso de una investigación por más de 4 años.

“Segunda: Como consecuencia de lo anterior, solicito condenar a la Nación Colombiana Fiscalía General de la Nación, y el Ministerio de Defensa Nacional Armada Nacional Infantería de Marina y Policía Nacional como reparación del daño ocasionado a pagar a JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ, MERCEDES MARSIGLIA CALDERÓN, quienes actúan en su propio nombre y en representación del menor JASIR ANDRÉS MORA MARSIGLIA, MAYRA LORENA MORA OROZCO, WENDY JOHANA MORA MARSIGLIA, LUIS CARLOS MORA OROZCO, JUANA MARÍA MARTÍNEZ DE MORA, JAIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ, JUAN DE JESÚS MORA MARTÍNEZ, JORGE ELIECER MORA MARTÍNEZ, NELSON ENRIQUE MORA MARTÍNEZ, por haber recibido perjuicios del ordena (sic) material y moral, estimados y detallados en su acápite, en cuantía superior a los doscientos millones de pesos m/cte. (\$200.000.000) hasta la fecha, más los que se causen a hacia el futuro para lo cual pido compensatorio a la tasa legal permitida.

“Tercera: Las condenas respectivas serán Actualizadas de conformidad con lo establecido en el artículo 178 del C.C.A., con su correspondiente I.P.C., y que además, se reconocerán intereses legales desde el día de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, hasta cuando se dé total cumplimiento sobre las sumas liquidadas.

“Cuarta: Las partes demandadas darán cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176, 177 del C.C.A.

“Quinta: Que se condene en costas a los demandados, fundamento esta solicitud en lo señalado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 55.

“Sexto: Ordenar que las sumas liquidadas generaran intereses comerciales moratoria a partir de la ejecutoria de la sentencia.”

2. HECHOS.

Los relata de la siguiente manera:

1. El señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ ostentaba el grado de Intendente de la Policía Nacional, grado con el que se retira de la fuerza pública, está casado con MERCEDES MARSIGLIA CALDERÓN, tiene una familia constituida por MAYRA LORENA MORA OROZCO, WENDY JOANNA MORA MARSIGLIA y el menor JASIR ANDRÉS MORA MARSIGLIA.
2. La familia materna está constituida por su señora madre JUANA MARÍA MARTÍNEZ DE MORA, sus hermano LUIS CARLOS MORA OROZCO, JASIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ, JUAN DE JESÚS MORA MARTÍNEZ, JORGE ELIÉCER MORA MARTÍNEZ Y NELSON ENRIQUE MORA MARTÍNEZ.
3. El 27 de junio de 2003 la FISCALÍA ordena apertura de instrucción o (investigación penal) contra el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ por el delito de terrorismo. Igualmente se emite orden de captura en su contra.
4. Con fecha 6 de julio de 2003, es capturado el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ y puesto a disposición del Jefe de Retenidos de la DIJIN.
5. El 8 de julio de 2003 ante la FISCALÍA es escuchado en diligencia de indagatoria el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ, la cual es ampliada el 13 de agosto de 2003.
6. El 10 de julio de 2003 la FISCALÍA ante el delito endilgado de terrorismo envía todo lo actuado al Coordinador de la Unidad Nacional contra el Terrorismo por competencia para que resolviera la situación jurídica.
7. En fecha 14 de julio de 2003, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE LA SUB UNIDAD DE TERRORISMO resuelve la situación jurídica del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ obteniéndose de imponerle medida de aseguramiento por el delito de terrorismo, y le decreta medida de aseguramiento consistente en detención

preventiva sin beneficio de libertad provisional por el delito de Rebelión en concurso real y material con el delito de Cohecho Propio.

8. El 11 de noviembre de 2003 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN modifica la adecuación típica anotada en el hecho anterior, no accediendo a la revocatoria de la medida de aseguramiento y dicta detención preventiva sin beneficio de libertad provisional en contra del señor MORA MARTÍNEZ por el delito de Rebelión en calidad de cómplice en concurso real y material con el delito de Cohecho Propio.

9. El 8 de junio de 2004 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN UNIDAD DELEGADA ANTE LOS JUECES PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ D.C. profiere Resolución de Acusación en contra de JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ como presunto responsable del delito de Rebelión en calidad de cómplice y precluyó la investigación por los delitos de concierto para delinquir en concurso con el delito de Cohecho Propio y ordena conceder a favor de éste el beneficio de sustitución de medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación por el de detención domiciliaria.

10. El 9 de septiembre de 2004 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN resuelve recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ confirmando la resolución acusación.

11. El 11 de septiembre de 2004 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN resuelve recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la providencia del 8 de junio de 2004 y resuelve revocar la preclusión dictada a favor del señor MORA MARTÍNEZ profiriendo Resolución de acusación contra éste en calidad de autor y le impone medida de aseguramiento de detención preventiva contra los delitos de Rebelión y Cohecho Propio.

12. El 27 de noviembre de 2007 EL JUZGADO 16 PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ Absuelve a JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ del delito de Rebelión en calidad de cómplice en Concurso Heterogéneo con Cohecho Propio y se ordenó la libertad inmediata del mismo.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL²

² Folio 235 a 241

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

“(…)”

Porque la judicialización, juzgamiento y fallo del intendente JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ no es de la esfera o competencia de la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL INFANTERÍA DE MARINA, es decir en cuanto a la Fuerza Pública, no existe falla del servicio en la actuación escrita, ni por acción ni omisión.

“(…)”

En este aspecto es importante resaltar, que por parte del personal de Infantería Marina que adelantó el operativo donde se encontró el material de guerra, el video y supuesto libro de pagos de la FARC, pudo haber incurrido en una (sic) mala manejo de las pruebas encontradas que llevó a la contaminación de las mismas, y al rompimiento de la cadena de custodia; y otra cosa bien distinta, es que tales pruebas hayan sido fabricadas por los militares situación que no se encuentra probada penal ni disciplinariamente.

Por otro lado, las labores previas de investigación, las realizó inteligencia militar en asocio con la DIJIN, de modo que si la Fiscalía General de la Nación, libró orden de captura en contra del actor y profirió resolución de acusación, es por que existían elementos probatorios para llamarlo a juicio, si con posterioridad el Juez del caso resolvió absolverlo no implica que inmediatamente se consolide una responsabilidad objetiva en contra la Policía Nacional y la Armada Nacional.

Los Fiscales y Jueces como autoridades de la república se encuentran instituidos para proteger la vida, honra y bienes de todos los habitantes del territorio nacional, por lo cual están facultados para poner en funcionamiento el aparato coercitivo del Estado realizando capturas, allanamientos y operativos teniendo al esclarecimiento de los hechos punibles.

“(…)”

Una vez analizada las circunstancias que condujeron al señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ, a la privación de su libertad se puede establecer que se trataron de trámites y decisiones efectuadas dentro del marco de la Ley y tuvo como fundamento

de las pruebas allegadas alcanzando la calificación de indicios graves de responsabilidad y que ameritaban por lo tanto, el adelantamiento de la investigación penal en su contra y la consiguiente privación de la libertad, por lo cual no se configura ninguna falla en el servicio de la administración ni por acción, ni por omisión y así se debe declarar judicialmente.

“(…)”

2. NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN³

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

“(…)”

El lapso que una persona permanezca privada de su libertad a raíz de la sustanciación de un proceso penal, en el que dicha persona es finalmente absuelta, no debe dar lugar a responsabilidad del Estado, o sea no puede generar derecho a resarcimiento a favor de quien sea absuelto, es ella una de las cargas que se debe soportar, en el marco de un Estado de Derecho, sobre todo si esa privación de la libertad obedeció a pruebas que comprometían la responsabilidad de quien estuvo sujeto a la misma.

Tiene entonces la Fiscalía, la obligación constitucional de investigar los delitos, asegurar la comparencia de los presuntos infractores y para el cumplimiento de la misma debe desplegar la actividad conducente, apegándose en todo momento, a lo dispuesto en el código en materia de derecho de defensa, debido proceso y demás garantías de los procesados.

“(…)”

Propone las excepciones de ineptitud formal de la demanda por inexistencia del hecho dañoso atribuible a la Fiscalía General de la Nación, falta de legitimación por pasiva, existencia de dos causales exonerativas de responsabilidad a favor de la Fiscalía General de la Nación, culpa exclusiva de la víctima.

³ Folio 255 a 266

3. NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL

No contestó la demanda.

E. TRASLADO DE PRIMERA INSTANCIA

1. DEMANDANTE

Alegó como consta a folio 312 a 331.

2. DEMANDADOS

2.1. NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Alegó como se evidencia a folio 343 a 355.

2.2. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

No alegó.

2.3. NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL

No alegó.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No rindió concepto.

III. TRAMITE

1. Por providencia de fecha 19 de octubre de 2009 se admitió la demanda (folio 229) y le fue se notificado a las partes como consta a folios 232 a 234.
2. El 31 de agosto de 2010 se abrió a pruebas (folio 280 a 281)
3. Por auto de fecha 13 de diciembre de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar (folio 211)
4. El 24 de mayo de 2013 ingreso al Despacho para dictar sentencia (folio 371)

IV. CONSIDERACIONES

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

1. COMPETENCIA.

Es claro que las acciones de reparación directa donde se formulan pretensiones como las de la presente, son de competencia de los Tribunales administrativos en primera instancia, al tenor del numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996.

2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Respecto a la caducidad de la acción de reparación directa, cuando esta se fundamenta en el daño producido por la privación injusta de la libertad, el H. Consejo de Estado ha precisado⁴:

“En los eventos en que el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, lo cierto es que el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente; lo anterior, dado que es a partir del momento en que se califica dicha limitación como injusta o ilegal que la persona detenida tiene pleno conocimiento del daño que se le ha ocasionado y, por consiguiente, puede acudir al aparato jurisdiccional en procura de que dicho detrimento sea resarcido.

Es posible que en algunos eventos la persona demandante haya obtenido la libertad por una u otra medida jurisdiccional, pero lo cierto es que hasta tanto la decisión que declaró la libertad –y por ende, declaró la ilegalidad de la medida- no haya cobrado fuerza ejecutoria, no se tendrá plena certeza sobre el verdadero acaecimiento del daño y, en consecuencia, no se tendrá certeza acerca de la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias”.(Negrillas fuera de texto).

El anterior planteamiento ha sido trazado en reiterada jurisprudencia por la Sección Tercera de dicha Corporación, razón por la cual resulta pertinente destacar la fuerza vinculante del precedente. En efecto, sobre el particular se ha precisado:

“La acción de reparación directa con fundamento en el error judicial o en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, caduca al vencimiento del término de dos (2) años, contado a partir del acaecimiento del hecho que causó el daño, que para estos casos generalmente se hace evidente o se concreta mediante la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión o el procedimiento adelantado por la autoridad judicial.”⁵

Así mismo, en providencia del 2 de febrero de 1996, se dijo lo siguiente:

“Para la Sala no hay lugar a plantear ningún cuestionamiento en relación con el momento a partir del cual se debe empezar a contar el término de caducidad de la

⁴Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 19 de julio de 2007, Exp. 33.918.

⁵Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp. No. 13.392.

acción de reparación directa, cuando lo que se persigue es la reparación del perjuicio causado con la privación injusta de la libertad. En este evento, tal como lo señala el apelante, el conteo de ese término sólo puede empezar cuando está en firme la providencia de la justicia penal que declara la ocurrencia de uno cualquiera de los eventos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

- “- Que el hecho no existió.
- “- Que el sindicado no lo cometió.
- “- Que la conducta no constituía hecho punible.

“Sólo a partir del momento en que adquiera firmeza la providencia, es posible calificar de injusta la detención. Antes no tiene tal calidad, dado que se desconoce la conclusión a la cual llegará el juez penal. Y sólo puede hablarse de existencia de esa providencia una vez que en relación con ella se han surtido todos los recursos y grados de consulta de que goza.

“El daño se consolida no con el simple hecho material de la detención, sino con la calidad de injusta de esa detención, la cual deviene como consecuencia de la decisión que así lo determine.”⁶(Se ha destacado y subrayado).

Al aplicar lo anterior al caso concreto, la Sala encuentra que la providencia por la cual EL JUZGADO DIECISEIS PENAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ absolvió al señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ de los delitos que se le acusaban quedó ejecutoriada el 7 de diciembre de 2007⁷; la demanda se interpuso el 7 de agosto de 2009 (folio 21), por consiguiente considera la Sala que la acción de reparación directa presentada por los demandantes se realizó dentro del término establecido el núm. 8° del Art. 136 del C.C.A.

3. CUESTIÓN PREVIA

3.1. DE LA NULIDAD PROCESAL

La Sala advierte que en el presente proceso se observa la configuración de una causal nulidad procesal consistente en la falta de competencia territorial de esta Corporación para conocer del presente asunto, como quiera que la medida restrictiva de la libertad causante del presunto daño que reclama el actor fue dictada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SUB UNIDAD DE TERRORISMO DE BOGOTÁ D.C., de tal manera que el competente en principio debió ser el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“(…)”

⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 11 425.

⁷Folio 91 a 115 del cuaderno de pruebas numero .

Así las cosas, el competente para conocer del proceso promovido por la Señora María Emma Doncel de Díaz y otros, es el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Villavicencio, pues en esa ciudad se produjeron formalmente las decisiones judiciales con relevancia y alcance legal sobre la privación de la libertad del señor Doilen Marcelino Díaz Doncel, a cargo de la Fiscalía 12 Especializada Delegada de Villavicencio, actuación ésta que a juicio de los demandantes omitió normas de procedimiento y garantías que debió observar respecto del señor Díaz Doncel. Finalmente, fue el Juez Primero Especializado de Villavicencio quien profirió sentencia absolutoria respecto de los delitos por los cuales era judicializado.

“(…)”⁸ (Subraya la Sala)

No obstante lo anterior, el numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil señala expresamente que la nulidad quedará saneada cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa.

En el presente caso, se trata de una falta de competencia distinta de la funcional, la cual no fue advertida por ninguna de las partes durante las diferentes actuaciones procesales, ni tampoco alegada como excepción previa, de tal manera que la misma se encuentra saneada, por consiguiente este Tribunal es competente para proferir sentencia dentro del presente asunto.

3.2. DE LA EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Respeto a las excepciones propuestas por la entidad demandada, NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, estas se refieren al objeto de la litis de tal manera que serán resueltas en conjunto con el análisis de fondo del presente asunto.

4. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se enfrenta a resolver lo siguiente problema jurídico:

¿Establecer si la entidad demanda es patrimonialmente responsable por los daños y perjuicios causados a los demandantes, por la privación de la libertad de la fue objeto señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ dentro de la investigación penal adelantada en su contra por la Fiscalía General de la Nación por los presuntos delitos

⁸ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Providencia de fecha 13 de mayo de 2008 CP Rad SUSANA BUITRAGO VALENCIA 11001-03-15-000-2008-00326-00(C)

de cómplice en concurso heterogéneo con cohecho propio en condición de autores y Rebelión?

Para dilucidar el problema jurídico se estudiarán los siguientes temas:

5. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

5.1. De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que textualmente reza:

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

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, refrenda a quien ha sido privado injustamente de la libertad y la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones puntuales: i. El hecho no existió, ii. El sindicado no lo cometió y iii. La conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas⁹. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

- a. Una primera línea jurisprudencial que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que “la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus

⁹Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ, doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

- b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., esto es, absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención.
- c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*¹⁰.

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la

¹⁰Sección Tercera, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención o restricción de la libertad, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia¹¹.

6. HECHOS PROBADOS

1. El 27 de junio de 2003 la FISCALÍA ADSCRITA A LA UNIDAD NACIONAL ANTINARCÓTICO E INTERDICCIÓN MARÍTIMA DESPACHO CATORCE DESTACADO ANTE LA DIJIN Y ANTE LA DIRAN, profiere Resolución de apertura de la instrucción¹² contra el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ por el delito de terrorismo y ordena vincularlo a la investigación penal mediante indagatoria, para ello expide la respectiva ordenen de captura como consta a folio 235 del cuaderno No. 1 de pruebas.

2. Oficio No. 325 ADEPS- GANTI de fecha 7 de julio de 2003 el Jefe del Grupo Anticorrupción deja a disposición de la doctora MARTHA CRISTINA CESPEDES PINEDA, Despacho 14 UNAIM con sede en el DIJIN, al señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ quien había sido capturado el día 6 de julio de 2003 (folio 240 del cuaderno No. 242 de pruebas)

3. El 8 de julio de 2003 el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ rindió indagatoria ante la FISCALÍA ADSCRITA A LA UNIDAD NACIONAL ANTINARCÓTICO Y DE INTERDICCIÓN MARÍTIMA DESTACADA ANTE LA DIJIN (folio 249 a 256 del cuaderno No. 1 de pruebas)

4. El 14 de julio de 2003 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SUB UNIDAD DE TERRORISMO DE BOGOTÁ D.C. se abstiene de proferir medida de aseguramiento al señor MORA MARTÍNEZ como presunto infractor en calidad de coautor y en calidad de cómplice del delito de terrorismo; sin embargo, dicta medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional en contra del sindicado por el delito de rebelión (folio 20 a 25 del cuaderno No. 2 de pruebas). Se

¹¹Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

¹² Ver Resolución de Apertura de Instrucción Folio 227 a 228 del cuaderno No. 1 de pruebas.

expide boletas de detención de fecha julio de 2003 (folio 29 del cuaderno No. 2 de pruebas)

5. El 11 de noviembre de 2003 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN no accede la revocatoria de la libertad del actor y modifica la adecuación típica consignada en los artículos primero y segundo del proveído de julio 14 de 2003 (folio 1 a 19 del cuaderno No. 3 de pruebas)

6. El 8 de junio de 2004 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, UNIDAD DE FISCALÍA DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BOGOTÁ D.C., UNIDAD DE TERRORISMO DESPACHO FISCAL 17, profiere Resolución de acusación contra el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ como presunto coautor del delito de rebelión en calidad de cómplice y se le concede el beneficio de sustitución de la medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación por el de detención domiciliaria (folio 162 a 180 del cuaderno No. 4 de pruebas)

7. El 10 de septiembre de 2004 la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN UNIDAD DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. revoca la preclusión dictada a favor del acusado por el delito de cohecho propio y en su lugar acusa y dicta medida de aseguramiento de detención preventiva por el concurso de delitos de Cohecho Propio y Rebelión (folio de 25 a 47 del cuaderno No. 5 de pruebas)

8. El 14 de noviembre de 2006 el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá le concede la libertad provisional al señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ; el día 27 de noviembre de 2006 firma acta compromisoria de libertad (folio 88 a 93 y 139 del cuaderno No. 6 de pruebas)

9. El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá D.C., dicta sentencia el 27 de noviembre de 2007 absolviendo al señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ de los delitos de Rebelión en calidad de cómplice en concurso heterogéneo con Cohecho Propio en condición de autores, la cual quedó ejecutoriada el 7 de diciembre de 2007 como consta a folio 205 del cuaderno No. 7 de pruebas (folio 27 a 115 del cuaderno No. 7 de pruebas)

7. ANALISIS DEL CASO.

En el presente caso, solicitan los demandantes se declare que la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es administrativamente responsable de los perjuicios

ocasionados como consecuencia de la medida de aseguramiento dictada contra el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ ordenada por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SUB UNIDAD DE TERRORISMO DE BOGOTÁ D.C., dentro de la investigación penal seguida al mismo por los presuntos delitos de Cohecho Propio y Rebelión.

Ahora bien, atendiendo lo dispuesto en la norma, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, tiene la facultad constitucional y legal de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la Ley penal, con el objeto de garantizar la efectividad del proceso, por ello, de acuerdo a las pruebas que se recauden durante la etapa instructiva y aún a lo largo de la apertura de la instrucción, puede la Fiscalía dar lugar a privar de la libertad al presunto responsable. No queriendo decir que esta actuación a pesar de tener un fundamento legal, exima de responsabilidad al ente público, como quiera que la libertad de una persona es un derecho fundamental que no puede ser vulnerado de manera arbitraria por parte de ninguna autoridad pública; sin embargo, en algunos eventos se hace indispensable hacer uso de los mecanismos legales que buscan restringir este derecho, ejemplo cuando se observe que la conducta desplegada por el sindicado o el delito que se cometió, reviste un alcance social que conlleve a capturar al presunto responsable.

En concordancia con lo descrito, descendiendo al caso particular, el delito por el cual se vinculó e imputó al actor y en consecuencia se libró la orden de captura fue por los delitos de peculado y falsedad; pues, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 336 del Código Procedimiento Penal, el funcionario judicial puede prescindir de la citación y librar orden de captura, cuando observe que hay razones para considerar que resulta obligatorio resolver situación jurídica. En efecto, primaran las pruebas y la calidad del delito para determinar si es procedente citar a indagatoria o librar orden de captura contra el presunto responsable del hecho delictivo para que rinda su declaración. Luego entonces, el ordenamiento en estos casos, facultó a la Fiscalía General de la Nación, para que dispusiera sobre la libertad del sindicado.

No obstante, a pesar de la facultad Constitucional y Legal, que tiene la Fiscalía General de la Nación para restringir la libertad de una persona, la jurisprudencia unificada del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo¹³ ha establecido que dicha libertad se torna injusta y en consecuencia reparable el daño, cuando durante el procedimiento penal, se precluya o archive la investigación o el proceso penal, ya sea sentencia

¹³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sala Plena C.P Ruth Stella Correa Palacio Bogotá 6 de abril de 2011 Rad 19001-23-31-000-1999-00203-01(21653)

absolutoria o su equivalente con fundamento en que el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o que la conducta no era constitutiva del hecho punible, pues, en estos casos de llegarse a demostrar dichas situaciones, corresponderá al fallador declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de que la privación de la libertad impuesta al ciudadano devino en injusta sin que pueda considerarse por esa sola razón, arbitraria o irregular la actuación de las autoridades, dado que finalmente no se demostró su responsabilidad en la causación del hecho punible, y en ese orden no estaba obligado a soportar la medida restrictiva. .

De la misma manera, advierte la citada jurisprudencia, que si la sentencia penal absolutoria o la providencia equivalente, se dictare con posterioridad al 24 de julio de 2001, la responsabilidad patrimonial del Estado, se declara con fundamento en lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, pues como previamente se explicó en el acápite del marco jurídico, antes de la Constitución de Política de 1991, se seguían los presupuestos jurídicos del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.

Para el caso particular, el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ estuvo privado de su libertad por el término de tres (3) años, cuatro (4) meses y 21 días, dado que su captura se llevó a cabo el **día 6 de julio de 2003** y su libertad se materializó el **día 27 de noviembre de 2006**.

Así mismo, que mediante providencia de fecha 27 de noviembre de 2007, El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Bogotá D.C., resuelve absolver al demandante de los delitos que se le acusaban por no encontrar elementos de juicio suficiente que den cuenta que el señor MORA MARTÍNEZ cometió los delitos que le acusaban.

En ese sentido, atendiendo lo expuesto por la Jurisprudencia en cita y lo demostrado en el proceso, la Sala concluye que la medida restrictiva de la libertad del actor deviene en injusta, dado que durante la investigación penal se comprobó que el actor no cometió la conducta delictiva, pues la decisión adoptada por el ente juzgador fue la de absolverlo por no encontrar suficiente material probatorio que diera certeza que el actor cometió el hecho punible. Luego entonces, es responsable la Fiscalía General de la Nación, por el daño antijurídico propiciado al demandante, al privarlo de la libertad por el espacio de de tres (3) años, cuatro (4) meses y 21 días, pues la captura y permanencia en reclusión del demandante se dió en virtud de una orden judicial.

Así las cosas, al estar plenamente demostrado el daño antijurídico como elemento esencial de la responsabilidad, la Sala condenará administrativamente a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios ocasionados al actor, como

consecuencia de la privación injusta de la libertad, la cual no estaba en el deber jurídico de soportar.

De otra parte, cabe anotar que la actuación de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL y ARMADA NACIONAL, dentro de la investigación, se supeditó a lo ordenes dadas por la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por tanto no está llamada a responder por los daños que le fueron imputados.

8. RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS.

Atribuida la responsabilidad a los demandada, NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, 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 de el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ en su calidad de víctima directa de la privación injusta de su libertad, como se explicó en apartes anteriores de esta providencia.

Del grupo familiar del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ

Se encuentra demostrado que MAYRA LORENA MORA OROZCO, WENDY JOANNA MORA MARSIGLIA y LUIS CARLOS MORA OROZCO son hijos del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ, como consta en los registro civiles de nacimientos obrantes a folio 30, 33 y 37 del expediente; respecto al menor JASIR ANDRÉS MORA MARSIGLIA no está demostrada su calidad de hijo de la víctima, así como tampoco que sea damnificado moralmente, sin embargo se le reconocerán y pagarán los perjuicios a que tenga derecho siempre y cuando acredite al momento del pago de la condena dicha calidad; igualmente está demostrado que la señora MERCEDES MARSIGLIA CALDERÓN es cónyuge del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ.

En ese mismo orden de ideas, está demostrado con el registro civil de nacimiento obrante a folio 24 que la señora JUANA MARÍA MARTÍNEZ DE MORA es madre del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ y que los señores JAIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ, JUAN DE JESÚS MORA MARTÍNEZ, JORGE ELIECER MORA MARTÍNEZ y NELSON ENRIQUE MORA MARTÍNEZ son hermanos del mismo como consta en los folios 42, 46, 49 y 52.

En cuanto al segundo requisito, es necesario distinguir entre perjuicios materiales y morales.

8.1. PERJUICIOS MATERIALES

Respecto a los perjuicios materiales, esto es daño emergente y lucro cesante.

8.1.1. 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.

Al respecto, si bien el demandante no precisa en las pretensiones el perjuicio solicitado, de los hechos de la demanda se infiere que el mismo reclama la suma de quince (15) millón de pesos correspondiente al valor que tuvo que pagar al abogado que ejerció su defensa dentro del proceso penal.

Sobre el particular, no existe prueba en el plenario que de cuenta de que los actores hayan pagado con concepto de honorarios al abogado que ejerció su defensa dentro del proceso penal, por consiguiente se denegaran el perjuicio solicitado.

8.1.2. LUCRO CESANTE

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 de los demandantes en razón de la privación de la libertad del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ.

Respecto a este perjuicio material, el demandante no especifica de donde se originan, por consiguiente teniendo en cuenta que nos encontramos ante una justicia rogada, es deber de quien ante ella acuda de presentar su reclamación en la forma indicada, estableciendo con claridad lo pedido con el fin que el Juez pueda resolver sobre sobre sus pretensiones, de tal manera que se negará.

8.2. PERJUICIOS INMATERIALES:

Daño moral: En el libelo introductor, se solicita se reconozcan a cada uno de los actores la suma de 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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 señalado¹⁴:

“... 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 reiteró¹⁵:

“...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...”

¹⁴ 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

¹⁵ 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)

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 inferencia, derivada de la aplicación de las máximas de las experiencia 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 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 del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ, se tiene que el valor de la indemnización superaría los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto teniendo en cuenta que el señor MORA MARTÍNEZ estuvo detenido injustamente por más de 3 años, superando el tope máximo que ha establecido el Consejo de Estado para el reconocimiento de este tipo de perjuicios.

Sobre el particular, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha considerado lo siguiente:

“(…)

A pesar de que en la demanda se solicitó la indemnización de los perjuicios morales en gramos oro, la Sala conforme a lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral; ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en

que aquél se presente en su mayor grado¹⁶. Por lo tanto la condena se liquidará en salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)¹⁷ (Subraya la Sala)

Por lo anterior, como el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ estuvo privado injustamente por un tiempo prolongado, esto es, por más de 3 años, de tal manera que se presume que el padecimiento fue en un alto grado, por consiguiente se le concederá el tope máximo la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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:

MERCEDES MARSIGLIA CALDERÓN	Cónyuge	50 SLMLMV
JUANA MARÍA MARTÍNEZ DE MORA	Mamá	50 SLMLMV
MAYRA LORENA MORA OROZCO	Hija	50 SLMLMV
WENDY JOANNA MORA MARSIGLIA	Hija	50 SLMLMV
LUIS CARLOS MORA OROZCO	Hijo	50 SLMLMV
JAIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ	Hermano	25 SLMLMV
JUAN DE JESÚS MORA MARTÍNEZ	Hermano	25 SLMLMV
JORGE ELIECER MORA MARTÍNEZ	Hermano	25 SLMLMV
NELSON ENRIQUE MORA MARTÍNEZ	Hermano	25 SLMLMV

A JAIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ se le reconocerá y pagará la suma de 50 SLMLMV por concepto de perjuicios morales siempre y cuando acredite al momento del pago de la condena su calidad de hijo del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ.

9. CONDENAS EN COSTAS:

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A "el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil". En el sub lite no se evidencia en la actitud de las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedentes tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001 Exp 13 232-15 646

¹⁷ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección C Sentencia de fecha 18 de enero de 2012 Rad 25000-23-26-000-1996-03149-01(20038) M P Olga Melida Valle De La Hoz

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

V. FALLA

PRIMERO: DECLARAR a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsable por el daño antijurídico causado a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ.

SEGUNDO: CONDENAR a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar por concepto de perjuicios morales padecidos por los demandantes equivalentes a salarios mínimos legales mensuales vigente de la siguiente manera:

JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ	Víctima Directa	100 SLMLMV
MERCEDES MARSIGLIA CALDERÓN	Cónyuge	50 SLMLMV
JUANA MARÍA MARTÍNEZ DE MORA	Mamá	50 SLMLMV
MAYRA LORENA MORA OROZCO	Hija	50 SLMLMV
WENDY JOANNA MORA MARSIGLIA	Hija	50 SLMLMV
LUIS CARLOS MORA OROZCO	Hijo	50 SLMLMV
JUAN DE JESÚS MORA MARTÍNEZ	Hermano	25 SLMLMV
JORGE ELIECER MORA MARTÍNEZ	Hermano	25 SLMLMV
NELSON ENRIQUE MORA MARTÍNEZ	Hermano	25 SLMLMV

A JAIR ALFREDO MORA MARTÍNEZ reconocer y pagar la suma de 50 SLMLMV por concepto de perjuicios morales siempre y cuando acredite al momento del pago de la condena su calidad de hijo del señor JAVIER ALFONSO MORA MARTÍNEZ.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CÚMPLASE la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C.A.

QUINTO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica de la misma con las respectivas constancias de notificación, ejecutoria y de ser la primera que presta mérito ejecutivo, a costa del apoderado de la parte actora, de conformidad con el artículo 115 del C. de P. C.

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

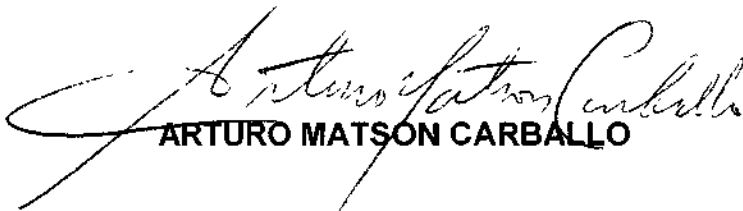
SÉPTIMO: Sin condena en costas.

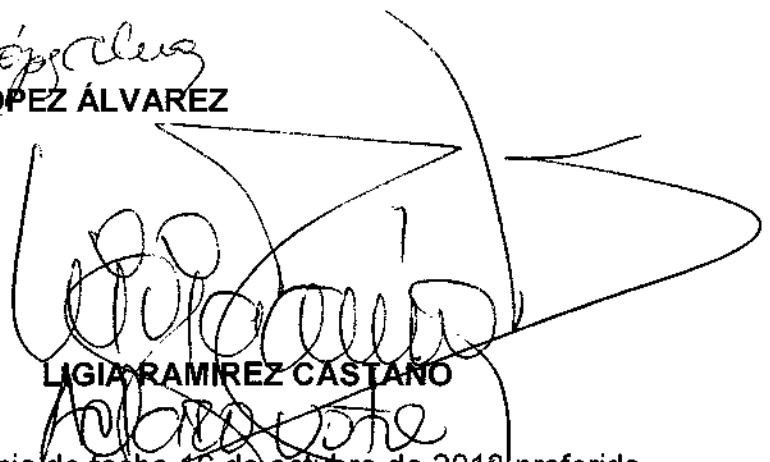
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas correspondiente a la sentencia de fecha 16 de octubre de 2013, proferida dentro del proceso de Javier Alfonso Mora Martínez y Otros vs Nación – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y otro, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.



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

ACLARACION DE VOTO

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Clase de acción: REPARACIÓN DIRECTA
Referencia: No. 13-001-23-31-000-2009-00483-00
Demandante: JAVIER ALFONSO MORA MARTINEZ Y OTROS
Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – MINDEFENSA
– POLICIA NACIONAL

Se dejará constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestión 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 en esta sentencia 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.

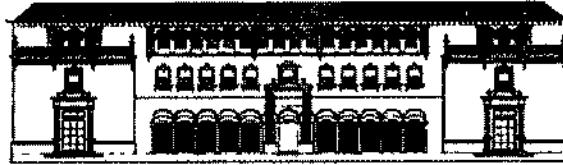
"... Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos 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".

En los anteriores términos dejó expresada la aclaración de mi voto.

Fecha ut supra.

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Magistrada de Descongestión No. 002



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1290
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPETICION
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
DEMANDADO	: SIMON HERRERA MACIA
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2005-02176-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECINUEVE (19) DE SEPTIEMBRE 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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



252/222
50

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPETICIÓN
Radicación : 13-001-23-31-004-2005-02176-01
Demandante : DISTRITO DE CARTAGENA
Demandado : SIMÓN HERRERA MACIA
Tema : Carga de la prueba

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la Agente del Ministerio Público, contra la sentencia del 21 de septiembre de 2011, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

"PRIMERA: Que se declare responsable a título de Culpa Grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, la Dr. SIMÓN HERRERA MACIÁ, identificado con la C.C# (sic) y se le condene en consecuencia a pagar la proporción del dinero expresado como cuantía de esta demanda, en el monto que corresponde de acuerdo con su grado de participación en la producción del detrimento patrimonial del estado (sic).

SEGUNDA: Que se declare solidariamente responsable a título de Culpa Grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las actas del Distrito de Cartagena de Indias.

TERCERA: Que se declare solidariamente responsable a título de Culpa Grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo a su participación, la suma de dinero expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las actas del Distrito de Cartagena de Indias.

CUARTA: Que se ordene al Doctor SIMON HERRERA MACIÁ el pago de la suma correspondiente a VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CATORCE PESOS (\$24.351.814.00), a favor del Tesoro Distrital, Para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los Artículos 176,178 y 179 del C.C.A.

QUINTA: Que se ordene al Director Financiero y al Director Administrativo del Concejo Distrital de la época de las conciliaciones por este medio repetidas, el pago de la suma correspondiente a VEINTICUATRO MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CATORCE PESOS (\$24.351.814.00), a favor del Tesoro Distrital, Para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los Artículos 176,178 y 179 del C.C.A”.

1.2. HECHOS

Las pretensiones de la demanda las ampara en los siguientes hechos:

Afirma que al momento de celebrarse la conciliación prejudicial entre el señor JAVIER ISAAC MUÑOZ MORALES, representado por apoderado judicial y la doctora VICTORIA CABALLERO RESTREPO, en calidad de apoderada de la Contraloría Distrital de Cartagena, se encontraba posesionado y en ejercicio de sus funciones como Contralor Distrital de Cartagena el doctor SIMON HERRERA MACIÁ.

Sostiene que en audiencia celebrada el día 13 de agosto de 2002 ante la Procuraduría 22 Judicial II delegada ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, compareció el señor

JAVIER ISAAC MUÑOZ MORALES, representado por apoderado judicial y la doctora VICTORIA CABALLERO RESTREPO, en calidad de apoderada de la Contraloría Distrital de Cartagena, quienes convinieron conciliar las pretensiones en una suma equivalente al 70% de la suma solicitada, es decir, la cantidad de \$24.351.814.00.

Manifiesta que mediante auto de fecha 6 de diciembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Bolívar, aprobó el acta conciliatoria de 13 de agosto de 2002, la cual registra la conciliación celebrada entre el señor JAVIER ISAAC MUÑOZ MORALES y la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA.

Señala que en firme el auto aprobatorio de la conciliación, el señor JAVIER ISAAC MUÑOZ MORALES, se dirigió a la administración distrital, la cual accedió al pago de la suma acordada mediante desembolso realizado a través de la Fiduciaria La Previsora S.A., como comprobante de egreso No. 346368 de 16 de febrero de 2004.

2. LA DEFENSA

El apoderado de la parte demandada contestó¹ la demanda en tiempo y se opuso a todas las pretensiones argumentando que:

La Contraloría Distrital de Cartagena se vio avocada a varias reestructuraciones administrativas en virtud de la Ley 627 de 2000, de manera que se redujo su presupuesto y en consecuencia la reducción de su planta de personal.

Afirma que la entidad sufrió dos reestructuraciones de su planta de personal: una en el mismo año de 2001 y otras por iniciativa ilegal del Concejo Distrital, saliendo de la entidad cien funcionarios aproximadamente, lo cual implicó un mayor gasto presupuestal por el pago oportuno de las consiguientes liquidaciones definitivas dentro del término establecido por la ley, mientras que en relación con la segunda todavía de mayor envergadura que la primera, estaba constituida por la increíble situación de que las administraciones posteriores no hacía aportes a pensión, salud, parafiscales y cesantías y por último no cancelaban las liquidaciones de los funcionarios que por concepto de las anteriores reestructuraciones, o simplemente por declaratoria de insubsistencia del cargo, estaban en la obligación de hacerlo por mandato legal.

Manifiesta que el demandado tuvo que afrontar una situación administrativa difícil debido al recorte presupuestal y tenía obligaciones que cumplir de manera inexorable constituida por los siguientes conceptos y valores:

- a) Pasivo pensional con corte a 30 de junio de 2003, sin incluir los Seguros

¹ Ver folio 101 a 116

Sociales, a quien ya se le había cancelado una cuantiosa suma de dinero por vía de conciliación dentro de un proceso coactivo contra la Contraloría, adeudando a los Fondos Colpatria, Davivi, Horizonte, Porvenir, Protección, Colmena, Santander y Cajanal: \$852.746.978.

- b) Pasivo laboral y prestacional a funcionarios activos y retirados por la ley 617 de 2000 incluidas cesantías retroactivas y sanción moratoria con base en ley 50 de 1990: \$2.553.689.734
- c) Pasivo prestacional a funcionarios antes de la ley 617 de 2000: \$1.221.624.046.
- d) Otros pasivos como Sobretasa Deportiva, Retefuente la DIAN, Reteica, Escuelas Técnicas, Servicios Públicos, Cooperativas y Libranzas, Aportes Parafiscales a Comfamiliar, ICBF y SENA: \$264.934.803 para un gran total de \$4.892.995.561.

Señala que la Contraloría se vio incurso en numerosos procesos ejecutivos, tanto a título personal como de entidades prestadoras de salud; que la Contraloría formó parte del Comité Técnico que se constituyó para el seguimiento del proceso de saneamiento fiscal y financiero en ejercicio de su misión, al tiempo que gestionaba lo propio ante el Ministerio de Hacienda, Secretaría de Hacienda Distrital, acreedores, y deudores, constituyendo a su interior dos comités esenciales: el Comité de Conciliaciones y el Comité de Saneamiento Financiero y Fiscal.

Aduce que el Distrito de Cartagena no había transferido los recursos correspondientes al pago de las cesantías del año 2000, los cuales debían ser consignados antes del 15 de febrero de 2001 (fecha en el que el demandado ya fungía como Contralor Distrital), y tampoco se habían consignado lo correspondiente a las cesantías de los trabajadores que laboraban para la Contraloría Distrital durante los años 1996 hasta el año 2000, la administración del demandado planteó para el plan de acción del año 2002 el pago de las cesantías que adeudaban a los trabajadores de la Contraloría Distrital y que por falta de diligencia de los anteriores Contralores Distritales no habían consignado, es así como afectando la vigencia del año 2002 se procedió a liquidar las cesantías del régimen anualizado pendientes de consignar de las vigencias 1997-2001, se programaron en el PAC y se depositaron el 14 de febrero de 2002 con recursos presupuestales de la vigencia de ese año (2002) mediante resolución No. 025 del 13 de febrero de 2002, mientras se conciliaban con la alcaldía los saldos de recursos de transferencias de vigencias anteriores y se programaba su cobro y respectivo giro.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 21 septiembre de 2011², denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

“(...)”

En este evento, se tiene que mediante auto de fecha 16 de diciembre de 2002, se aprobó la conciliación efectuada en acta de fecha 13 de agosto de 2002, suscrita entre los apoderados del señor JAVIER ISAAC MUÑOZ VILLALBA (sic) y la Contraloría Distrital de Cartagena, por la no liquidación y pago oportuno de las cesantías correspondientes a los años 1999 y 2000.

No obstante, no puede atribuírsele la omisión en el pago oportuno de la cesantías, del señor JAVIER ISAAC MUÑOZ MORALES y por la cual dio lugar a la conciliación extrajudicial y su posterior aprobación por el Tribunal Administrativo de Bolívar, de la sanción moratoria por el retardo en el pago de dicha prestación puesto que ESTAS ACREENCIAS LABORALES SE CAUSARON EN LOS AÑOS 1999 Y 2000 y tal como quedo demostrado, el señor SIMON HERRERA MACIÁ, fue designado en el cargo de Contralor Distrital en enero de 2001, de tal suerte que no fue el funcionario que incurrió en mora en la consignación de las cesantías correspondiente a años anteriores (1999-2000)

(...)”

De igual manera se puede verificar que bajo la administración del señor SIMÓN HERRERA MACIÁ, la entidad si cumplió con las (sic) consignación dentro de las(sic) oportunidad legal de las cesantías de los trabajadores de los entes de control como observa en la Resolución No. 025 del 13 de febrero de 2002 (Cuaderno No 1 de pruebas) y la Resolución No. 177 de diciembre de la (sic)31 de 2003 (Cuaderno No 1 de pruebas), por consiguiente rompe el nexo causal entre la conducta imputada al funcionario demandado y el daño, ya que la situación presupuestal de la entidad incidió en la mora en el pago de las prestaciones sociales adeudas.

Se desprende entonces, que SIMÓN HERRERA MACIÁ, actuó de conformidad con lo que exige la normatividad pertinente para evitar así el desangre de los recursos de la entidad, por lo cual no puede endilgársele el daño producido a las arcas distritales, mucho menos que el detrimento patrimonial de la entidad se deba a culpa grave o dolo del respectivo funcionario.

Además se acreditó que bajo la Administración de SIMON HERRERA MACIA la Contraloría Distrital inició 49 acciones de repetición contra ex contralores con el fin de redimir el pago de conciliaciones derivadas de la falta de pago de acreencia laborales, lo cual evidencia por demás su compromiso con el cumplimiento de la ley y respeto por los principios de la administración pública.

Así las cosas, como quiera que en el presente asunto, no se configuraron todos los supuestos para la procedencia de la orden de repetir contra el agente del Estado, se

² Ver Folio 147 a 164

impone para este juzgado denegar las súplicas de la demanda, como pasará a hacerse en la parte resolutive de esta providencia.

(...)"

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la decisión de primera instancia, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, se interpuso recurso de apelación por parte del apoderado de la parte demandante y por parte de la Procuraduría 176 Judicial I ante los Jueces Administrativos de Cartagena contra la sentencia del veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011), manifestando su inconformidad bajo los siguientes argumentos:

Parte demandante³:

Manifiesta que está demostrada la calidad de servidor público del demandado; la existencia de la obligación por cuanto se allegó copia auténtica del auto que aprobó la conciliación prejudicial de fecha 6 de diciembre de 2002, de igual manera está probado que se realizó el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por conciliación a través de acto en el que se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o apoderado reconocido, mediante comprobante de egreso expedido por la Fiduprevisora.

Señala que si el Juez necesitaba tener grado de certeza sobre el pago realizado al beneficiario o su apoderado, se debió decretar de oficio la recepción del testimonio del ex funcionario beneficiado con el pago.

Finalmente agrega que en cuanto al elemento subjetivo de la conducta, la mora en la consignación y el pago oportuno de las cesantías definitivas de que trata la ley 244 de 1995, constituye una falla en el servicio atribuible al hoy demandado SIMON HERRERA en su calidad de ex Contralor Distrital de Cartagena, por su actuar culposo en no adelantar de manera oportuna los trámites necesarios para el pago de las prestaciones de sus servidores se hiciera dentro del término que le señala la ley.

Procuraduría 176 Judicial I ante los Jueces Administrativos de Bolívar⁴:

Sostiene la Agente del Ministerio Público que con vista a los elementos probatorios allegados al infolio y verificada la normatividad vigente para el *sub judice*, se colige la gestión desempeñada por el doctor SIMON HERRERA en lo concerniente al no pago oportuno de las cesantías al ex empleado JAVIER ISAAC MUÑOZ de conformidad con

³ Ver folio 170 a 177

⁴ Ver folio 166 a 169

la Ley 244 de 1995, y que condujo a que se conciliaran las pretensiones del ex empleado en cuantía de \$24.351.814 causándole, un gran detrimento al patrimonio público.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Demandante:

Alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación (folio 186 a 188).

5.2. Demandado:

No alegó.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

No rindió concepto.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 16 de diciembre de 2011 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el señor Agente del Ministerio Público (folio 183).

El 27 de febrero de 2012 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 185).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 5 de junio de 2012 (folio 191).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar si en la acción de repetición objeto de

estudio, se configuran los elementos necesarios para encontrar responsable por su conducta dolosa o gravemente culposa al señor SIMON HERRERA MACIA, por el menoscabo patrimonial ocasionado al Distrito de Cartagena por la omisión de cancelar las cesantías definitivas al señor JAVIER MUÑOZ MORALES dentro de las oportunidades señaladas por la Ley 244 de 1995.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

Evolución de la acción de repetición

Desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales de forma solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, ello fue parcial puesto que se circunscribió a la actividad contractual.

Posteriormente, el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena.

Contrario a la legislación anterior, no se constituyó una responsabilidad solidaria, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste. La importancia de la responsabilidad de los servidores públicos se hizo tan relevante que trascendió del campo legal al constitucional y dio lugar a su consagración en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Su tenor literal es el siguiente:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

El mandato del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001 que estableció tanto los aspectos sustanciales, tales como el objeto (artículo 1°), definición (artículo 2°), finalidades (artículo 3°), obligatoriedad (artículo 4°), presunciones de dolo y culpa grave (artículos 5° y 6°), como aspectos procesales (capítulo II) de la acción de repetición.

Naturaleza de la acción de repetición

La acción de repetición es una acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización, que ha debido reconocer a un particular en virtud de una condena judicial. Al respecto se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C- 778 de 2003:

“... la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado⁵”.

Es una acción con pretensión eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, cuya finalidad es la protección del patrimonio público.

Normatividad aplicable

La Sala advierte que los hechos que dieron lugar a la presente demanda sucedieron el 6 de diciembre de 2002, fecha en la cual quedó en firme el auto que aprobó la conciliación prejudicial celebrada entre la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA y el señor JAVIER MUÑOZ MORALES, esto es, en vigencia de la expedición de la Ley 678 de 2001⁶, por lo tanto, dicha norma es aplicable al presente caso.

Acción de Repetición - elementos y requisitos de procedibilidad

En sentencia C - 619/02 de la Honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición se reconoció que dicha acción es el medio idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto que ha debido de pagar a modo de indemnización por los daños antijurídicos que haya causado un agente público⁷ y se establecieron como requisitos de procedibilidad los siguientes:

- *que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;*
- *que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público;*
- *que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.*

Por su parte el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado como elementos de la acción de repetición los siguientes⁸:

- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;

⁵ Sentencia de 11 de septiembre de 2003. Radicado: D-4477. Actor: William León M. M P. Jaime Araujo Renteria.

⁶ ARTÍCULO 31. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias La cual se surtió el 4 de agosto de 2001

⁷ "el medio judicial [idóneo] que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado

⁸ 27 de noviembre de 2006 Exp: 18 440; 6 de diciembre de 2006. Exp: 22 189, 3 de diciembre de 2008 Exp 24 241, 26 de febrero de 2009 Exp 30 329, 13 de mayo de 2009. Exp 25 694

- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- El pago realizado por parte de la Administración; y
- La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

En donde, los tres primeros se ha reconocido son de carácter objetivo. Por su parte la calificación de la conducta del agente de gravemente culposa o dolosa, es de carácter subjetivo, por lo tanto, se debe analizar con base en la norma vigente en la fecha de presentación de la demanda, siendo estas los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001.

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; al amparo de los segundos, determinó asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares al interior del proceso.

De manera que, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos -artículos 6, 90, 121, 122 y 124 C. P.-.

5. HECHOS PROBADOS

Teniendo en cuenta los elementos de la acción de repetición establecidos con anterioridad, a continuación se hará una relación de los medios probatorios allegados para demostrar los mismos.

- Copia simple del Comprobante de Egreso No. 1469-9170917, emitido por la Fiduprevisora S.A., donde se aparece un pago por la suma de \$ 12.175.907(folio 13).
- Copia simple del auto del 6 de Diciembre de 2002, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante el cual se aprueba la conciliación perjudicial celebrada entre la Contraloría Distrital de Cartagena y el señor Javier Isaac Muñoz Morales (folio 17).
- Certificación laboral del señor Simón Herrera Maciá, como Contralor Distrital de Cartagena durante el período comprendido entre el 25 de enero de 2001 hasta enero 15 de de 2001.
- Certificación de los pagos realizados por la Contraloría Distrital a sus empleados en lo correspondiente a las cesantías desde el año 1996 hasta 2003. Esta certificaciones acompaña de las siguientes resoluciones:
 - Copia Resolución No. 025 del 13 de febrero de 2002, por la cual se transfieren las cesantías de los años 1997, 1998 y 2000 de los funcionarios cobijados por la Ley 344 de 1966 de la Contraloría Distrital a los Fondos de Cesantías.
 - Copia Resolución No. 021 de febrero de 2002, por la cual se transfieren las cesantías del año 2001, de los funcionarios cobijados por la Ley 344 de 1996 a los fondos de Cesantías.
 - Copia Resolución No. 22 de febrero de 2003, por la cual se transfieren las cesantías del año 2002 de los funcionarios cobijados por la Ley 344 de a los fondos de pensiones.
 - Copia Resolución No. 177 de diciembre de 31 de 2003, por el cual se transfieren las cesantías del año 2003 a los funcionarios cobijados por la Ley 344 de 1996 a los fondos de pensiones.

Todo lo anterior se encuentra en el cuaderno de pruebas No. 1 folios 1 a 26.

- Copia de la hoja de vida del señor Javier Isaac Muñoz Morales (Cuadernos de copia No. 1 y No.2)
- Certificación sobre las acciones de repetición instauradas por la Contraloría Distrital de Cartagena Durante el periodo 25-01-2001- a 24-02-2004 (Cuaderno de pruebas No. 3).
- Declaración jurada de Freddy Barrios Morris, quien se desempeñaba como Director Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena para la época de los hechos de esta demanda, quien manifiesta haber conocido de las conciliaciones celebradas por la entidad y gestionar la obtención de los recursos ante la Alcaldía de Cartagena, y da cuenta que el origen de algunas conciliaciones se debió a que estaban pendiente por pagar cesantías correspondientes a los años 1996 a 2000 (folio 123 cuaderno principal).

- Declaración jurada de Raúl Sierra Morales, quien se desempeñó como subcontralor del Distrito de Cartagena, para la época de los hechos objeto de este proceso, quien explica que la carga prestacional que estaba pendiente correspondía a los años 1996 hasta el 2000 y el contralor saliente dejó un restructuración administrativa (folio 124).

6. ANÁLISIS DEL CASO

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por las partes procede la Sala a resolver el problema jurídico, consistente en determinar si se configuran los elementos necesarios para encontrar responsable por su conducta dolosa o gravemente culposa al señor SIMON HERRERA MACIA, por el menoscabo patrimonial ocasionado al Distrito de Cartagena por la omisión de cancelar las cesantías definitivas al señor JAVIER MUÑOZ MORALES dentro de las oportunidades señaladas por la Ley 244 de 1995.

➤ ***De la condena contra el Estado:***

En el proceso obra copia simple del auto de fecha 6 de diciembre de 2002, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar (fl. 17), mediante el cual se aprueba la conciliación prejudicial celebrada entre la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA y el señor JAVIER ISAAC MUÑOZ por la suma de \$24.351.814.

➤ ***Del pago de la indemnización.***

En el caso *sub examine* el pago efectuado por el Distrito de Cartagena se allegó en copia simple por parte de la misma entidad, esto es, Comprobante de Egreso No. 9170917 del 16 de febrero de 2004 (fl. 13), emitido por la Fiduprevisora S.A., donde aparece un pago por la suma de \$12.175.907 a favor de RODRIGO RODELO VASQUEZ, quien actúa como apoderado del señor JAVIER ISSAC MUÑOZ en el auto que aprueba la conciliación prejudicial (fl.38) , por otra parte se observa que no existe constancia de recibido por parte del beneficiario, y que la suma pagada no coincide con la establecida en el acta de conciliación, esto es (\$24.351.814).

Pues bien, por decisión mayoritaria de la Sala, el documento aportado se le dará valor probatorio toda vez que la permanencia del documento en el proceso y el silencio de la contraparte frente al mismo, es suficiente para demostrar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta al demandante por medio del acuerdo conciliatorio, ya que es la misma Administración la que aporta sus propios documentos en copia simple, y al hacer entrega de ellos los reviste con su propia presunción de legalidad.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2007,

manifestó que no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación, al respecto dijo:

“La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario. El pago, en los términos del artículo 1.626 del Código Civil, es la prestación de lo que se debe y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.757 ibídem. Conforme a lo anterior, no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación. En efecto, en los juicios ejecutivos, según la ley procesal civil, las obligaciones de pago requieren de demostración documental que provengan del acreedor, circunstancia que en esos casos, permite la terminación del proceso por pago. Tal exigencia resulta procedente en los juicios de repetición, en consideración a que al ser su fundamento el reembolso de la suma de dinero pagada a un tercero, se parte de la base de la existencia previa de una deuda cierta ya satisfecha”⁹. (Negritas fuera de texto).

La única prueba obrante en el proceso, sobre el pago realizado por el Distrito de Cartagena - Comprobante de Egreso No. 9170917 del 16 de febrero de 2004 - da cuenta de la gestión que la entidad realizó para cancelar la suma de dinero conciliadas y aprobadas mediante auto de fecha 6 de diciembre de 2002; sin embargo, la misma resulta insuficiente para acreditar en debida forma que la entidad hubiere realizado el pago respectivo.

El H. Consejo de Estado ha sostenido que para acreditar la cancelación de una suma de dinero en cumplimiento de una sentencia judicial es necesario que el beneficiario, en este caso el señor Javier Isaac Muñoz Morales, acredite que la obligación ha sido cumplida, puesto que las certificaciones que sobre el particular expida la entidad resultan insuficientes para el efecto.

Ahora bien, la certificación que sobre el particular otorgue el beneficiario, cualquiera que sea el medio utilizado para el efecto —en este caso un documento—, requiere ser susceptible de valoración judicial para cuyo propósito debe cumplir los requisitos necesarios que permitan tenerlo como una prueba válida.

En el caso de autos, como arriba se dijo, solo se aportó comprobante de egreso a favor de Rodrigo Rodelo Vásquez, quien según la copia del auto aprobatorio de la conciliación, fungía como apoderado del señor Javier Muñoz durante el trámite prejudicial, no obstante, no se aportó documento alguno proveniente del beneficiario

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2006, Exp 25 749, M.P. Ramiro Saavedra Becerra Demandante: NACION, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Demandado. DAVID TURBAY TURBAY.

dirécto del pago, que confirmará el recibo del mismo, o por lo menos copia autentica del poder con facultad para recibir del mencionado Señor a favor del abogado que aparece recibiendo el pago del 50% del valor conciliado a su favor. En virtud de lo anterior, debe concluir la Sala que este requisito no se encuentra acreditado.

Ahora bien, si en gracia de discusión tuviéramos por cumplido este requisito con la documentación allegada, tendría que confirmarse en todo caso la decisión de primera instancia como se sustenta seguidamente.

➤ **De la conducta dolosa o gravemente culposa**

La conducta dolosa o gravemente culposa no se encuentra acreditada por las siguientes razones:

1.- De acuerdo con la certificación que milita en la hoja de vida del señor Muñoz Morales, tenemos que ingresó a la Contraloría Distrital el 7 de julio de 1999 y se desvinculó el 25 de marzo de 2001 en el cargo de Profesional Universitario- Dirección Técnica de Auditoría Fiscal (fl. 23 C.P. 2).

2.- Para el primer periodo comprendido entre el 2 de julio hasta el 30 de diciembre de 1999, la liquidación y pago de las cesantías del señor MUÑOZ no le son imputables al demandado, pues no desempeñaba el cargo de Contralor Distrital para la época.

3.- El segundo periodo comprendido entre el 3 de enero de 2000 y el 23 de marzo de 2001, tenemos que el mismo fue liquidado mediante la Resolución No. 08-238 del 5 de junio de 2001, la cual fue notificada el 12 de junio de 2001 (fl. 25 C.P. 2) y dichas cesantías fueron canceladas el 27 de diciembre de 2001, con comprobante de egreso No. 240073.

4.- Las cesantías causadas en el mes de diciembre de 1999, debían ser consignadas en el fondo donde estuviera vinculado el trabajador a más tardar el 15 de febrero del 2000, de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como el demandado no desempeñaba el cargo de Contralor para la fecha en que debía cumplirse con la obligación, no le resulta imputable omisión alguna en este sentido.

5.- Las cesantías del año 2000, debían ser consignadas a más tardar el 15 de febrero de 2001, pero como el señor MUÑOZ MORALES se desvinculó de la Contraloría Distrital el 23 de marzo de 2001, en virtud de un proceso de reestructuración administrativa, era necesario proceder a la liquidación y pago definitivo.

6.- Las cesantías y prestaciones sociales del señor JAVIER MUÑOZ fueron liquidadas mediante Resolución No. 08-238 del 5 de junio de 2001(fl. 23 C.P. 2) y canceladas el 27 de diciembre de ese mismo año mediante comprobante de egreso No. 240073 (fl. 38 C.P. 2).

7.- El artículo 2º de la Ley 244 de 1995 prescribe que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto

administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas y en el *sub judice* el señor JAVIER MUÑOZ fue notificado del acto que liquidó sus cesantías el día 12 de junio de 2001 (fl. 25 C.P. 2) el cual quedó ejecutoriado 5 días hábiles después, esto es 20 de junio de 2001.

8.- La Contraloría Distrital de Cartagena tenía hasta el 29 de agosto de 2001 para efectuar el pago de las cesantías definitivas, pero éste pago solo se efectuó el 27 de diciembre de 2001, es decir más de tres meses después.

9.- El doctor SIMON HERRERA MACIA solo debía gestionar los recursos correspondientes al año 2001 durante el periodo en que laboró el señor MUÑOZ MORALES, esto es del 1º de enero al 23 de marzo de 2001, pero como la desvinculación obedeció a una reestructuración administrativa, para la implementación de la misma, el Concejo Distrital debió prever los recursos necesarios para atender los efectos económicos derivados del retiro de los servidores públicos.

10.- A folio 35 y ss del cuaderno de pruebas 1, figura una certificación de la Tesorera Distrital de Cartagena, en donde reseña el valor de las transferencias que a diciembre 31 de 2000, se tenían pendientes por girar a la Contraloría Distrital de Cartagena, en el que se observa el manejo del presupuesto de la Contraloría por los años 2000 y 2001, pudiendo concluirse que la Contraloría no contaba con todos los recursos disponibles para atender las acreencias laborales porque el Distrito de Cartagena no hacía las transferencias en forma oportuna, por lo tanto, el demandado no estaba en condiciones para cumplir con el pago de las cesantías en el término indicado por la Ley 244 de 1995, porque se trata de circunstancias ajenas a su voluntad en la medida en que el ente fiscal no tiene autonomía presupuestal pues depende de las transferencias que le gire el Distrito de Cartagena.

Además de lo anterior, se echa de menos el manual de funciones de la entidad de control fiscal, documento que según lo expresado por la jurisprudencia del Consejo de Estado es imprescindible para efectos de establecer la responsabilidad patrimonial del servidor público ya que permite conocer cuáles eran las funciones que estaban en cabeza de éste último en aras de verificar si su omisión o extralimitación llevan a concluir una culpa grave o dolo por parte de aquél.

Bajo las circunstancias antes descritas, resulta pertinente llamar la atención en cuanto a la carga de la prueba que corresponde a las entidades públicas para efectos de acreditar los requisitos exigidos para la prosperidad de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, para lo cual la Sala comparte la admonición que ha hecho el H. Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Es del caso advertir a la entidad demandante que el derecho - deber de ejercer la acción de repetición contra los funcionarios y exfuncionarios o particulares que ejerzan funciones públicas, comporta el desarrollo efectivo de la carga de la prueba tanto al incoar la acción

como durante las etapas previstas para ello dentro del proceso, con el fin de demostrar judicialmente los presupuestos objetivos (sentencia condenatoria y pago) y la conducta dolosa o gravemente culposa del agente público, por la cual debe reparar al Estado las sumas que éste canceló dentro de un proceso indemnizatorio, lo que además se traduce en garantizar el derecho de defensa dentro del proceso al demandado servidor o ex servidor público o particular que ejerció función pública, de suerte que le permita presentar sus pruebas y contradecir las que se aduzcan en su contra para responsabilizarlo por los hechos que originaron una indemnización o el pago de una condena (...)¹⁰.

Así las cosas, la entidad demandante en esta ocasión no cumplió con la carga probatoria mínima que le era exigible.

En virtud de las anteriores razones se confirmará la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

COSTAS.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 002, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha veintiuno (21) de septiembre de dos mil once (2011), que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No hay condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

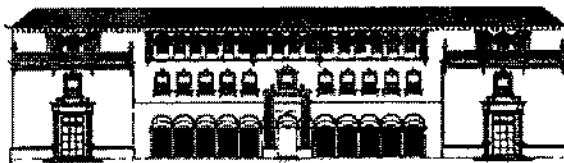
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 31 de Agosto de 2006, Exp. 17.482

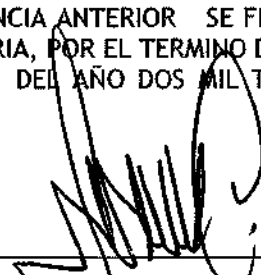


TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
EDICTO N° 1291
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: NARCISO ENAR RODRIGUEZ BERNAL
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2007-00085-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., once (11) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-33-31-005-2007-00085-01
Demandante : Narciso Enar Rodríguez Bernal
Demandado : U.A.E. DIAN

TEMA: Sanción por no suministrar información completa.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 1º de febrero de 2011 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

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

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 002564 expedida el 8 de noviembre de 2006, proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se impone una sanción por infracción administrativa aduanera, por suministrar información en forma incompleta.

- Que se declare nula la Resolución No. 00235 de febrero 8 de 2007, proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se confirma la decisión anterior.

Solicita a su vez la parte actora, que para el cumplimiento de la sentencia se ordene dar aplicación al artículo 176 del Código Contencioso Administrativo; y que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

1.2. HECHOS

Se narra en el libelo, que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena inició en contra del demandante una investigación por el valor aduanero de una mercancía, y se abrió expediente administrativo RA030350212, en el que se le realizaron varios requerimientos, considerando la demandada que las respuestas no eran suficientes; por lo que decidió proferir Requerimiento Especial Aduanero No. 0119 del 25 de agosto de 2006.

Que los cargos no fueron atendidos, por lo que se profieren los actos acusados, imponiéndole una sanción equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por la presunta infracción prevista en el artículo 499 numeral 3º del Decreto 2685 de 1999.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, artículos 2, 29, 83, 209, 228.
- Código Contencioso Administrativo, artículos 2, 3, 34, 35 y 36
- Decreto 2685 de 1999 artículo 2º, 478, 481, 519.
- Resolución No. 4240 de 2000
- Concepto 18 de 2001; 76 de 2006; y Circular 175 proferida por el Director de la DIAN.

Como motivos de inconformidad, la parte actora invoca los siguientes cargos:

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA PARA EL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN.

Señala que se formuló requerimiento de información al demandante dentro de un expediente administrativo de valor, y que la demandada debía detectar de manera inmediata que dicha información no era completa, y no tres años después cuando ya había operado la caducidad.

Por consiguiente, alega que la acción administrativa sancionatoria relativa al Requerimiento de Información 1479 del 24 de septiembre de 2006 se encuentra caducada, ya que de conformidad con el artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, el término de caducidad se cuenta a partir del momento de la comisión del hecho, y no como lo afirma la DIAN, que debe contarse a partir de la notificación del requerimiento especial (19 de septiembre de 2006).

Que fue la administración la que profirió el requerimiento, y desde el momento mismo de solicitar la información sabía qué tipo de información quería, de qué debía estar conformada y qué quería definir con ella. Que no es el 19 de septiembre cuando lo sabe, pues por esa misma razón profirió otros requerimientos adicionales y profirió la liquidación oficial que estaba investigando

Que el Requerimiento Ordinario de Información 1479 fue proferido el 24 de septiembre de 2003, y en aplicación a lo dispuesto en la norma, la sanción debió quedar en firme a más tardar el día 24 de septiembre de 2006.

INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN CON RELACIÓN AL AUTO COMISORIO 136-0694 DEL 23 DE MARZO DE 2006.

Señala que la Administración Especial de Aduanas de Bogotá con Auto Comisorio 136-0694, comisionó a funcionarios para realizar la visita contable, con el fin de corroborar los documentos que soportaban cambiariamente el pago de la mercancía que era objeto de estudio de valor; y que dicho auto fue comunicado a la señora Claudia Patricia Briceño, y no se notificó al importador.

Que las Administraciones de Cartagena y Bogotá cuentan con todos los medios de información necesarios para conocer la situación legal y económica de la totalidad de los administrados, consultas tanto al RUT como a la Cámara de Comercio, la totalidad

del sistema bancario, centrales de riesgo, etc; los cuales debieron ser verificados de manera obligatoria no solo antes de llevar a cabo la visita, sino antes de remitir el auto comisorio. Que esta falta, hizo que la diligencia se surtiera con una persona ajena al proceso, y que no estaba en la obligación legal de suministrar información alguna, toda vez que el importador es una persona natural, y solo tenía la obligación legal de responder a las solicitudes de la entidad.

Considera que la conducta de la administración es violatoria del debido proceso y el derecho de defensa, pues fue sancionado por el incumplimiento de un compromiso establecido verbalmente con otra persona, independientemente del vínculo que haya entre esa otra persona y el demandante.

Que la visita practicada y el medio empleado para la solicitud de información fueron en contra de derecho, por lo que no configuran la infracción contenida en el artículo 499 numeral 9, ya que el demandante no contrajo obligación alguna con los funcionarios comisionados para llevar a cabo la diligencia de inspección y la entidad no está en posibilidad de demostrar lo contrario.

OCURRENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Señala que de acuerdo a lo previsto en el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, cuando la administración establezca la presunta comisión de una infracción aduanera, dispone de 30 días para proferir el requerimiento especial aduanero; y que en el caso que nos ocupa, para el momento de la apertura del expediente administrativo, ya había ocurrido el silencio administrativo positivo a favor del demandante, más si se tiene en cuenta que las infracciones se configuran por separado y pueden ser concomitantes con la liquidación oficial de revisión de valor.

POR UN MISMO HECHO SE LE PROFIRIÓ AL DEMANDANTE LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN Y SE LE SANCIONÓ CUATRO VECES CON MULTA.

Alega que con ocasión de la apertura del expediente administrativo, la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, realizó los requerimientos teniendo en cuenta que para su concepto las respuestas enviadas por el actor no fueron suficientes, por lo que profirió la liquidación oficial de corrección.

Que con posterioridad la administración abre proceso administrativo y profiere la Resolución No. 2564 del 8 de noviembre de 2006, sancionando al demandante cuatro veces por contestación incompleta sobre los requerimientos realizados en el proceso anterior y por los mismos hechos, los cuales ya se habían desatado en la liquidación oficial por no haber podido demostrarse con más documentos el precio pagado o por pagar de la mercancía.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda mediante escrito visible a folio 77 a 101, oponiéndose a las pretensiones, así:

Alegó la entidad demandada, que en ejercicio del control posterior, advirtió que el demandante presentó precios ostensiblemente bajos de la mercancía importada; y que ante la falta de cumplimiento en su obligación de suministrar información requerida, le fue impuesta la sanción prevista en el numeral 9º del artículo 499 del Decreto 2685 de 1999.

Que mediante los requerimientos ordinarios de información, se solicitó al actor remisión de la información correspondiente a las declaraciones de importación No. 02231010761191 /1201 /1217 /1224 /1231 /1249 del 15 de abril de 2003, con el fin de tener certeza sobre el valor aduanero de la mercancías amparadas.

Adujo que la información solicitada al actor, fue aportada de manera incompleta; lo cual trajo como consecuencia que en diferentes oportunidades la DIAN se viera obligada a requerir al recurrente; que lo que se sanciona es la forma defectuosa del cumplimiento de su deber como declarante y usuario aduanero, cual es el de suministrar la información necesaria y que requiera la administración en los procesos de control y fiscalización a las operaciones aduaneras, con el fin de garantizar la efectividad de dichos controles.

Que la actuación del demandante es una sola desde el primer requerimiento realizado, y que la administración con base en el principio de justicia en un primer momento realizó una prudente espera para solicitar nuevamente al actor la información necesitada, ya que el fin último era establecer el precio efectivamente pagado o por pagar de la mercancía importada

Que los hechos investigados por la administración son de ejecución sucesiva, por lo que se considera que el término de caducidad se cuenta de forma diferente; es decir, que no se cuenta de forma individual a partir de la primera omisión constitutiva de infracción administrativa aduanera, sino que por tratarse de hechos de ejecución sucesiva, el término de caducidad se cuenta a partir de la ocurrencia de la última omisión de aportar en forma completa la información solicitada mediante el Requerimiento Ordinario No 633 del 26 de noviembre de 2004, esto es, desde el vencimiento del término de respuesta a la última solicitud.

Que la administración dio varias oportunidades al administrado para suministrar la información y que éste lo hizo siempre de manera incompleta, por lo que se considera que con su actuación se pretendía dilatar de forma injustificada el aporte de la información solicitada.

Considera que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 562 del Decreto 2685 de 1999, la administración utilizó la dirección suministrada por el actor en la Cámara de Comercio de Bogotá según Certificado de Existencia y Representación Legal, así como en la suministrada por el actor en todas las excusas que presentó.

Que el legislador no estableció el silencio administrativo positivo respecto del Requerimiento Especial Aduanero, por lo que siendo un término preclusivo, su incumplimiento no genera el efecto pretendido por el demandante.

Finalmente, manifestó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 475 del Decreto 2685 de 1999, la sanción debe establecerse por cada requerimiento incumplido, lo cual es independiente al monto establecido en la Liquidación Oficial de Corrección, pues en este último caso no se trata de una sanción si no del establecimiento real de los tributos que deben liquidar y cancelar por una mercancía, establecidos en una investigación de control posterior.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 1º de febrero de 2011, resolvió declarar no probada la excepción de inepta demanda formulada por la demandada y negar las pretensiones de la demanda.

Consideró la Juez de primera instancia, que hasta que se expida el Requerimiento Especial Aduanero y se dé su respuesta, se sabe por parte de la administración si se está o no frente a un incumplimiento de la obligación aduanera que da lugar a sanción.

Que de acuerdo con el material probatorio, la entidad demandada inició el expediente administrativo del actor para que dentro del Programa de Revisión de Valor se decidiera si procedía o no la formulación de liquidación oficial. Que el actor al contestar el Requerimiento Especial Aduanero pidió prórroga para completar la documentación, conducta que fue continuada por cuanto se efectuó hasta un tercer requerimiento por parte de la demandada.

Señaló que el Auto Comisorio fue comunicado a la dirección suministrada por el actor, y que por ello tuvo conocimiento del mismo, independientemente de quien haya tenido contacto con los funcionarios de la DIAN.

Que los tres requerimientos ordinarios de información y el auto comisorio, fueron expedidos por una misma razón, que era requerir información para establecer el valor en aduanas de la mercancía importada.

Finalmente dispuso, que no existe disposición alguna que establezca que el incumplimiento del término de los 30 días para expedir el Requerimiento Especial Aduanero, dé lugar a la pérdida de la competencia de la DIAN para sancionar por infracción aduanera.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación¹ contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso los siguientes argumentos:

No estuvo de acuerdo la parte recurrente, en considerar que la infracción cometida era de hechos de ejecución sucesiva y por ello el término de caducidad debía contabilizarse a partir del último requerimiento; ya que afirma que algunos de ellos no reúnen las características para ser oponibles al demandante.

¹ Folio 479 ss

Que en los casos de requerimiento de información, el administrado queda subsumido en la infracción prevista, el día siguiente a aquel en que se vence el plazo otorgado por la entidad para remitirla información solicitada.

Que habiendo el demandante dado respuesta al requerimiento de información el día 8 de noviembre de 2003, la DIAN tenía hasta el 7 de noviembre de 2006 para imponer sanción, no para proferir el requerimiento, pues en lo relativo a las sanciones, las normas no prevén que la formulación del requerimiento suspenda el término de caducidad como sí lo hace de manera expresa para la firmeza de la declaración de importación.

Insistió en el cargo de inexistencia de la infracción con relación al Auto Comisorio 136-0694 del 23 de marzo de 2006, y reprocha el hecho que la visita haya sido recibida por la esposa del demandante y no por él mismo, siendo que se pretendía la documentación contable y cambiaria del actor, lo cual no podía solicitarse a una persona diferente y que no fuera parte dentro del proceso, por lo que dicha situación configura una violación al debido proceso.

Considera, que el fallo de primera instancia pierde de vista que el demandante resulta sancionado por el mismo hecho, pues se trata de la misma sanción por no suministrar la información contable y cambiaria, que está consagrada en dos normas diferentes y que fue impuesta por las veces en que fue requerido.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 31 de marzo de 2011 se admitió el recurso de apelación (folio 488).

El 29 de abril de 2011, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 490).

Al respecto, las partes demandante y demandada, reiteraron los argumentos de la demanda, de la defensa y del recurso de apelación.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 1º de febrero de 2011, por medio de la cual se niegan las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

2. La caducidad

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 19 de junio de 2009², fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, siendo que el acto mediante el cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por la parte demandante y que confirma la decisión de la demandada (Resolución No. 0235 del 8 de febrero de 2007), fue notificado por correo en fecha 13 de junio de 2007 (f. 43).

3. Los actos acusados

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 002564 expedida el 8 de noviembre de 2006**, proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se impone una sanción por infracción administrativa aduanera, por suministrar información en forma incompleta.
- **Resolución No. 00235 de febrero 8 de 2007**, proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se confirma la decisión anterior.

4. Problema jurídico

² Ver folio 29

Deberá la Sala determinar si es o no procedente la sanción que le fue impuesta al demandante, por no haber suministrado a la entidad demandada, la información solicitada en forma completa, tendiente a establecer el valor real de la importación realizada.

Como problemas jurídicos asociados, y en los términos del recurso de apelación se precisará: *i)* si existe caducidad en la acción sancionatoria impuesta; *ii)* si se configuró o no la violación al debido proceso del actor; *iii)* si se violó el principio del non bis in ídem.

5. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia de fecha 1º de febrero de 2011 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, pues se verificó que el actor no suministró a la administración la información solicitada de forma completa, y que la sanción impuesta estuvo ajustada a derecho; pues tampoco se desvirtuó la legalidad de los actos acusados.

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

6. Análisis del caso

En el presente asunto, la parte la parte demandada en ejercicio del control posterior, impuso al señor Narciso Enar Rodríguez Bernal, sanción por infracción administrativa aduanera, alegando haber suministrado información en forma incompleta, relativa a los precios declarados por el actor, los cuales consideraron ostensiblemente bajos luego de haber constituido póliza para obtener el levante.

La parte actora, alega que los actos mediante los cuales se impone la correspondiente sanción están viciados de nulidad; razón por la cual la Sala realizará el estudio de cada uno de los cargos invocados en la demanda, los cuales fueron reiterados en el recurso de alzada.

Sin embargo, antes de entrar a estudiar los cargos de nulidad invocados en la demanda, se destacarán los hechos que resultaron probados en este asunto:

6.1. Hechos probados

En el presente asunto, se encuentra acreditado lo siguiente:

- Que el demandante, Narciso Enar Rodríguez Bernal, en calidad de importador, autorizó a la Compañía Cargo Flash Ltda S.I.A.³ como declarante, dentro de los trámites relacionados con la nacionalización, tránsito, exportación, traslado de las mercancías que fueron relacionadas en las Declaraciones de Importación No. 02231010761191 / 02231010761201 / 02231010761217 / 02231010761224 / 02231010761231 / 02231010761249⁴, todas del 15 de abril de 2003.
- Que según Auto y Acta de Inspección del 15 de abril de 2003, se dejó anotación que señalaba que el importador debía presentar póliza por el 100 % de los tributos, o que debía demostrar mediante documentación que acreditara el valor declarado, pues los precios estaban muy bajos.⁵
- Que de acuerdo con Oficio No. 0006068-000353 del 25 de abril de 2003, suscrito por el Jefe de Importaciones, dicho funcionario solicitó al Jefe de División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que adelantara control posterior a los documentos correspondiente al señor Narciso Enar Rodríguez; pues se verificó que los precios por él declarados se encuentran por debajo de los precios establecidos en la Resolución 7011, luego de haber constituido póliza para obtener levante.⁶
- Que en fecha 30 de abril de 2003, se realiza Auto de Apertura de Expediente No. RA030350212, a nombre del demandante.⁷
- Que la Jefe de División de Fiscalización Aduanera realiza Requerimiento Ordinario No. 06A070 – 001479 del 24 de septiembre de 2003, en el que solicita al demandante anexar fotocopias legibles de las declaraciones de importación presentadas y demás documentos que acrediten que el valor declarado representa la cantidad realmente pagada⁸ Para lo anterior, se concedió al demandante un término de quince (15) días calendarios siguientes a su notificación.

³ Ver folio 137 autorización realizada por el actor a la Compañía Cargo Flash Ltda S I A

⁴ Ver folios 122 a 127 – Declaraciones de Importación presentadas por el Actor en calidad de importador

⁵ Ver folio 138

⁶ Ver folio 120

⁷ Ver folio 139

⁸ Ver folio 140

- Que mediante Oficio de fecha 8 de noviembre de 2003, el actor contesta el requerimiento contra él formulado, solicitando le fuera ampliado el plazo para reunir la totalidad de los documentos solicitados; sin embargo allegó con dicho oficio algunas facturas de venta junto con la declaraciones de importación presentadas.⁹
- Que mediante Oficio de fecha 4 de marzo de 2004, un Funcionario del Grupo de Control Posterior de la División de Fiscalización de la DIAN, solicita a BILAL INTERNACIONAL S.A. Zona Libre de Colón (Panamá), certifique los valores y el destinatario de las facturas aportadas por el actor, teniendo en cuenta que se seguía contra él investigación aduanera.¹⁰
- Que mediante Requerimiento Ordinario No. 6A070-00101 del 12 de marzo de 2004, se le requirió nuevamente al actor documentos que acrediten el valor declarado; para lo cual concede un término de quince (15) días calendarios siguientes a su notificación.¹¹
- Que mediante Oficio recibido en la DIAN en fecha 13 de abril de 2004, el actor presenta los mismos documentos aportados en el requerimiento inicial.¹²
- Que mediante Requerimiento Ordinario No. 06A070-633 del 26 de noviembre de 2004, se solicitó al demandante allegar documentos que demuestren los pagos efectuados, directa o indirectamente a su proveedor en el extranjero; así como copia del registro contable de los mismos, relacionados en la importación de las mercancías descritas en las declaraciones de importación presentadas. Para lo cual, concedió el término de diez (10) días.¹³
- Que mediante oficio recibido en la DIAN en fecha 10 de diciembre de 2004, el actor solicita a la demandada conceder un plazo para recaudar los documentos requeridos.¹⁴
- Que en fecha 25 de mayo de 2005, se abrió Auto Comisorio Aduanero No. 000278, con el fin de adelantar diligencia de inspección y verificación de precios en varios establecimientos de comercio.¹⁵

⁹ Ver folios 141-170

¹⁰ Ver folio 172

¹¹ Ver folio 174

¹² Ver folio 176

¹³ Ver folio 210

¹⁴ Ver folio 213-214

¹⁵ Ver folio 215

- Que mediante Oficio No. 002604 del 6 de marzo de 2006, la Jefe de Fiscalización Aduanera de Cartagena, oficia al Jefe de División de Fiscalización Aduanera de Bogotá, indicándole que los precios declarados por el demandante son ostensiblemente bajos, y que había sido difícil determinar los precios imponibles para proponer liquidación oficial de revisión de valor. Por consiguiente, solicita a dicho funcionario, se adelante visita de inspección contable al actor y se le indica la dirección que éste siempre había suministrado.¹⁶

- Que se levantó Auto de Comisión Aduanero No. 136-0694 del 16 de marzo de 2006, en el que practica visita aduanera y contable al señor Narciso Enar Rodríguez Bernal. Dicho auto fue notificado a la señora Claudia Patricia Briceño el día 23 de marzo de 2006, quien se identificó como Esposa de Narciso Enar Rodríguez.¹⁷

- Que mediante Oficio No. 03-070-119 – 011673 del 12 de abril de 2006 suscrito por la Jefe de la División de Fiscalización Aduanera Bogotá, se informa a la Jefe de División de Fiscalización Aduanera Cartagena; en el que se indica que habiéndose trasladado a la dirección suministrada por el actor, se verificó que la misma corresponde a un conjunto residencial donde habita el señor Narciso Enar Rodríguez Bernal. Que se comunicó el Auto Comisorio No. 136-0694 del 16-03-2006 a la esposa del actor, quien manifestó que éste se comunicaría para atender los requerimientos de información. Indicó además el oficio señalado, que el actor se comunicó vía telefónica, quien también se comprometió a la entrega de la respectiva información, lo cual no ocurrió. Razón por la cual se le requirió vía telefónica en varias ocasiones, sin obtener los documentos solicitados.¹⁸

- Que en fecha 25 de agosto de 2006, el Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Control Posterior de la DIAN formuló Requerimiento Especial Aduanero No. 00119 al demandante, por infracción administrativa aduanera por no suministrar información en forma completa.¹⁹

- Que mediante Resolución No. 002471 del 25 de octubre de 2006, se revoca la Resolución No. 001668 del 10 de julio de 2006, por medio de la cual se profirió liquidación oficial de revisión al demandante en cuantía de \$34.099.787.00., pues consideró la administración que el requerimiento especial aduanero para formular

¹⁶ Ver folios 334-336

¹⁷ Ver folio 338

¹⁸ Ver folio 337

¹⁹ Ver folios 340-345

liquidación oficial de corrección era extemporáneo, pues ya había adquirido firmeza la declaración.²⁰

- Que mediante Resolución No. 002564 del 8 de noviembre de 2006 se impone una sanción al demandante por la infracción administrativa de suministrar información en forma incompleta.²¹

- Que mediante Resolución No. 000235 del 8 de febrero de 2007, se resuelve un recurso de reconsideración confirmando la decisión contenida en la Resolución No. 002564 del 8 de noviembre de 2006.

Definidos los hechos que se advierten acreditados en el proceso, se estudiarán los cargos de nulidad propuestos por la parte demandante, así:

6.2. Los cargos de nulidad

i) Caducidad de la Acción Sancionatoria

Manifiesta la parte actora, que en el presente asunto operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la DIAN, por cuanto entre la fecha del primer hecho constitutivo de la infracción (primer requerimiento – 24/09/2003), hasta la fecha de la Sanción (Resolución No. 2564 del 8 de noviembre de 2006); transcurrió un lapso superior a 3 años.

La conducta endilgada al actor, es la infracción prevista en el numeral 9º del artículo 499 del Decreto 2685 de 1999, que dispone:

“ARTÍCULO 499. INFRACCIONES ADUANERAS EN MATERIA DE VALORACIÓN DE MERCANCÍAS Y SANCIONES APLICABLES. <Artículo modificado por el artículo 46 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en materia de valoración aduanera y las sanciones aplicables por su comisión son las siguientes:

(...)

9. No suministrar o hacerlo en forma extemporánea, inexacta o incompleta, la información o pruebas requeridas con el fin de determinar el valor en aduana de las mercancías.

²⁰ Ver folios 274-286

²¹ Ver folio 407-428

La sanción aplicable será de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada requerimiento incumplido.”²²

Por su parte, el inciso primero del artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, sobre la caducidad dispone lo siguiente:

“La acción administrativa sancionatoria prevista en este Decreto, caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. Cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo. Cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión”. (...)

De acuerdo con los hechos antes relacionados, se observa que la DIAN requirió al demandante en tres oportunidades, esto es mediante los Requerimientos Ordinarios Nos. 06A070 – 001479 del 24 de septiembre de 2003, No. 6A070-00101 del 12 de marzo de 2004, y No. 06A070-633 del 26 de noviembre de 2004; sin que en ninguno de estos casos se obtuviera la información pretendida en forma completa de parte del actor, relacionada a los precios de referencia de las mercancías que fueron importadas por éste

Por lo anterior, es claro para la Sala que nos encontramos en presencia de infracciones realizadas por la misma persona, quien realizó conductas omisivas en el tiempo, y en esos términos, es posible afirmar que estamos frente a hechos que se dieron de manera repetitiva o de ejecución sucesiva, los cuales tenían la misma finalidad que no era otra que establecer los precios de referencia de la mercancía declarada; ello, con la respectiva documentación que soportara que el valor declarado representaba la cantidad realmente pagada. El anterior incumplimiento, quebrantó la disposición contenida en el artículo 278 del Estatuto Aduanero, norma que de manera clara establece dicha infracción y su correspondiente sanción.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la conducta del actor se repitió en el tiempo, el término de caducidad debe contabilizarse como bien lo sostuvo la parte demandada, a partir de la ocurrencia del último hecho lesivo previsto en el artículo 478 del Estatuto Aduanero, ya transcrito.

²² Subrayas fuera del texto

Por consiguiente, la caducidad de la acción sancionatoria, debe contarse a partir del **20 de diciembre de 2004**, fecha en la cual venció el plazo con que contaba el actor para presentar la información solicitada mediante Requerimiento Ordinario No. 06A070-633 del 26 de noviembre de 2004. Hay que tener en cuenta, que el plazo se extiende hasta esa fecha, debido a que mediante Oficio de 10 de diciembre de 2004, el actor solicita a la demandada conceder un plazo para recaudar los documentos requeridos²³, y por ello, se entiende que dicho plazo se extendía a un término igual al previamente concedido para suministrar la información.

Así las cosas, habiendo cesado la conducta infractora por parte del actor, en cuanto a no haber suministrado la información solicitada en los plazos indicados, la administración impuso sanción al actor mediante Resolución No. 002564 del 8 de noviembre de 2006, la cual fue notificada en fecha 14 de noviembre de 2006²⁴, esto es, cuando no había acaecido el fenómeno de la caducidad.

Por lo expuesto anteriormente, los motivos de inconformidad planteados por el recurrente en este cargo de nulidad no tienen vocación de prosperidad.

ii) Violación al debido proceso.

Por otro lado, considera la parte actora que la entidad demandada violó el debido proceso, al practicar una visita en virtud del Auto Comisorio No. 136-0694 del 23 de marzo de 2006, el cual fue notificado no a su persona, sino a su cónyuge, con quien supuestamente se adquirió un compromiso de suministrar información.

Pues bien, el artículo 562 del Decreto 2685 de 1999, al referirse a las notificaciones, dispone lo siguiente:

"ARTICULO 562. DIRECCIÓN PARA NOTIFICACIONES. La notificación de los actos de la Administración Aduanera deberá efectuarse a la dirección informada por el declarante en la Declaración de Importación, Exportación o Tránsito o a la dirección procesal, cuando el responsable haya señalado expresamente una dirección, dentro del proceso que se adelante para que se notifiquen los actos correspondientes, en cuyo caso la Administración deberá hacerlo a dicha dirección."²⁵

²³ Ver folio 213-214

²⁴ Ver folio 405

²⁵ Subrayas fuera del texto

En el presente caso, se advierte que el Auto Comisorio No. 136-0694 del 23 de marzo de 2006, con el cual se pretendía practicar una visita aduanera y contable al importador Narciso Enar Rodríguez Bernal, fue notificado a la dirección suministrada por el actor en las oportunidades en que solicitó plazo a la entidad demandada para completar la información solicitada, tal y como se advierte en los folios 141 y 176, en los que expresamente manifiesta que podía recibir notificaciones en la Calle 169 No. 35-28 (Bogotá).

También pudo verificar la entidad demandada, que tal dirección correspondía a su lugar de residencia, por cuanto los funcionarios comisionados fueron atendidos por la cónyuge del actor, sin que con ello se le estuviese violado derecho alguno de defensa; pues además, se dejaron constancias de habersele requerido en varias oportunidades vía telefónica²⁶, sin que éste cumpliera con su obligación de complementar la información requerida.

En ese orden de ideas, tampoco se encuentra violado el debido proceso del actor, pues la norma es clara al señalar que los actos administrativos de Administración Aduanera deberán notificarse a la dirección informada por el declarante, cuando la misma haya sido señalada expresamente, situación que ocurrió en este caso.

iii) Violación del principio del non bis in idem.

Finalmente, habrá también que despachar desfavorablemente este cargo de nulidad invocado en la demanda, el cual se sostiene en que por un mismo hecho, se profirió Liquidación Oficial de Corrección contra el actor, y éste fue sancionado cuatro veces.

Pues bien, en el caso que se somete a consideración de la Sala, se tiene que la parte actora fue requerida por la administración de aduanas para que suministrara una información respecto de la importación por éste realizada

Al respecto, el artículo 475 del Decreto 2685 de 1999 dispone lo siguiente:

"ARTICULO 475. OBLIGACIÓN DE INFORMAR. <Artículo modificado por el artículo 36 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de las facultades previstas en los artículos 622 a 625 y 627 del Estatuto Tributario, la autoridad aduanera podrá solicitar a todas las personas naturales o jurídicas, importadores, exportadores, declarantes, transportadores y demás auxiliares de la función aduanera, información de

²⁶ Tal como se indica en el Oficio No 03-070-119 suscrito por la Jefe de División Fiscalización Aduanera de la DIAN recibido en la Administración de Aduanas de Cartagena en fecha 21 de abril de 2006 (Fol 337)

sus operaciones económicas y de comercio exterior, con el fin de garantizar los estudios y cruces de información necesarios para la fiscalización y el control de las operaciones aduaneras. (...)

Las personas o entidades a quienes la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de las dependencias competentes, haya requerido información en los términos previstos en el presente artículo, y no las suministren, lo hagan extemporáneamente, o la aporten en forma incompleta o inexacta, se les aplicará una sanción de multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada requerimiento incumplido. El funcionario que realice el requerimiento no podrá exigir información que posea la entidad.²⁷

La anterior disposición, se complementa con lo dispuesto en el artículo 499 ibídem, que ya fue estudiado, y que como sanción frente al incumplimiento prevé una multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes frente a cada requerimiento no cumplido.

Tal como lo sostuvo la Juez de primera instancia, la Sala considera que en el presente caso se trató de una sola sanción, la cual fue establecida conforme lo dispone la ley por cada incumplimiento realizado, teniendo en cuenta que al actor se le requirió en tres oportunidades, y que en todas las oportunidades faltó su deber de rendir la información de manera completa.

Por otro lado, se pudo constatar que la liquidación oficial de corrección a que se refiere el actor, fue revocada mediante Resolución No. 002471 del 25 de octubre de 2006, pues consideró la administración que el requerimiento especial aduanero para formular liquidación oficial de corrección era extemporáneo, debido a que ya había adquirido firmeza la declaración.²⁸

Así las cosas, tampoco prospera este cargo de nulidad; y en esa medida, tampoco se encontró desvirtuada la ilegalidad que se predica de los actos acusados, los cuales permanecen incólumes; y en consecuencia, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia fecha 1º de febrero de 2011, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

7. Cuestión accesoria

²⁷ Subrayas fuera del texto

²⁸ Ver folios 274-286

Se advierte que a folios 501 y siguientes, la entidad demandada allega poder conferido para representar a la entidad demandada en este asunto; por lo que se le reconocerá personería al nuevo apoderado judicial, en los términos del mandato.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha 1º de febrero de 2011, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Reconócese personería a la doctora ADRIANA ÁLVAREZ ORTEGA como apoderada de la parte demandada en este asunto, en los términos y para los efectos del poder conferido.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas: sentencia de segunda instancia dictada dentro del proceso promovido por el señor Narciso Enar Rodríguez Bernal contra la U A E DIAN, en ejercicio de la Acción de Nulidad y restablecimiento del derecho Radicado con el No 13001-33-31-005-2007-00085-00



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1292
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: LOGISTICA TOTAL S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2008-00163-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002

Cartagena D.T. y C., once (11) de octubre de dos mil trece (2013)

Sentencia de 2ª. Instancia

Magistrado ponente: **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Logística Total S.A.
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Expediente : 13-001-33-31-001-2008-00163-01

Tema: **Tránsito Aduanero**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte, contra la sentencia proferida el 27 de Marzo de 2012, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, dentro del proceso instaurado por Logística S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN, mediante la cual se inhibió para fallar de fondo por caducidad de la acción.

PRETENSIONES

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 sean declaradas nulas las Resoluciones 000177 del 30 de octubre 2007, por medio de la cual, se formula Requerimiento Especial Aduanero según Continuación de Viaje No. 0610407M000379 del 27 de Marzo de 2007, por la presunta violación del precinto No. M23268, bajo el cual se amparaba la operación. Resolución No. 000255 del 11 de Febrero de 2008, por medio de la cual se impone una sanción por faltas administrativas aduaneras por valor de \$13.011.000.00, al haber incumplido lo preceptuado en el Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, Numeral 3.2.4., modificado por el Artículo 44 del Decreto 1232 de 2001 y Resolución No. 000855 del 13 de mayo de 2008, proferida por la

División Jurídica Aduanera-, por medio de la cual, se resolvió el recurso de reconsideración, confirmando la sanción anteriormente indicada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que la sociedad accionante que se declare con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho planteados en la demanda:

- a- *Que la sociedad LOGISTICA TOTAL S.A., no incurrió en la infracción administrativo que se le imputa en los Actos Administrativos demandados y que por lo tanto dicha Sociedad no le debe ninguna suma de dinero a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por concepto de la sanción impuesta.*
- b- *Condenar a la Unidad de Administración Especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, a devolver las sumas de dinero que se hubieren pagado o llegaren a pagar por concepto de la sanción impuesta, debidamente indexadas o actualizadas de conformidad con el Artículo 178 del C.C.A., teniendo en cuenta la inflación y la pérdida del poder adquisitivo de la moneda junto con el pago de los respectivos intereses desde la fecha en que se hubiere efectuado el pago hasta la fecha en que se haga su devolución por parte de la entidad demandada.*
- c- *Condenar a la Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, a pagar o reconocer los gastos judiciales, administrativos y Contencioso Administrativos en que ha tenido que incurrir el actor para evitar la sanción impuesta mediante los actos demandados, incluyendo los costos y gastos por concepto de honorarios profesionales del abogado en instancia y agotamiento de la Vía Gubernativa.*
- d- *A título de lucro cesante que se liquiden, reconozcan y se ordene el pago de los intereses corrientes vigentes conforme lo establece el Artículo 1617 del Código Civil, sobre la anterior suma de devolver, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y/o el día en que se efectúe el pago."*

Finalmente manifiesta, que en la eventualidad de que la sentencia sea favorable a la parte demandante, se ordene a la parte demandada darle cumplimiento a la misma dentro del término y con sujeción a lo previsto en los artículos 176, 177 y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

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

Señala el libelo de la demanda, que LOGISTICA TOTAL, en su calidad de Operador de Transporte Multimodal, subcontrató a la empresa TRANSPORTE BOTERO SOTO, quien a su vez designó el vehículo de placas TBJ-867, conducido por el señor WILTON DUQUE, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.778.495 de Medellín (Antioquia), para realizar el transporte de un contenedor de 40 pies de contenido bases de herramientas, en continuación de viaje, en el cual se debía cubrir la ruta origen Cartagena, destino Zona Franca Medellín

Por otro lado, la DIAN autoriza el traslado de mercancías consistentes en bases para repuestos, mediante la continuación de viaje No. 0610407 M 000379 del 27 de Marzo de 2007, en el cual se amparó la operación de transporte multimodal.

La aduana de origen, realizó inspección física del vehículo y procedió a registrar el correspondiente precinto No. M23268, con fecha límite para finalizar la modalidad de continuación de viaje, era el día 2 de Abril de 2007, según aceptación de Continuación de Viaje No. 0607004259 del 23 de marzo de 2007 y Autorización No. 061407M000379 de 27 de marzo de 2007.

Luego se procede a verificar la mercancía por la Administración Especial de Aduanas de Medellín, estableciendo como inconsistencias solamente, que el contenedor se hallaba sin el precinto registrado en Cartagena No. M23268, levantando planilla de Recepción No. 112007100004711 del día 30 de Marzo de 2007.

Afirma que se dejó constancia en el acta de inspección, que el precinto "*está mal puesto,*" es decir, el contenedor de 40 pies debidamente cerrado y precintado, se encontraba abierto.

Que la aduana de partida al momento de realizar la inspección física del contenedor procedió a colocar a la unidad de carga el precinto aduanero M 23268, momento en que el precinto no quedó adecuadamente ajustado y cerrado.

Continua argumentando que cuando el vehículo llega a la zona franca de destino, en Rionegro, se percatan de que el precinto de botella estaba mal colocado, pero no presenta señales de violación o de haber sido manipulado indebidamente.

Como prueba de lo anterior, sostiene que se tiene el Acta denominada INFORME DE EVENTOS NO DESEADOS, elaborada el día del evento por la firma INVERLOSET LTDA-, quienes estaban escoltando la mercancía y eran los encargados de la seguridad de la misma. Dentro de la descripción de los hechos ellos relatan: *"Resulta que el sello de botella estaba mal colocado desde donde fue enviado el contenedor a Colombia, no presentaba ninguna muestra de ser dañado o averiado por ninguna cuestión, Se procede a llamar a la DIAN y lo revisaron con el cliente, para constatar que no falta nada y todo está perfecto. CAUSAS APARENTES DEL EVENTO: Mal abrochado el sello desde su origen. FIRMA: El escolta."*

Finalmente, concluye que frente a lo consagrado en la legislación aduanera en materia de responsabilidad, los hechos que se han presentado constituyen fuerza mayor o caso fortuito, debido a que la violación del precinto colocado en el lugar de origen de la mercancía en la aduana correspondiente a la ciudad de Cartagena, se debió a causas externas cuya imprevisibilidad, acude a la figura antes aludida, es decir, que el contenido del referido acto contiene datos equivocados que no tienen relación con la situación que dio origen al primero de los actos demandados.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En el acápite del concepto de la violación de las normas citadas en la demanda, expone que la DIAN de Cartagena violan flagrantemente disposiciones legales del orden Constitucional, Civil, Administrativo, Aduanero, generando a su vez un enriquecimiento sin causa, porque con dichas decisiones expedidas con fundamentos que incurren en una falsa motivación por errónea apreciación de los hechos y de las pruebas, faltando a su deber lealtad, confianza y credibilidad que debe crear, pregonar y practicar frente a los ciudadanos y en el presente caso, frente a los usuarios aduaneros, como lo es el demandante.

Arguye que los actos objeto de la demanda, se violaron con las siguientes disposiciones:

1. **CONSTITUCIONAL NACIONAL-ART. 2º.** – Quebrantamiento a la Ley de Leyes, porque la verdad de autos, visible en la actuación administrativa que dio origen a la sanción, así lo corrobora. Es evidente la oposición a esta norma supra legal por cuanto al no haber existido infracción que lesionara al fisco nacional o al menos existiera la más mínima intención de realizar dicha conducta, pues, como lo demuestran los documentos de prueba como la declaración juramentada, no hubo ni existió la supuesta infracción que dio origen a la imposición de multa, contenida en los actos administrativos objeto de la presente demanda.

Estatuye el Artículo 2º. “Las autoridades de la República están instituidas para proteger 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”.

(...) 1.2. **Artículo 6 Constitución Nacional:** *“Consagra la RESPONSABILIDAD DE LOS PARTICULARES Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS POR INFRINGIR LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY. El concepto de infracción que antecede nos lleva al criterio de que los actos controvertidos se oponen, así mismo, al Artículo 6º de la Carta Fundamental, porque si la Sociedad LOGISTICA TOTAL S.A., no ha maniobrado en contra de las leyes que regulan la materia aduanera sobre transporte de mercancías bajo el control aduanero, en la modalidad de CONTINUACIÓN DE VIAJE; la sanción de multa, con fundamento en incumplimiento de la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero, constituye inequívocamente extralimitación de funciones y atribuciones”*

Estatuye el Artículo 6º, *“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes...”*

Artículo 123 de la Constitución Nacional. Establece que *“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la Comunidad”, por lo tanto, cuando actúan con desvío de sus atribuciones o cuando son distintos los fines que los mueven a actuar los actos que expidan son nulos por más de que se ajusten a la ley.*

Consecuencialmente, la resolución 000177 de 30 de octubre de 2007, la Resolución 00255 de 11 de febrero de 2008, y la Resolución No. 000855 del 13 de Mayo de 2008 confirmatoria de la segunda, están viciadas, y por lo tanto carecen de eficacia y obligatoriedad.

Asevera que no existe prueba en el expediente administrativo que demuestre que la mercancía amparada con la DTA 0000650 no haya sido la misma que se entregó en el depósito de destino o que exista faltante de la misma.

1.3 Artículo 83 Constitución Nacional: *Consagra que el PRINCIPIO DE BUENA FE. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fé, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas “Principio constitucional desconocido y vulnerado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pues, en ningún momento mi representada incurrió en abstracciones ni en conducta omisiva, dolosa o de mala fe que fueran merecedora de reproche y mucho menos que con motivo de las mismas haya sido el fundamento de la sanción de multa.*

1.4 Artículo 228 Constitución Nacional: *EL DERECHO DE DEFENSA. consagra “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial... “ Los actos administrativos objeto de la presente demanda, violan flagrantemente lo dispuesto en esta norma constitucional, toda vez que fueron expedidos desconociendo la Ley fundamental y de otra parte, violando el DERECHO DE DEFENSA por el desconocimiento de las pruebas aportadas por fuera de los términos establecidos en las normas aduaneras que se mencionan en este escrito.”*

2. DISPOSICIONES LEGALES:

“Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Código Contencioso Administrativo y Legislación Aduanera.”

2.1 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL *“Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surja en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.”*

“Este artículo es violado porque con las resoluciones de sanción de multa, se sacrificó el derecho de mi mandante, contrariándose el espíritu y la letra de este precepto que comprendía una sabia doctrina de derecho procesal, sintetizada en que los funcionarios, al proferir sus decisiones deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho.”

2. CÓDIGO DE COMERCIO

2.2.1 Artículo 831 del Código de Comercio: *“Nadie podrá enriquecerse sin juntas causa a expensas de otro”. Dicho precepto legal es igualmente violado toda vez que al imponerse la multa, se da el enriquecimiento sin causa.*

2.3.1 CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –Artículos 35 y 84 del C.C.A.: *Los actos administrativos objeto de la presente demanda, violan flagrantemente estas disposiciones administrativas, toda vez que se encuentran falsamente motivados por errada apreciación de los hechos y de las pruebas teniendo en cuenta que fueron desconocidos los documentos que se demuestran como prueba de la causal de exoneración de responsabilidad por parte de la transportadora.*

2.4 LEGISLACIÓN ADUANERA: Decreto 2685 de 1999:

2.4.1. Artículo 2º del Decreto 2685 de 1.999: *La Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, efectuó todo el proceso aduanero viciado de nulidad así como*

también, con violación de la norma establecida en el artículo 2º del Decreto 2685 de 1999, que establece que los funcionarios aduaneros con atribuciones y deberes que cumplir en relación con las facultades de fiscalización y control, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades, que son servidores públicos, que la aplicación de las disposiciones aduaneras deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y tener en cuenta que el Estado no aspira a que el usuario aduanero se le exija más de aquello con lo que la misma ley pretende, y que el ejercicio de la labor de investigación y control tiene como objeto detectar la introducción de mercancías sin el cumplimiento de las normas aduaneras con prevalencia sobre la realización de trámites meramente formales. Inequívocamente, la administración aduanera está obligada a cumplir postulados que la ley fija; y, al no hacerlo, está violentando la disposición que así lo contempla y vulnerando el derecho de mi representada al crearle cargas aduaneras indebidamente.

*En definitiva, las Resoluciones objeto de la presente demanda, no se ajustaron a las prescripciones contenidas en el **Artículo 2 del Decreto 2685**, porque, como se establece en las presentes disquisiciones, resulta nítida la violación tanto del ordenamiento constitucional como legal, por parte del ente expedidor de los actos administrativos cuestionados.*

2.4.2 Resolución 4240 de 2000, por la cual se reglamenta la **Resolución 2685 de 1999**, en su **Artículo 325**. El cual faculta al transportador a que en presencia de una circunstancia de “fuerza mayor o caso fortuito”, que genere de alguna manera incumplimiento de la modalidad, se deberá acreditar ante la aduana de partida tal circunstancia. Por ésta razón, se procedió, tan pronto se cumplió con la entrega de la carga en el lugar de destino, a colocar el respectivo denuncia por el señor **HÈCTOR MANUEL SÀNCHEZ LÒPEZ**, debido a que era imposible detener el viaje, para colocar el mismo, configurándose de esta manera, la causal de exoneración de responsabilidad de la empresa operadora de transporte multimodal, antes mencionada.

Artículo 509 del Decreto 2685 de 1.999. Por el cual se establece el TÈRMINO PARA LA FORMULACIÒN DEL REQUERIMIENTO ESPECIAL ADUANERO Y CONTENIDO DEL MISMO. La presunción comisión de la infracción administrativa aduanera que es objeto de la presente acción, tiene como consecuencia, que una

vez establecida dicha comisión, la autoridad aduanera dispone de (30) días para formular el respectivo *Requerimiento Especial Aduanero*, lo cual no sucedió puesto que el día 24 de mayo de 2006 la autoridad competente CONOCIÒ de la presunta infracción aduanera, fecha en la cual empezó a correr los términos de la inspección aduanera correspondiente, que al tenor del **Artículo 472 del Decreto 2685 de 1999**, estipula: ... Se entiende por inspección aduanera un medio de pruebas en virtud del cual se realiza la constatación directa de los hechos que interesan a un proceso adelantado por la Administración Aduanera para verificar su existencia, características y demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, en la cual pueden decretarse todos los medios de prueba autorizados por la legislación aduanera y otros ordenamientos legales, previa la observancia de las ritualidades que le sean propias.", en concordancia con el **Artículo 473 ,parágrafo 4 del mismo Decreto**:... El término para realizar la inspección del acto que ordena la diligencia.", y que haciendo alusión al **Artículo 509 del Decreto 2685 de 1999** anterior, el 25 de julio de 2007, fecha en la cual la autoridad de aduana competente profirió requerimiento especial aduanero, que a todas las luces, por cómputo y sumaria de los términos de los artículos anteriores, se expide por fuera del término legal estipulado."

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, la DIAN en la contestación de la demanda (fls.88-100) expresa que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerarlas improcedentes, a su vez solicita la aplicación del Artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, alegando lo siguiente:

3.3.1 DE LA SUPUESTA INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD Y ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA DEL O.T.M. LOGISTICA TOTAL S.A.- VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

"Señora Juez, consideramos que está probado dentro de la investigación que cuando llega la mercancía a su destino final autorizado, en este caso Zona Franca de Río Negro de Medellín, se detectó que el **PRECINTO LLEGÒ SUELTO**."

(...) La sanción impuesta a la Compañía LOGISTICA TOTAL S.A., por parte de la entonces Administración Especial de Aduanas de Cartagena, llamada hoy

Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, se encuentra tipificada en el Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, numeral 3.2.4 del Decreto 2685 de 1999, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 497. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS TRANSPORTADORES Y SANCIONES APLICABLES.

Modificado por el Artículo 44 del Decreto 1232 de 2001. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

3. *“En el Régimen de Tránsito Aduanero:*

3.2 Graves:

3.2.4 Arribar a la Aduana de destino con los precintos de los medios de transporte o de las unidades de carga rotos, adulterados o violados.

La sanción aplicable será multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El accionante manifiesta que se VIOLÒ el DEBIDO PROCESO Y DERECHO A LA DEFENSA, por parte de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, llamada entonces Administración Especial de Aduanas de Cartagena, al desconocer que los lechos presentados, se debió a FUERZA MAYOR-CAUSA EXTRAÑA.

La normatividad aduanera permite que el transportador pueda reportar un aviso sobre los supuestos hechos constitutivos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito a la administración con jurisdicción en el lugar donde se produzca el hecho, para que el funcionario competente ordene la inspección e inventario de las mercancías, determine el grado de avería o pérdida, situaciones que deben figurar en el DTA.

De esta situación no se encuentra dentro de la investigación indicio alguno que se hubiere llevado a cabo el procedimiento indicado.

Los precintos que colocó la autoridad aduanera a los que vengán colocados desde el país de procedencia, deben estar intactos hasta su finalización de la modalidad

y solo pueden ser levantados o reemplazados, cuando por razones de control se detecten señales de violación de algún precinto o se haya ordenado la apertura del medio de transporte o de la unidad de carga que se encuentre precintada.

La Administración de Cartagena, cumplió con todas las etapas procesales establecidas por la legislación aduanera, y se dio la oportunidad de defensa, para la imposición de sanción, por lo anterior consideramos señora Juez que este cargo tampoco puede prosperar.”

3.3.2 DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA POR PARTE DEL ESTADO Y DE LA JUSTICIA DE LAS SANCIONES ADUANERAS-NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE.

Explica que los precintos aduaneros tiene una característica tal que su conformación una vez colocados, es muy difícil, que sin una manipulación externa puedan soltarse, asegurando así la carga hasta el destino final.

Además sostiene que en el caso bajo estudio, las unidades de carga del medio de transporte, la aduana de origen colocó el precinto número M23268, que figura en el formato de la Continuación de Viaje número 0610407M000379, situación que es verificada por la funcionaria inspectora de la DIAN competente desde la salida de las mercancías de la ciudad de Cartagena.

Afirma que está probado que el precinto No. M23268, que figura en la Continuación de viaje, en mención llegó suelto a su destino autorizado, zona franca Rio Negro

Concluye, que no puede aceptarse que la sanción impuesta es injusta o que se presentó un enriquecimiento sin causa por parte del Estado, situación que es sancionada con el Artículo 497 numeral 3.2.4 y respecto de la cual no se demostró ninguna causal eximente de responsabilidad.

3.3.3. DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 509 DEL DECRETO 2685 DE 1.999.

Sostiene la demandante, que la violación se produjo por la espontaneidad para la expedición del Requerimiento Especial Aduanero, circunstancia esta que no es aceptada por la DIAN, toda vez que el Requerimiento Especial Aduanero, no contiene una decisión de la administración que genera una situación jurídica particular y concreta, pues solo hasta ese momento se está proponiendo al administrado contra el cual se dirige.

Argumenta que el Requerimiento Especial Aduanero es un acto administrativo de trámite el cual carece de una decisión definitiva creadora de una situación jurídica particular y concreta. Como también se sostiene que no puede derivarse de la tardanza en la expedición del Requerimiento Especial Aduanero, la ocurrencia de ninguna consecuencia jurídica, ni caducidad, ni el silencio administrativo positivo.

Por último, alega que no acepta este cargo, deja claro que las circunstancias de hecho y de derecho (lectura revelada claramente) que llevaron a la Administración a tomar una decisión sancionatoria en el régimen de tránsito aduanero, quedaron plasmadas en la resolución que se impugna, y en los correspondientes actos de confirmatorios por lo que no existe falsa motivación, toda vez que se encuentra demostrado que la mercancía llegó con los precintos sueltos.

EL FALLO RECURRIDO

(Fls. 249-259)

En la sentencia de primera instancia el a quo se inhibió de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

Argumenta que en el caso bajo estudio, el término para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho comienza a partir de la notificación del acto que decidió el Recurso de Reconsideración, esto es la Resolución No.000855 del 13 de mayo de 2.008, introducida al correo el día 15 de mayo de 2008, quedando ejecutoriado el 16 de mayo de 2008.¹

Continúa agregando que lo anterior indica que el término para interponer la demanda en ejercicio de Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, según lo previsto en el Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo,

¹ Folio 215

comienza a computarse el término a partir del 16 de mayo de 2008 y se vencía el 16 de septiembre de 2.008, siendo que la demanda fue presentada ante los despachos judiciales de Cartagena, el día 15 de octubre de 2.008., estando por fuera del término de caducidad.

Concluye diciendo, que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar al estado determinado derecho; por ende la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quién, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno de la caducidad.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN (Fls 261-269)

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

En primer lugar, VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LOS SUPUESTOS FÁCTICOS AL INTERPONER LA ACCIÓN, trae a colación que el Artículo 2º del Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo que establece:

(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de los cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecutoria del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe"

Aduce el demandante que vale la pena preguntar, si como bien lo dice la jurisprudencia y la doctrina, la caducidad opera de pleno derecho, entonces ¿por qué el juzgado admite la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el día 22 de enero 2009?.

Continua objetando que para el año de 2.008 se originó un hecho que paralizó el servicio público esencial prestado por la RAMA JUDICIAL y fue el renombrado

paro judicial, que inició el día 3 de septiembre de 2.008 y terminó el día 16 de octubre de 2.008; sostiene que así se registró por diferentes medios de comunicación nacional, sin embargo, pone de presente a este Honorable despacho que en varias ocasiones la misma jurisprudencia, solo para mencionar el tiempo en que se produjo el paro judicial de 2.008, estableció en varias ocasiones lo siguientes:

“... Para concluir, y habiéndose expresado los motivos y razones que fundan la decisión, en este caso debe confirmarse la sentencia apelada (sic) en cuanto declaró ilegal el cese de actividades promovido y llevado a cabo por la Asociación Nacional de Funcionarios y Empleados de la Rama Jurisdiccional, que fue lo pedido en la demanda inicial, en limitar los efectos de la sentencia a los días 3, 4, 5, y 8 de Septiembre de 2.008, por estar plenamente probado que el paro se realizó desde el 3 de septiembre hasta el 17 de octubre de 2.008...”(Sentencia de la Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de octubre de 2.009, expediente 110012205000200800463-01M.P: RAFAEL MÈNDEZ ARANGO).

Menciona además que dada la caótica situación presentada, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, mediante Decreto 3929 de 9 de octubre de 2.008, DECLARA el estado de conmoción Interior en todo el territorio nacional por noventa (90) días, de conformidad con la siguiente consideración, entre otras expuestas:

(...) Que el Ministerio Público en cabeza del señor Procurador General de la Nación, señaló que en vista de la situación de la administración de justicia en Colombia, la cual se encuentra en un cese de actividades desde hace 37 días y considerando que se trata de un servicio público fundamental cuyo funcionamiento tiene carácter de permanente por mandato constitucional, con el debido respeto solicita sean tomadas por el Gobierno Nacional las medidas de emergencias pertinentes acordes con las atribuciones que otorga nuestra Carta Política, la ley estatutaria de la Administración de Justicia y demás normas concordantes.

Por otro lado explica, que de conformidad con el Artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, se dispone lo siguiente: *“En los términos de días no se*

tomaran en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho. Los términos de meses y de años se contarán conforme el calendario.

...Lo anterior indica que cuando el término contemplado en la norma está expresado en meses, para su contabilización, no deben ser tenidos en cuenta los días de interrupción de vacancia judicial o los que, por cualquier causa, el Despacho deba permanecer cerrado, como ocurrió en el presente caso, con ocasión del paro judicial.

... Sin embargo, en caso de que el término para presentar la acción se venza en los días en que el Despacho Judicial no se encuentre prestando sus servicios, dicho término se extenderá hasta el primer día hábil siguiente...

Luego cita jurisprudencia del Consejo de Estado del M.P. Dra: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ, EXPEDIENTE No. 2009-000930 01), dentro del expediente radicado bajo el número 2009, 00078, de la siguiente manera:

... En tal orden, cuando se trate de contabilizar el término a partir del cual ocurre el fenómeno de la caducidad de la mentada acción, debe seguirse la regla de cómputo de meses, es decir, que en ella no se excluyen los días de interrupción de vacancia judicial o los que por cualquier otra causa el despacho se encuentre cerrado, por ejemplo la suspensión del servicio de administración de justicia, a menos que el término se venza en uno de ellos, caso en el cual el plazo se extenderá hasta el primer día hábil siguiente..."

Concluye, que estando demostrado el paro judicial en los días comprendidos entre el día 3 de septiembre de 2008 al 16 de octubre del mismo año, se tiene que la Sociedad LOGISTICA TOTAL SA., cumplió con su deber, debido a que con ocasión del paro judicial correspondiente no se pudo radicar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el día 16 de septiembre de 2008, siendo radicada el día 15 de octubre de 2.008, fecha en la cual se levantó el paro judicial, y la oficina judicial comenzó a recibir las respectivas demandas y demás documentos.

Con respecto a la valoración de las pruebas por aplicación de la caducidad, se tiene que no hubo un querer deliberado de incumplir con el régimen de tránsito aduanero, dejando claro que los precintos aduaneros son medidas de seguridad que buscan únicamente que no se extraiga la mercancía y atendiendo a los principio de justicia, equidad y proporcionalidad fundantes del sistema tributario nacional y aduanero, la sanción revista en el numeral 3.2.4, del numeral 3 del Artículo 497 del Decreto 2685 de 1.999, solo puede imponerse cuando la ruptura del precinto, dañe o perjudique el interés jurídico legalmente protegido, hecho que no ocurrió, tal y como aparece demostrado en la planilla de recepción No. 1120007100004711 de fecha 30 de Marzo de 2007, elaborada en la Aduana de Destino.

Cita jurisprudencia de fecha 19 de noviembre de 1976, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Cas Civil que dijo:

“Partiendo de que nadie está obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur), la Corte, meditando nuevamente sobre la inteligencia que debe darse al precepto comentado, llega a la conclusión de que, ejercitando oportunamente el derecho no se le puede exigir a alguien que de cumplimiento a una obligación de la cual resulta imposible su ejecución”.

Finalmente, agrega que la jurisprudencia es clara con respecto a la aplicación del principio “ad impossibilia nemo tenetur”, **NADIE ESTA OBLIGADO A LO IMPOSIBLE**”, al indicar que es imposible para el transportador, arribar a la Aduana de destino con el precinto aduanero en unas condiciones distintas de las que la aduana de origen impuso con el precinto correspondiente, existiendo así un hecho imprevisto e irresistible al transportador que le impedía cumplir con la finalización del régimen en las condiciones que ordena la DIAN, si la aduana de partida generó una situación distinta al momento de homologar el precinto y no constatar si el mismo quedó o no mal colocado.

Por último, considera el demandante que el Juez de Primera Instancia, como se inhibe de valorar las pruebas aportadas al proceso por la supuesta caducidad, siendo que los documentos que se aportaron como pruebas en la vía gubernativa y posteriormente en la demanda, se observa en el INFORME DE EVENTOS NO

DESEADOS de la sociedad INVERLOSET: “... mal abrochado el sello desde su origen...” de igual manera se puede verificar que la mercancía llegó en perfectas condiciones, por lo que concluye que la sociedad demandante no incurrió en falta alguna que le haga merecedora de la sanción.”

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de proveído del 26 de septiembre de 2012 (fl.275), fue admitido el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

A través de auto del 25 de enero de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.277).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Ambas partes recorrieron el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia. En general se ratifican en los argumentos esbozados en el recurso y escrito de contestación, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, notificado del traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, (F. 277 reverso), se abstuvo de emitir concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1° del Artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada contra la sentencia de fecha 27 de Marzo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que se inhibió de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Determinar si se configuró el fenómeno de caducidad al presentar el demandante la presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, teniendo en cuenta

que en la Rama Judicial se llevó a cabo un paro judicial, para la fecha en que debía presentarse la presente demanda.

¿Es responsable la parte demandante de incumplir el régimen de tránsito aduanero, al entregar la mercancía en la aduana de destino con alteración de los precintos autorizados por la aduana de partida?

TESIS DE LA SALA

La sentencia apelada deberá modificarse, acogiendo la Sala el argumento de que en efecto se vulneró el acceso a la administración de justicia, pues tratándose de circunstancias especiales como la que aconteció en el caso bajo estudio con ocasión del Paro Nacional de la Rama Judicial, los días suspendidos por el paro se adicionan, toda vez, que de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia, si los términos para presentar la acción se vencen en los días en que el Despacho Judicial no se encuentre prestando sus servicios, dicho término se extenderá hasta el primer día hábil siguiente², por lo tanto, habiendo ocurrido el vencimiento del plazo en los días de suspensión (16 de septiembre de 2008), la parte interesada presentó la demanda el día **15 de octubre de 2.008**, día hábil en que se reanudaron labores, por tal motivo, no estando caducada la acción, procede a efectuar su respectivo estudio.

De otra parte, si existió una conducta sancionable derivada de una operación (desprecinto) accionar éste que sólo se puede ejecutar sobre la mercancía una vez recibida en el depósito autorizado.

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

En el presente asunto, el acto acusado está compuesto por la Resolución No. 000177 del 30 de octubre de 2007 por la cual se formula Requerimiento Especial

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Corregida por: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, sentencia de fecha 4 de agosto de 2011, radicada bajo el número Radicación número 27001-23-31-000-2009-00093-01.

*"Lo anterior indica que cuando el término contemplado en la norma está expresado en meses, para su contabilización, **no deben ser tenidos en cuenta los días de interrupción de vacancia judicial o los que, por cualquier causa, el Despacho deba permanecer cerrado, como ocurrió en el presente caso, con ocasión del paro judicial.** Sin embargo, en caso de que **el término para presentar la acción se venza en los días en que el Despacho Judicial no se encuentre prestando sus servicios, dicho término se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.** Lo anterior, permite concluir que ni el paro, ni la vacancia judicial interrumpen el término de caducidad para presentar la acción, pues tales circunstancias no deben ser tenidas en cuenta, salvo que dicho plazo expire dentro de éstas, caso en el cual, como ya se dijo, la acción caducaría si en el primer día hábil siguiente no se presenta la demanda"*

Aduanero y se propone una sanción por el incumplimiento de régimen de tránsito aduanero según Continuación de Viaje No. 0610407M000379 del 27 de Marzo de 2007.

Resolución No. 000255 del 22 de febrero de 2008, por la cual se impone una sanción por faltas administrativas aduaneras por el valor de TRECE MILLONES ONCE MIL PESOS MCTE (\$13.011.000.00) MCTE, a LOGISTICA TOTAL S.A. por el incumplimiento en operación de Continuación de Viaje con Autorización No. 0610407M000379 del 27 de Marzo de 2007.

Resolución No. 000855 del 13 de mayo de 2008, por medio de la cual la DIVISIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE ADUANAS DE CARTAGENA DE LA U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), confirma la sanción.

CUESTIÓN PREVIA:

Antes de abordar el estudio del caso concreto, destaca la Sala que la sociedad actora, en su introductorio solicitó que se declarara la nulidad del **Requerimiento Especial Aduanero No. 000177 del 30 de Octubre de 2007**, proferido por la entidad demandada.

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

Acorde con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha indicado, con respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, lo siguiente³:

*“Dicho requerimiento es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera.
...”*

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Consejera ponente CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ-Bogotá D C, veintiocho (28) de junio del dos mil diez (2010)-Radicación número 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326)-Actor F M LOGÍSTICA LTDA SIA -Demandado MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

En ese orden, el Requerimiento Especial Aduanero no es un acto susceptible de ser controvertido en sede judicial, por lo que la Sala a diferencia de lo considerado por el Juez de Primera Instancia, encuentra pertinente modificar en la parte resolutive de esta sentencia, la decisión del *a quo* en el sentido que se declarara inhibido para el estudio de fondo del Requerimiento Especial Aduanero No. 000177 del 30 de octubre de 2007, proferido por la entidad demandada, de conformidad con los motivos expuestos.

De la legalidad de la sanción aduanera impuesta.

La sociedad actora sostiene que los actos acusados violan abiertamente el principio de legalidad de la sanción, pues tal y como lo afirmó en su demanda, la sanción a ella impuesta no se ajusta a la realidad y el fin sustancial de la operación encomendada, pues existen en el proceso los elementos probatorios necesarios que permiten determinar que la adulteración o violación del precinto con el cual se controlaba la seguridad de la carga transportada, se produjo por el accionar de un tercero, y por tanto las circunstancias se constituyen en ajenas a la voluntad.

Con respecto a esto cabe precisar, que la sanción aduanera impuesta a la sociedad actora a través de la Resolución No.000255 del 11 de febrero de 2008 y confirmada por la Resolución No. 000855 del 13 de Mayo de 2008, tuvo como fundamento legal, entre otros, el Artículo 497 numeral 3.2.4 del Decreto 2685 de 1999.

MARCO NORMATIVO

A continuación la Sala se permite citar normas que sirven de precedente al artículo en cita.

El artículo 1º define el término precinto de la siguiente manera:

“PRECINTO ADUANERO”

“Es el conjunto formado por un flete, cordel o elemento análogo, que finaliza en un sello o marchamo y que dada su naturaleza y características permite a la autoridad aduanera, controlar efectivamente la seguridad de las mercancías contenidas dentro de una unidad de carga o unidad de transporte.”

El Artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, por su parte señala:

“ a) La entrega de la carga al depósito o al Usuario Operador de la Zona Franca, según corresponda, quien recibirá del transportador la Declaración de Tránsito Aduanero, ordenará el descargue y confrontará la cantidad, el peso y el estado de los bultos con lo consignado en dicho documento. Si existiere conformidad registrará la información en el sistema informático de la Aduana.

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.

b) La orden de finalización de la modalidad proferida por la Aduana de Paso, por haber encontrado una situación irregular o indicios graves que pudieran perjudicar el interés fiscal o evadir el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, tales como: inconsistencias en la Declaración de Tránsito Aduanero, violación de los precintos, violación de las restricciones a la modalidad, pérdida de mercancías y, en general, cualquier incumplimiento de la modalidad sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de las mercancías, cuando hubiere lugar a ello.

c) La destrucción o pérdida total de la carga de que trata el artículo 367o. del presente Decreto.

d) Cuando por motivos de fuerza mayor o caso fortuito, la Aduana autorice la finalización de la modalidad de conformidad con el reglamento que para el efecto expida la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

PARAGRAFO. Finalizada la modalidad de tránsito por las causales señaladas en los literales b) y d), la mercancía deberá someterse inmediatamente a la modalidad de importación que corresponda.”

La anterior normativa hace deducible, que en el curso de toda operación de tránsito aduanero, el transportador debe atender obligaciones a fin de responder por la correcta ejecución de la labor encomendada, obligaciones que incluyen,

mantener intactos los precintos⁴ sobre los cuales ejerce control la respectiva administración aduanera a través de sus agentes.

Así, y sin mayores equívocos, la razón de ser del precinto aduanero se concreta a la seguridad de la mercancía trasladada como carga, impidiendo que se introduzca o que se extraiga cantidad de la misma, manteniendo con ello total relación de identidad sobre lo previamente declarado en los documentos soportes y lo que se transporta. En términos generales, inviabiliza que se produzca manipulación sobre “X” carga transportada; además de garantizarle a la administración aduanera, que la mercancía con tributos en suspenso y no nacionalizada, corresponda efectivamente a la que ingresó al país en la aduana de partida, y de manera tal, que en su oportunidad, puedan liquidarse los tributos de lo que efectivamente ingresa.

De allí que la normatividad aduanera le reserve consecuencias, a las conductas que atenten sobre este elemento – precinto –, pues en últimas contribuye a la seguridad de toda operación de tránsito aduanero.

A propósito de lo anterior, el artículo 356 del Decreto 2685 de 1999 dispone:

“ARTICULO 356. RESPONSABILIDADES.

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, que no llegue a la Aduana de Destino.

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 plena concordancia con lo transcrito, el Título XV Capítulo IX del Decreto 2685 de 1999, Artículo 497 consagra las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los transportadores, así:

⁴ El precinto aduanero o marchamo es la cinta, ligadura o fleje que finalizando en un sello o marchamo permite a la aduana controlar efectivamente la seguridad de las mercancías contenidas dentro de una unidad de carga y, como quiera que deben ser fabricados de manera que sea imposible levantarlos o soltarlos sin romperlos o efectuar manipulaciones irregulares sin dejar señales CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO Bogotá, abril cuatro (4) de dos mil dos Radicación número. 05001-23-26-000-1997-1067-01(7377) Actor: SERCARGA S.A. Demandado: DIAN DE MEDELLÍN Referencia. APELACIÓN SENTENCIA

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.*

3.1.2 *No entregar la mercancía al depósito o a la Zona Franca.*

3.1.3 No terminar en la forma prevista en las normas aduaneras el régimen de tránsito aduanero.

La sanción aplicable será de multa equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.2 Graves:

3.2.1 *Transportar mercancías bajo el régimen de tránsito sin estar amparadas en una Declaración de Tránsito Aduanero.*

3.2.2 *Incumplir con el término para finalizar el régimen de tránsito fijado por la Aduana de Partida.*

3.2.3 *Cambiar de medio de transporte o de unidad de carga sin autorización de la Aduana.*

3.2.4 Arribar a la Aduana de Destino con los precintos de los medios de transporte o de las unidades de carga, rotos, adulterados o violados.

La sanción aplicable será multa equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.3 Leves:

3.3.1 *Efectuar el tránsito aduanero en vehículos que no pertenezcan a empresas inscritas y autorizadas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*

3.3.2 *Efectuar el tránsito aduanero en medios de transporte o unidades de carga que no puedan ser precintados o sellados en forma tal que se asegure su inviolabilidad.*

La sanción aplicable será de multa equivalente a siete (7) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO. A los transportadores, en las modalidades de tránsito, cabotaje y transbordo les serán aplicables, en lo pertinente, las sanciones previstas en el numeral del 3. del presente artículo.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso que ocupa nuestra atención, la Sociedad LOGISTICA TOTAL S.A., en su calidad de transportador, y como responsable de la carga autorizada, debió cumplir de manera correcta con la finalización del régimen de tránsito al cual se sometió, entregando la mercancía en las mismas condiciones de salida, so pena de incurrir entre otras sanciones, en la tipificada el artículo 497 numeral 3.2.4 del Decreto 2685 de 1999, arriba transcrita.

Así, de verificarse incumplimiento por parte de la sociedad aludida en calidad de transportador, por no finalizar el tránsito aduanero con el precinto en perfecto estado, - tal y como cuando se inició la operación -, el legislador prevé una sanción específica, sin que haya lugar a entrar a estudiar el carácter subjetivo de la conducta asumida por éste, pues recae en él una presunción de culpa.

En ese orden de ideas, existiendo un soporte normativo o legal para la imposición de la sanción aduanera aquí discutida, entrará ahora la Sala a determinar, de conformidad con lo probado en autos, si se dieron o no los supuestos fácticos para que la administración aduanera aplicara a la sociedad demandante, la sanción contemplada en la norma antes citada.

Acorde con lo anterior, encuentra esta Sala, que tal como lo determinó la Administración al proferir los actos acusados, y como es aceptado por la misma sociedad actora, al culminar la operación de tránsito aduanero en la cual intervino, se detectó que el precinto asignados por la aduana de partida – (23268) – llegó suelto, hecho este que según se dijo, no es discutido por la sociedad demandante, sin embargo, ésta orienta sus argumentos a insistir en que no debe responder por este hecho, pues el mismo obedeció a la conducta a que en la Aduana de Origen el funcionario de la DIAN, con ocasión a la inspección física realizada al contenedor, no se percata en colocar adecuadamente el precinto, y este no queda ajustado y cerrado en debida forma, configurándose un error por parte de la Aduana.

Según lo expuesto, es posible establecer que se configura la conducta sancionable atribuida a la sociedad actora, como quiera que se encuentra probado que en efecto, al recibirse la carga en la aduana de destino, dentro del término para finalizar el correspondiente tránsito aduanero, el precinto – (23268) estaba suelto.

Lo anterior, dado al carácter objetivo de los supuestos normativos arriba citados, permite que recaiga sobre la sociedad demandante la sanción impuesta por la DIAN, decisión está que sólo podría desvirtuarse, bajo prueba de causal eximente de responsabilidad.

FUERZA MAYOR COMO CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Ahora bien, respecto a la fuerza mayor o caso fortuito alegada por la sociedad actora, resulta conveniente precisar, que doctrinalmente sobre este tópico se ha entendido que es una situación universalmente aceptada como causal eximente de responsabilidad, instituto que emerge como el desarrollo del principio de derecho que *“nadie está obligado a lo imposible”*. Cuando se presenta esta situación se rompe el nexo causal trayendo como consecuencia la inexistencia de la conducta.

Esta se define en palabras del tratadista Jaime Ossa Arbeláez⁵, *“como el acontecimiento impeditivo que tiene origen en hechos de la naturaleza y aún en los actos del hombre cuando estos sean obra de un tercero”*. Este hecho resulta una traba insalvable para el cumplimiento de la obligación.

Para que se pueda estructurar el fenómeno de la fuerza mayor es necesario que se encuentren los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad.

“la fuerza mayor debe ser: 1) Exterior: Esto es que “está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aún indirectamente por la actividad del ofensor”. 2) Irresistible: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho”. 3) imprevisible: cuando el suceso

⁵ Derecho Administrativo Sancionador, “Una Aproximación Dogmática” Editorial Legis año 2009 pág 319 – 320

*escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo.*⁶

Teniendo en cuenta lo expuesto, y de acuerdo a lo demostrado en la investigación administrativa y en el expediente, puede verse en el plenario que el demandante no reportó observación alguna sobre los supuestos hechos constitutivos de Fuerza Mayor o Caso Fortuito a la Administración con jurisdicción en el lugar donde se produjeron los hechos.

Por lo tanto, no se acredita que se hayan tomado medidas de prevención por parte del transportador para que se evitara este tipo de situación anómala, - máxime si se recoge la previsibilidad del hecho -, pues las reglas de la experiencia indican que siendo el transportador consciente de que transportaba carga plenamente individualizada, - a un destino específico (Rio Negro - Antioquia), debía ser el doble de cuidadoso en relación a las pautas preventivas a considerar y a aplicar, a fin de evitar sucesos como el descrito; sin que pueda escudarse en el dicho y actuar de un tercero, pues como responsable de la correcta finalización de la operación, debía asegurarse de cuál era el descargue que se estaba haciendo, así como estar atento a las maniobras ejecutadas sobre la mercancía transportada, conductas estas que denotan un mínimo de diligencia, y que sin lugar a dudas habrían evitado el resultado de alteración del precinto, y en virtud de lo cual la DIAN decide sancionar materializando la conducta y las consecuencias descritas en la normativa pertinente en los actos que se acusan.

Se hace notar igualmente, que no existe en el plenario ningún documento tendiente a demostrar cuales fueron las circunstancias exactas en que se produce el desprecinto reprochado, así como para reforzar las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurre, o cualquier otro elemento que permitiera justificar, porque el transportador no estuvo presente al momento de la inspección física del contenedor, y que hubiesen impedido que se incurriera en el error descrito.

Por lo anterior concluye la Sala sin mayores elucubraciones que el hecho en que resultó el precinto N°(23268) abierto, se pudo precaver, pues era totalmente previsible, y en modo alguno irresistible, teniendo en cuenta que el lugar de donde sale la mercancía es sometido a una serie de controles, no solo por parte de la DIAN, sino también los empleados del puerto que están en la obligación de no dejar salir

⁶ C E Sección Tercera Sentencia 07506 del 04/02/26 Ponente GERMAN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR Actor ROSA ELVIRA BENAVIDES DE MUÑOZ Y OTROS Demandado MUNICIPIO DE ANCUYA

el contenedor con la mercancía si este no está debidamente asegurado (precinto de seguridad), no obstante, es obligación principal de la transportadora de constatar la seguridad del mismo

Así las cosas, la Sala estima que la empresa transportadora, no tuvo un mínimo de medidas de cuidado que hubiese podido evitar el objeto de la presente demanda.

Así mismo, considera la Sala que quedó configurada la conducta sancionable contenida en el numeral 3.2.4 del Artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, lo cual conduce a afirmar que la Administración efectuó un adecuado análisis de la investigación administrativa, lo cual descartó el argumento de la sociedad demandante según el cual no existió el soporte fáctico necesario para dar aplicación a tal disposición y por ende para imponer la sanción consagrada en la misma.

De igual forma, destaca la Sala en que dada la importancia y razón de ser de los precintos aduaneros, el control que sobre los mismos se haga deberá ser en todo caso riguroso y estricto.

Consecuencialmente, también se impone la rigurosidad en la aplicación e interpretación de las normas a través de las cuales se ejerce el control sobre el tránsito aduanero en general, y entre las que se cuentan disposiciones como el Artículo 497 del E.A, que establecen sanciones cuando se encuentre suelto o roto el precinto con el que se asegura determinada mercancía transportada, indistintamente de la cantidad conforme que arribe a la aduana de destino.

Es por todo lo expuesto, esta Sala considera que en el presente caso no es posible censurar los actos acusados por ilegales, injustos o desproporcionados, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto, las consecuencias previstas en la disposición que consagró la conducta sancionable (Art. 497 3.2.4 D. 2685/99) y por consiguiente, debió sancionar.

En resumen, descartados los argumentos del actor, habrá de concluirse que no se logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados, carga que se hace especialmente exigible, tratándose de actos como los demandados, tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado⁷, máxime si se tienen en cuenta que la carga de

⁷ "Ahora bien, frente a la consideración del actor en el sentido de que en aplicación del artículo 83 de la Constitución Política, que contiene la presunción de la buena fe de los particulares ante las gestiones que los mismos adelantan ante las autoridades públicas, se deben tener por ciertas las afirmaciones por él hechas ante

demostrar la ilegalidad de la sanción aduanera impuesta por la DIAN, radicaba en la parte actora, quien no demostró los hechos en que basa sus pretensiones – causal eximente de responsabilidad –, ni aportó evidencias que probaran que la DIAN, al expedir los actos acusados, violó la ley o norma constitucional.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de revocarse la sentencia emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cartagena, que se inhibió de pronunciarse de fondo sobre los actos demandados por caducidad de la acción, y en su lugar se dispondrá inhibirse para pronunciarse respecto del Requerimiento No. 000177 del 30 de octubre de 2007 y denegar las demás pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia 27 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Descongestión de Cartagena y en su lugar se dispone:

SEGUNDO: INHIBIRSE de pronunciarse respecto al Requerimiento Especial Aduanero No. 000177 del 30 de octubre de 2007, por el cual se propone imponer sanción al Operador de Transporte Multimodal LOGÍSTICA S.A. por los motivos expuestos

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

la Aduana, la Sala advierte que una cosa es la presunción de buena fe y otra muy distinta que lo dicho por los particulares se tenga que tener por cierto, pues, de ser así, no existiría procedimiento alguno para establecer la responsabilidad en que incurre una persona determinada y, en consecuencia, estaría de más garantizar el derecho de defensa con la oportunidad, entre otras, de solicitar pruebas y controvertir las existentes, dado que bastaría al administrado inadmitir los cargos que se le imputan, para que la Administración tuviera que aceptar lo por él dicho, lo cual se sale de toda lógica

Adicionalmente, la Sala le recuerda al actor que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, lo cual significa que corresponde a la parte demandante demostrar que la decisión en ellos contenida no se ajustó a la ley, cuestión que en manera alguna llevó a cabo aquél, pues se limitó a afirmar que es al Estado a quien le corresponde la carga de la prueba, consideración que, se reitera, no es de recibo en tratándose de actos expedidos por la Administración -CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA Consejera ponente. OLGA INES NAVARRETE BARRERO. Once de mayo del dos mil Radicación número 5873. Actor. JAVIER CONTRERAS CONTRERAS. Referencia APELACION SENTENCIA

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

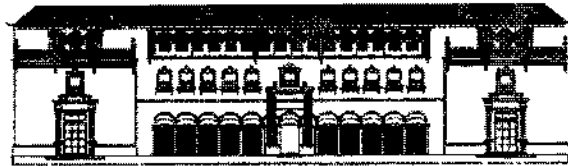
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No 13-001-33-31-001-2008-00163-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1293
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: SIA SUDECO DE COLOMBIA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-000-2008-00125-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

489
30

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

Sentencia de 2ª Instancia

MAGISTRADA : MARCELA LÓPEZ ÀLVAREZ
Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-23-31-000-2008-00125-01
Demandante: SIA SUDECO DE COLOMBIA S.A.
Demandado: DIAN

Tema: Incumplimiento Aduanero

La Sala de Descongestión No. 002 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 resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha junio 24 de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado, por SIA SUDECO DE COLOMBIA S.A. contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

PRETENSIONES

1. *"Se declare la nulidad de las Resoluciones No. 001988 de noviembre 30 de 2007 y No. 000360 de febrero 26 de 2008 proferidas por la División de Liquidación y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena respectivamente, por cuanto se profirieron violando*

normas legales, situación que implica que los actos administrativos demandados sean ilegales y por tanto no tengan validez.

2. *Como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca en su derecho a la empresa SIA SUDECO DE COLOMBIA S.A., identificada con NIT 800.053.508-9 y se ordene el archivo del proceso de cobro de la sanción impuesta mediante las resoluciones demandadas.*
3. *Solicito respetuosamente se condene en costas del proceso a la Unidad Administrativa Especial U.A.E., Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.”*

HECHOS

La demandante basa sus pretensiones en los siguientes hechos relevantes:

El día 04 de mayo de 2005, SIA SUDECO DE COLOMBIA presentó ante la Administración Local de Aduanas de Barranquilla las declaraciones de importación No. 07480260017971....17962... 17994 y . 17987, soportadas todas con la factura comercial No. 2452/04/05, con INCOTERM FOB Us capital Panamá, del importador HOME MART S.A.

Una vez despachada la mercancía y concluidos los trámites aduaneros, y correspondiendo a las obligaciones del declarante, los empleados encargados procedieron con el archivo temporal de los documentos soportes, conforme lo ordena el Artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, lugar en donde reposan desde aquel día sin que a la fecha se haya registrado en los archivos de la empresa, un requerimiento de información o efectuado visita o inspección de control posterior de la DIAN en las instalaciones sobre los paquetes referenciados.

La Administración Local de Aduanas de Barranquilla, después de iniciar un proceso sancionatorio por estos mismos hechos, decide ordenar el archivo por encontrar que no es la administración competente para sancionar a la demandante y remite las diligencias a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena para que tramite el asunto.

El día 28 de septiembre de 2007, la sociedad SUDECO fue notificada de un requerimiento especial aduanero en el que se propuso una sanción por supuesta infracción aduanera en el régimen de importación, consistente en la supuesta falta de INCOTERM en las facturas de compra, elemento fundamental sobre el cual SUDECO DE COLOMBIA mantiene control absoluto, como se verificó por el empleado encargado; encontrando que, en sus archivos, el original ostenta el término de negociación tal y como lo exige la Resolución 4240 del 2000, y el documento en cuestión relaciona el INCOTERM FOB, y en el mismo, en la parte inferior izquierda, se lee “*DESPACHO CAPITAL PANAMÁ*”, es decir, el sitio convenido para la entrega y despacho al tratarse de una negociación FOB, Panamá, términos que corresponden a la liquidación de tributos en las declaraciones de importación, motivo por el cual se opone a la sanción impuesta. Agrega que el requerimiento fue respondido oportunamente, no obstante la División de Liquidación continuó con el proceso sancionatorio.

Afirma que, el día 30 de noviembre de 2007, la División de Liquidación profirió la Resolución No. 001988, imponiendo una sanción por una supuesta falla en la factura comercial, consistente en la aparente omisión de la mención del lugar de entrega o despacho de la carga.

Finalmente expresa que el día 26 de febrero de 2008, la División Jurídica Aduanera de la DIAN de Cartagena, profirió la Resolución No. 000360 de la misma fecha, mediante la cual confirmó la Resolución No. 001968 de noviembre 30 de 2007, y así ratificó la sanción a la demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La sociedad demandante considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas:

- El Artículo 29 de la Constitución Política.
- Los Artículos 121 y 482 numeral 2.1 del Decreto 2685 de 1999. Por Indebida Interpretación
- El Artículo 187 del C.P.C., todos por falta de aplicación.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Afirma la demandante, que SIA SUDECO DE COLOMBIA, sí tenía al momento de la presentación y aceptación de las declaraciones de importación la factura comercial No. 2452 del 21 de abril de 05, conforme a lo dispuesto en el Artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, con el cumplimiento de todos los requisitos legales establecidos en el numeral 7 del Artículo 188 de la Resolución 4240 de 2000, entre ellos el INCOTERM, "FOB" y el lugar convenido para la entrega "Capital Panamá" demostrable lo anterior con el hecho según el cual en diligencia de inspección previa al levante fueron aceptadas las facturas por el inspector de la DIAN, las mismas que llegaron luego al archivo, y encontraron conformidad entre lo declarado y lo contenido en los documentos soportes, otorgando de esta manera al importador la disposición de las mercancías.

Estima que hay violación al principio de legalidad del Artículo 29 de la C.N. y del Artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, porque la DIAN sancionó a la demandante mediante los actos censurados, con el único argumento que en los archivos del importador fueron encontradas copias de las facturas comerciales sin el cumplimiento de los requisitos legales y que por esta razón la SIA debía ser sancionada, a pesar de que los documentos encontrados y aceptados en sus archivos sí tenían el término INCOTERM, cuya ausencia en las copias del importador motiva esta sanción.

El proceso en vía gubernativa se inició por que la DIAN realizó una inspección en las instalaciones del importador y encontró una supuesta irregularidad en la copia de una factura, aparentemente la misma que soportó las declaraciones y en donde se observa la ausencia en los términos de negociación internacional "INCOTERM", inconsistencias que según los funcionarios de la DIAN es imputable administrativamente al demandante, haciéndose acreedor a la sanción prevista en el Numeral 2.1 del Art. 482 del Decreto 2685 de 1999, conductas que solo pueden generarse en los documentos que reposan en sus archivos, es decir, la DIAN hace extensiva la hipótesis a los archivos del importador.

Considera con este proceder, que la DIAN desconoce que quien se encuentra obligado, conforme al Artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, a conservar en sus

archivos los originales de los documentos soportes de las operaciones de comercio exterior por un término de cinco (5) años y en debida forma, es el declarante, en este caso SIA SUDECO DE COLOMBIA y, olvidó además, que el Artículo 482 Numeral 2.1 del Decreto 2685 de 1999, establece la sanción cuando el declarante no tiene los documentos soportes con el cumplimiento de los requisitos legales en sus archivos, no cuando estos no son conservados por el importador, quien no tiene obligación de conservar una copia, hecho que a todas luces es violatorio del principio de legalidad y del Artículo 476 del Estatuto Aduanero que prohíbe la aplicación analógica de sanciones.

Por otro lado argumenta el demandante, que la DIAN omitió el principio según el cual sus actuaciones deben estar precedidas de un relevante espíritu de justicia y que el Estado no aspira a que al usuario se le exija más que aquello que la misma ley pretende puesto que le exigió a la SIA que controle la negociación entre el proveedor en el exterior y el importador, a fin de evitar que se presenten inconsistencias en las facturas comerciales.

Igualmente manifiesta que hubo violación 471 del Decreto 2685 de 1999 y del Artículo 29 de la Constitución Nacional, ambas referentes a materia probatoria, lo sustenta en que al momento de tomar la decisión de sancionar no se tuvo en cuenta la copia auténtica de la factura que reposa en los archivos de la SIA, ni la factura emitida por el proveedor donde consta que la factura aportada por aquellos, obedece a la factura por ellos emitida.

Además alega el demandante que la DIAN pasa por alto que el inspector comisionado por ellos para otorgar levante, encontró conforme los documentos soportes que tuvo a la vista y otorgó en su momento levante aduanero. La copia de la factura que reposa en los archivos del importador no es documento soporte según el Artículo 121 del decreto en cita.

Argumenta el demandante que en la Resolución 000360 de febrero 26 de 2008 realiza la DIAN un despliegue esquemático en un esfuerzo por explicar las diferencias entre la factura aportada por SIA SUDECO DE COLOMBIA y la factura encontrada por el importador, para concluir que la factura que acepta es la del importador, siendo que el único que tiene la obligación de conservar la factura original de la operación de comercio exterior es la SIA. De la misma

manera, manifiesta que la DIAN dedica sendas copias a explicar los conceptos 044 de 2001 y 123 de noviembre 6 de 2002, los que señalan la necesidad de indicar el lugar convenido para la entrega de la mercancía, hecho que siempre ha constado en la factura comercial No. 2452 del 21 de abril de 2005, soporte de la operación que reposa en los archivos de la SIA, cumpliendo con los requisitos señalados en la normatividad aduanera, y aunque no concuerda con la copia de la factura encontrada en los archivos del importador si guarda absoluta coherencia con la factura expedida por el proveedor en el exterior.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN, se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando:

Que lo realmente sancionado fue la falta de requisitos legales presentados por la Factura Comercial que amparaban las operaciones de comercio exterior revisadas de manera posterior, por no indicar expresamente el lugar de entrega de la mercancía que han convenido el comprador y el vendedor, como lo exige el Art. 188 de la Resolución 4240 de 2000 que indica los requisitos legales que debe cumplir la factura comercial en su numeral 7 cuando señala " *Condiciones de entrega de la mercancía, de conformidad con los Términos Comerciales Internacionales "INCOTERMS", establecidos por la Cámara de Comercio Internacional. (...)*

"Al realizar un análisis de tipo ocular a la factura aludida y objeto de la investigación, obtenemos que evidentemente existe una dificultad para determinar el lugar de entrega de la mercancía vendida por la compañía Panameña DE LA ROSA COLECCIÓN HOGAR S.A. a la sociedad HOME MART S.A. (...) toda vez que los documentos soportes tales como las Declaraciones Andinas de Valor y el documento de transporte No. AMC10001144, se puede inferir que el lugar pactado por las partes para la entrega de la misma es la ciudad de COLON-PUERTO INTERNACIONAL DE MANZANILLO (Panamá), lugar este que no aparece de ningún modo contenido en la citada factura, tipificándose sin discusión en cabeza de la sociedad declarante la conducta descrita en el numeral 2.1 del artículo 482 del decreto 2685 de 1999, constitutiva de una infracción aduanera, merecedora de una sanción administrativa, y que se verifica cuando los documentos soportes de

una declaración de importación no reúnan los requisitos legales, que para este caso se debe entender que la factura comercial soporte, no contiene las condiciones de entrega de la mercancía, de conformidad con los términos comerciales internacionales INCOTERMS, establecidos por la Cámara de Comercio internacional, requisitos expresamente exigidos por el Artículo 188 de la Resolución 4240 de 2000 en su numeral 7.

De igual modo, de acuerdo al concepto 065 de 2001, es indispensable que el lugar de entrega de la mercancía establecidos en la factura comercial coincida con la consignación en la Declaración Andina de Valor, por lo cual no es factible aceptar como lugar de entrega la ciudad de Panamá, como lo exige insistentemente el recurrente, cuando la declaración andina de valor y el documento de transporte confirman como lugar de entrega de la mercancía la ciudad COLON, lo que para la administración implica una falta de indicación del lugar de entrega de la mercancía, requisito legal exigido por la normas aduaneras para toda factura comercial.

Por otra parte, no solo la normatividad, sino también la lógica indica que los documentos que amparen una misma operación aduanera, deben coincidir y son tan válidos los que se encuentren tanto en el archivo del importador, como en el del declarante, aun mas si la copia portada se encuentra debidamente autenticada, vale decir, haciendo las veces de documento original.

VIOLACIÓN PRINCIPIO DE JUSTICIA, VIOLACIÓN ARTÍCULO 471 DEL DECRETO 2685 DE 1999 Y VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO, ARTÍCULO 29 CONSTITUCIÓN NACIONAL POR FALTA DE APLICACIÓN

VIOLACIÓN CONCEPTOS 044 DE 2001 ,CONCEPTO 123 DE NOVIEMBRE 06 DE 2002 POR INDEBIDA APLICACIÓN

VIOLACIÓN AL CONCEPTO 074 NOVIEMBRE 23 DE 2002 POR FALTA DE APLICACIÓN

“La administración no le ha exigido a los responsables de la obligación aduanera, más de lo que la misma ley ha previsto como sus obligaciones. Y esto tiene

asidero cuando la conducta desplegada encaja perfectamente en el tipo sancionatorio impuesto. (...)

Se puede observar en el expediente que siempre se le garantizó al querellante los derechos y principios que hoy aduce han sido vulnerados por la encartada, pues si bien es cierto que la factura comercial a partir la cual se inició la investigación y que fuera objeto de análisis, no fue obtenida de los archivos de los archivos del declarante, de ninguna manera puede desestimarse probatoriamente, ni considerarse nula de pleno derecho por haber sido obtenida con violación al debido proceso, pues se presume que los documentos que conservan en sus archivos tanto el importador, el declarante y la administración en virtud de una misma operación aduanera deben coincidir, lo que no ocurre en el caso en estudio, en donde se observa que la factura suministrada por el importador no contiene en su texto el término de negociación ni el lugar de entrega de la mercancía, a diferencia de la aportada tiempo después por el declarante que si los expresa, y que según el recurrente fue la que efectivamente se presentó junto con la Declaración de Importación. Al respecto, insistimos que las facturas deben coincidir y las inconsistencias presentadas entre una y otra permiten concluir a la administración que la factura fue presentada sin el lleno de los requisitos legales, y que no basta con la certificación emitida posteriormente por parte del importador precisando los términos o condiciones de entrega de la mercancía para inhibir las consecuencias jurídicas de la infracción ya cometida con la omisión.”

La Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales, en virtud de la facultad que la ley le ha otorgado ejercer un control posterior dirigido a verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, cuenta con amplias facultades de fiscalización e investigación que le permiten construir un acervo probatorio tendiente a demostrar el incumplimiento de una cualquiera de estas normas, y para ellos podrá verificar la exactitud de la declaraciones, documentos soportes y demás informes que se encuentren en los archivos de los participantes en el proceso de importación, sin desestimar de ninguna manera aquellas pruebas que el interesado proponga para desvirtuar las infracciones que se pretenden imputar. Es así como, para la expedición del acto

administrativo deben analizarse todas las razones de hechos y de derecho que tenga la administración para sancionar, y las razones de hecho y de derecho que argumentadas por el encartado en su defensa, pues ante todo debe prevalecer el principio constitucional de la legalidad. Situación está, que no ha sido diferente en el caso que nos ocupa, pues el cumplimiento de cada uno de estos postulados, se puede observar en el expediente.

Dicho lo anterior, no es camisa de fuerza so pretexto de garantizar el cumplimiento del Artículo 121 del estatuto aduanero, tener como plena prueba la información obtenida en los archivos del declarante, cuando dicha información le ha sido suministrada única y exclusivamente por el importador, resultando errado cualquier argumento tendiente a desestimar probatoriamente un documento suministrado por este último. Es así como al ser analizado el acervo probatorio en su integridad se observa una divergencia, la cual no puede ser aceptada por la administración y que además se adecua perfectamente en el tipo sancionatorio impuesto.

Ahora, en relación al concepto 074 de noviembre 23 de 2002, la administración no tiene más que decir que no es claro su planteamiento, pues en el cargo se menciona un concepto muy diferente al que se desarrolla en el mismo, que si bien se tienen la misma nomenclatura, no es menos cierto que estas no corresponden a la misma anualidad, obsérvese como el establecer el cargo se enuncia el concepto 074 del 23 noviembre de 2002, y en su desarrollo se menciona el 074 del 23 de noviembre de 2004, en todo caso suponiendo, que esta incongruencia fue un error en el que incurrió la parte demandante, no comparte la administración este planteamiento, toda vez que no fue discutido en vía gubernativa, y no se le dio la oportunidad de manifestarse.”

Finalmente propone las siguientes excepciones.

-INEPTITUD DEMANDA-EN LA DEMANDA SE ESTAN ALEGANDO HECHOS NUEVOS NO DISCUTIDOS EN VIA GUBERNATIVA.

En el presente caso el demandante está presentando y alegando un hecho nuevo que no fue alegado en vía gubernativa, como lo es: VIOLACIÓN AL CONCEPTO 074 NOVIEMBRE DE 2002 POR FALTA DE APLICACIÓN.

Estos argumentos no los comparte la administración y sobre la cual no tuvo oportunidad de manifestarse en vía gubernativa.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y solicito que no es acceda a las mismas por improcedente.

Solicita se de aplicación al Artículo 177 del Código Contencioso.

ASEGURADORA DE FIANZA S.A. CONFIANZA

Se adhiere a todos los hechos, declaraciones y condenas, así como los fundamentos de derecho, análisis jurídico y/o, concepto de la violación y disposiciones relacionadas como violadas en la demanda principal.

Concluye, que se declare que CONFIANZA S.A., no adeuda suma alguna a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por concepto de afectación de la póliza de seguros de cumplimiento de disposiciones legales No. 02DL000855, derivada de los actos administrativos a declarar nulos, Resoluciones Nos 001988 de noviembre 30 de 2007 proferida por la División de Liquidación, y la No. 000360 de febrero 26 de 2008, que resolvió el recurso de reconsideración, actos administrativos proferidos por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena.

3. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias D. T. y C., mediante sentencia del 24 de junio de 2010, concedió a las pretensiones de la demanda, al concluir que la DIAN violó el principio de legalidad cuando aplicó sanción aduanera a la SIA SUDECO, declarante aduanero, tomando como base el Artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, ya que le dieron aplicación extensiva a una situación que la norma en cuestión no establece.

Sostiene que el Artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, señala de forma clara que es el declarante quien está obligado a obtener antes de la presentación y aceptación de la Declaración y a conservar por un período de cinco (5) años contados a partir de la fecha, el original de los siguientes documentos que deberá poner a disposición de la autoridad aduanera, cuando esta así lo requiera.

Argumenta que el caso bajo estudio, el documento que sirvió de prueba para iniciar la investigación aduanera y concluyó en sanción aduanera, fue la factura cambiaria No. 2452 del 21 de abril de 2004.

Afirma que del acervo probatorio obrante en el proceso y de la manifestación realizada por la DIAN, se puede concluir que la factura si indica los términos de negociación, el cual es FOB7CIUDAD DE PANAMÀ, el hecho de que esta no coincida con el lugar consignado en el respectivo documento de transporte y declaración andina de valor, no conlleva a la imposición de la sanción con base en el Artículo 482 numeral 2.1 del Decreto 2685 de 1999 ya que ésta establece que se impondrá sanción grave al declarante al no tener al momento de la presentación y aceptación de la declaración de importación, o respecto de las declaraciones anticipadas al momento de la inspección física o documental o al momento de la determinación de levante automático de la mercancía los documentos soporte requeridos en el Artículo 121 de este Decreto para su despacho, o que los documentos no reúnan los requisitos legales, o no se encuentren vigentes.

Alega, que en ninguno de los supuestos anteriores encaja la conducta realizada por la SIA SUDECO, ya que ésta contaba con los documentos soportes, tanto que le fue otorgado al respectivo levante, y como quedó sentado por la DIAN los documentos llenaban los requisitos exigidos, entre ellos la factura, que manifiesta que el término de negociación es FOB y el lugar de entrega CIUDAD DE PANAMÀ. Cumpliéndose por tanto lo exigido en el Artículo 188 de la Resolución aduanera 4240 de 2000.

En virtud de lo anterior, el Juez de Primera instancia, expresa que la DIAN en resolución en comento y en la que resuelve el recurso de reconsideración planteado por el recurrente, hizo aplicación extensiva de una norma, debido a que la factura si contenía los términos de negociación, pues la situación señalada por la DIAN (concordancia en los términos de negociación entre todos los documentos de la

declaración), no está prevista en el numeral 2.1, del Artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, lo cual viola el Artículo 47, que prohíbe esta conducta por parte del ente sancionador.

Continúa argumentando, que no es de recibo la tesis de la DIAN al asegurar que los documentos se presumen deben coincidir, ya que la norma es clara cuando indica que los documentos sobre la base de los cuales se impondrá la sanción son los que tenga el declarante en su poder.

Además la investigación aduanera no puede iniciarse y luego continuarse con base en documentos que no reposan en el archivo del declarante, porque se estaría violando el principio de legalidad, el debido proceso y contrariando el Artículo 482 numeral 2.1 y el Artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, ya que se estaría sancionando a un operador aduanero con base en documentos que no reposan en sus archivos sino en lo de otro sujeto de la operación aduanera.

Por otro lado, expresa que la violación al principio de justicia, por falta de aplicación del Artículo 471 del Decreto 2685 de 1999 y el Artículo 29 C.N., fue tratado en el análisis de las normas violadas en el acápite anterior, concluyéndose que la DIAN si violó estos artículos ya que tomó como prueba para iniciar investigación aduanera, la factura cambiaria 2452 que se encontraba en los archivos del importador, no siendo para el juzgado de recibo la tesis de que las facturas que reposaban en los archivos de la DIAN, el importador y el declarante debían coincidir por derivarse de la misma operación aduanera. Argumento que no fue de recibo por que la normatividad aduanera exige que la imposición de la sanción se derive de los documentos que reposan en poder del declarante, como está estipulado en el Artículo 482 numeral 2.1 y el Artículo 121 del Decreto 2685 de 1999.

Sustenta, que con respecto de violación del concepto 044 de 2001 por indebida aplicación encuentra el Despacho que tal concepto fue utilizado como argumento para imponer la sanción en comento a la SIA SUDECO.

Así mismo, alega que del acervo probatorio en el presente expediente (folios 84,98,211), y de la mención hecha por la DIAN que el lugar convenido para la entrega en la factura no coincide con el indicado en la declaración andina y en

documento de transporte respectivo, se puede concluir que el concepto en cuestión no menciona la situación concreta de que trata este expediente, sino otras donde el lugar convenido para la entrega no aparezca en la factura, dándole indebida aplicación al concepto, ya que éste prevé que la no mención del lugar de entrega en la factura acarrea sanción, más no hace mención en ningún momento a que haya lugar a tal sanción cuando el lugar indicado en un documento de la declaración de importación no coincida con el lugar indicado para la entrega en otro documento de la declaración de importación. Tomando como tesis de la DIAN improcedente, debido a la aplicación de un concepto que no encaja en la situación fáctica que sirve de base para la sanción.

En virtud de lo anterior, el juez de primera instancia concluye que la factura comercial soporte de la declaración de importación si cumplía con los requisitos señalados en el Artículo 188 de la Resolución 4240 de 2000, llegando por tanto a la conclusión que resultan nulas las resoluciones 1988 del 30 de noviembre de 2007 por medio de la cual se impone una sanción a la sociedad de intermediación aduanera SIA SUDECO S.A. y la Resolución 00360 del 26 de febrero de 2008, por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración por SIA SUDECO DE COLOMBIA SA.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación contra la sentencia de fecha 24 de junio de 2010, dictada por el Juzgado Segundo Administrativo de este Circuito judicial, esgrimiendo bajo los siguientes argumentos:

Considera la entidad demandada que se daban los elementos para imponer la sanción contemplada en el numeral 2.1. del Artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Artículo 38 del Decreto 1232 de 2011 y modificado por el Artículo 26 del Decreto 2557 del 6 de Julio de 2007, a la Sociedad de intermediación Aduanera **SUDECO DE COLOMBIA LTDA.**, por considerar que la Factura No. 2452 del 21 de Abril 2004, no reúne los requisitos legales al no señalar expresamente el lugar de entrega de la mercancía que han convenido el comprador y el vendedor, como lo exige el Artículo 188 de la Resolución 4240 de 2000 que señala los requisitos leales que debe cumplir la factura comercial en su numeral 7.

Continúa alegando, que el lugar pactado por las partes para la entrega de la misma, se infiere de los documentos (Declaraciones Andinas de Valor y el Documento de Transporte No. AMC10001144), que el lugar de entrega de la misma es la ciudad de COLON-PUERTO INTERNACIONAL DE MANZANILLO (Panamá), lugar este que no aparece de ningún modo contenido en la citada factura, tipificándose sin discusión en cabeza de la sociedad declarante la conducta descrita en el numeral 2.1. del Artículo 482 del Decreto 2685 de 1.999., constitutiva de una infracción aduanera, merecedora de una sanción administrativa.

Por otro lado, sostiene que el a quo considera que la factura 2452 del 21 de Abril de 2004 sí indica los términos de negociación, el cual es FOB/CIUDAD DE PANAMA, y hecho de que esta no coincida el lugar, no conlleva a la imposición de la sanción prevista en el Art. 482 numeral 2.1 Decreto 2685/99, ya que ésta si contaba con los documentos soportes, tanto que le fue otorgado el respectivo levante; en el artículo en mención no está prevista la situación señalada por la DIAN (concordancia en los términos de negociación entre todos los documentos de la declaración).

Así mismo, afirma la entidad demandada que no está de acuerdo con el planteamiento del a quo, pues la conducta sancionada por la DIAN no consistió en *“no tener al momento de la presentación y aceptación de la declaración de importación (..) los documentos soportes” (...)* pues lo realmente sancionado fue la *falta de requisitos legales presentados por las Facturas Comerciales que amparaban las operaciones de comercio exterior revisadas de manera posterior, no está en discusión si esos documentos fueron o no obtenidos previamente a la presentación de la declaración de importación sino los requisitos legales de las facturas utilizadas para la importación referida, situación prevista en la parte final de la norma en mención.*

Respecto a los conceptos 065 de 2001 y 123 de fecha 6 de noviembre de 2002, emitido este último por la Oficina Jurídica de la DIAN, se sostiene que es indispensable que el lugar de entrega de la mercancía coincida con el consignado en la Declaración Andina de Valor, por lo que no es factible aceptar como lugar de entrega la ciudad de PANAMÁ, como lo indicó el a quo, siendo que la carta andina de valor y el documento de transporte confirman como lugar de entrega de la mercancía la ciudad de Colón, indicando para la administración una falta de indicación del lugar

de entrega de la mercancía, requisito legal exigido por las normas aduaneras para toda factura comercial.

De igual manera, se infiere del concepto 123 que el lugar convenido para la entrega de la mercancía debe encontrarse claramente definido, ya que permite determinar a la autoridad aduanera si el término de negociación expresado por las partes en los documentos respectivos, corresponde al que efectivamente se verificó en la realidad fáctica de la negociación comercial.

Concluye que en el presente caso, tanto la factura comercial que aparece en el investigativo aduanero, como la aportada por el declarante, son exactamente iguales y ambos carecen de lugar de entrega de la mercancía objeto de la compraventa celebrada por las partes, es decir, sin el lleno de los requisitos legales, y la finalidad de la administración de impuestos y Aduanas Nacionales, es proteger el principio de seguridad jurídica en las relaciones entre la administración y los usuarios del servicio.

5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

El 25 de noviembre de 2011 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 24 de junio de 2010 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena (fl. 403).

Con auto del 27 de enero de 2012 este Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 405).

Alegatos del Demandante

Considera el apoderado de la parte actora, que la DIAN en su régimen sancionatorio administrativo basa los elementos fundamentales en lo siguiente:

- a) Entidad hacendaría cuyo objetivo principal es el recaudo.
- b) Decisiones centralizadas mediante conceptos obligatorios y comités aduaneros al interior de la Administración.
- c) Poder Público concentrado en la DIAN, Legislador, Ejecutor y Juez.
- d) Régimen sancionatorio formal y prolífico.

Como consecuencia de lo anterior, expresa que *“quienes diseñan las normas aduaneras, son funcionarios de la DIAN del nivel central, quienes se aventuran en la tarea legislativa sin ninguna motivación que justifique científicamente sus decisiones, prueba de ello es que no existen actas de discusión, no existe un documento que siquiera esboce las razones de protección pública que pretende la norma, no existe concentración de fondo con los destinatarios de la legislación, tampoco estudios criminológicos, sociológicos ect., que aseguren un régimen serio y eficiente. (...) Nótese que la DIAN crea la obligación, impone una sanción en caso de incumplimiento, dejando expuesto como en este caso, la posibilidad segura de su incumplimiento.*

Concluye que se ratifica en las normas violadas y el concepto de violación esbozado en el líbelo de la demanda.

Alegatos del Demandado

Ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda.

Intervención del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA.

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia adiada el 24 de junio de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que la resolución que agotó la vía gubernativa, fue expedida el 26 de febrero de 2008, notificada el día 03 de marzo de 2008 y la demanda fue presentada el día 23 de junio de 2008, es decir, antes del vencimiento de los cuatro meses que exige la Ley para tal efecto en este tipo de acciones.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ACUSADOS

- **Resolución N° 001988 del 30 de noviembre de 2007**, por medio de la cual se impuso una sanción a la Sociedad de Intermediación Aduanera SUDECO DE COLOMBIA LTDA SIA, proferida por la Jefe de División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

- **Resolución No. 000360 del 26 de febrero de 2008**, proferida por la División Jurídica de la Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración y se confirmó la Resolución N° 001988 del 30 de noviembre de 2007.

PROBLEMA JURÍDICO:

1. ¿Es procedente que la DIAN imponga una sanción al declarante por concluir que la factura no contiene los requisitos legales con base en la documentación encontrada en los archivos del importador y no en los de la SIA declarante?.

2. ¿Vulnera el principio de legalidad, el hecho de que se aplique una sanción al declarante por no contener la factura el lugar de la entrega de la mercancía, cuando realmente lo que existe es una inconsistencia entre lo consignado en la factura y los demás documentos soportes de la transacción en cuanto a este aspecto?

MARCO NORMATIVO

Atendiendo a las razones de ilegalidad denunciadas en la demanda y los argumentos de la oposición, procede el siguiente análisis:

- **INCOTERMS**

Los Incoterms son un conjunto de reglas internacionales, regidos por la Cámara de Comercio Internacional, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional.

Los Incoterms determinan:

- ✓ El alcance del precio.
 - ✓ En qué momento y dónde se produce la transferencia de riesgos sobre la mercadería del vendedor hacia el comprador.
 - ✓ **El lugar de entrega de la mercadería.**
 - ✓ Quién contrata y paga el transporte
 - ✓ Quién contrata y paga el seguro
 - ✓ Qué documentos tramita cada parte y su costo.
- Decreto 2685 de 1999 -Estatuto Aduanero:

*"ART. 121.- Documentos soporte de la declaración de importación. Para efectos aduaneros, **el declarante** está obligado a obtener antes de la presentación y aceptación de la declaración y a conservar por un periodo de cinco (5) años contados a partir de dicha fecha, el original de los siguientes documentos que deberá poner a disposición de la autoridad aduanera, cuando ésta así o requiera:*

- a) Registro o licencia de importación que ampare la mercancía, cuando a ello hubiere lugar;*
- b) Factura comercial, cuando hubiere lugar a ella;***
- c) Documento de transporte;*
- d) Certificado de origen, cuando se requiera para la aplicación de disposiciones especiales;*
- e) Certificado de sanidad y aquellos otros documentos exigidos por normas especiales, cuando hubiere lugar;*
- f) Lista de empaque, cuando hubiere lugar a ella;*
- g) Mandato, cuando no exista endoso aduanero y la Declaración de Importación se presente a través de una Sociedad de Intermediación Aduanera o apoderado y,*
- h) Declaración Andina del Valor y los documentos soporte cuando a ello hubiere lugar.*
- i) <Literal adicionado por el artículo 1 del Decreto 4431 de 2004. Declaración de exportación o el documento que acredite la operación de exportación ante la autoridad aduanera del país de procedencia de la mercancía, en los eventos en que la Dirección de Impuestos y Aduanas así lo exija*

j. <Literal adicionado por el artículo 5 del Decreto 2174 de 2007. Las autorizaciones previas establecidas por la Dian para la importación de determinadas mercancías.

k <Literal adicionado por el artículo 4 del Decreto 2942 de 2007. Documento de constitución del Consorcio o Unión Temporal cuando los documentos de transporte y demás documentos soporte de la operación de comercio exterior se consignen, endosen o expidan, según corresponda, a nombre de un Consorcio o de una Unión Temporal.

PARAGRAFO. En el original de cada uno de los documentos soporte que deben conservarse de conformidad con el presente artículo, el declarante deberá consignar el número y fecha de la presentación y aceptación de la Declaración de Importación a la cual corresponden.

Cuando las mercancías amparadas en un registro o licencia de importación, certificado de origen, documento de transporte, factura comercial, sean objeto de despachos parciales, el declarante deberá dejar constancia de cada una de las declaraciones presentadas al dorso del original o copia del documento correspondiente, indicando el número de aceptación de la Declaración de Importación, la fecha y la cantidad declarada.” (subrayas y negritas fuera de texto)

- La Resolución No. 4240 de 2000 expedida por la Directora General de Impuestos y Aduanas Nacionales, regula las condiciones contenidas en la factura comercial, y al respecto establece:

“Artículo 188°. Requisitos de la factura comercial. La factura comercial a que se refiere el literal b) del artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, debe ser un documento original expedido por el vendedor o proveedor de la mercancía, no debe presentar borrones, enmendaduras o adulteraciones.

De conformidad con “las reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios” contenida en la Publicación 500 de la Cámara de Comercio Internacional, la factura comercial que debe presentar el importador de una mercancía contendrá como mínimo los siguientes datos:

- 1. Fecha de expedición.*
- 2. Nombre y dirección del vendedor.*
- 3. Nombre del comprador.*
- 4. Descripción de la mercancía.*
- 5. Cantidad y precio a pagar por la mercancía objeto de negociación.*

6. Moneda de la negociación. Indicar, por ejemplo, si se trata de Dólares de los Estados Unidos, liras italianas o yenes.

7. Condiciones de entrega de la mercancía, de conformidad con los Términos Comerciales Internacionales "INCOTERMS", establecidos por la Cámara de Comercio Internacional.

Las facturas electrónicas deben cumplir, además, con la certificación de la firma electrónica.

De faltar alguno de los requisitos indicados, la autoridad aduanera procederá según lo establecido en el numeral 2 del artículo 172 de esta Resolución."

Concepto N. 074 del 23 de noviembre de 2004: No es procedente aplicar sanción por error en la factura comercial cuando en el proceso de control posterior o en la actuación administrativa iniciada con ocasión del mismo, se acredita certificación de quien expide el documento aclarando las inexactitudes u omisiones.

Ahora bien, cuando los conceptos de la DIAN interpretan las normas aduaneras dichas interpretaciones tienen un carácter autorregulador de la actividad administrativa, y producen efectos frente a los administrados. Su naturaleza es la de actos administrativos de reglamentación en el último nivel de ejecución de la ley, sujetos a control de legalidad por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Por esa razón, cuando la Administración ejerce la facultad interpretativa debe adecuarse a la finalidad de la norma interpretada, sin limitarla o excederla, pues por la vía de un concepto, que tiene carácter administrativo, no es dable regular obligaciones sustanciales o formales que lleven al desconocimiento de los derechos que la ley consagra a favor de los administrados, por ser tal regulación de competencia exclusiva del legislador, como titular de la facultad impositiva. Así que cualquier interpretación a la normatividad debe conducir a la aplicación del derecho previsto por el legislador.

CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, la sociedad demandante afirma que la SIA no debe responder por las inconsistencias entre la copia de la factura encontrada en los archivos del importador y la aportada por la SIA en el proceso, porque no se tipifica como infracción, pues la SIA no puede responder por los documentos que otros guarden sino por los que les han sido entregados para soportar las operaciones de comercio exterior, los cuales fueron entregadas por el importador con el requisito del INCOTERM previa observación de la SIA y previa presentación de las declaraciones de importación.

La DIAN, disiente de lo planteado por la *a quo*, argumentando que existe disparidad con respecto a los términos INCOTERMS de negociación, pues una cosa dice la factura del proveedor y el importador y otras las que reposan en poder del declarante, por lo tanto era procedente la sanción de la SIA.

Por su parte la juez de primera instancia, sostuvo que la factura 2452 de 2005 si hace mención al lugar convenido por las partes para la entrega de la mercancía cuando dice "SET DESPACHO/CIUDAD DE PANAMÁ, y contiene los términos INCOTERMS de negociación cuando dice TOTAL F.O.B. \$2.345,15. Lo cual hace improcedente este argumento porque la mención en la factura es clara, y la DIAN en ninguna de sus actuaciones comprobó o demostró que el término de negociación INCOTERMS o el lugar convenido para la entrega no correspondía a la realidad fáctica.

Ahora bien, obra en el plenario a folio 84, copia de la factura comercial No. 2452/05, aportada en la demanda y que hace parte del expediente administrativo llevado en vía gubernativa, de las cuales se observa que en dicha factura se encuentran consignados los términos de negociación bajo la expresión FOB y, a folio 98 y 211 militan las mismas facturas 2452/05, sin la constancia del INCOTERMS y con la firma del proveedor De la Rosa Colección Hogar S.A., la cual no tiene las condiciones de negociación.

Así mismo, a folio 80 se aprecia la certificación remitida por el importador HOME MART, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-Barranquilla, la cual dice: *“por medio del presente estamos certificando que las siguientes futuras (sic) de compras en el exterior se encuentran con los términos ICONTERMS: FOB Manzanillo requeridos por las normas legales y estas fueron entregadas a SIA SUDECO compañía que en 2005 se encargaba de legalizar la mercancía importada HOME MART. Siendo las facturas y proveedores los siguientes: (...) DE LA ROSA 2452 FOB de fecha 21/04/2005.”*

De igual manera, se tiene la certificación expedida por la sociedad DE LA ROSA Colección Hogar S.A.¹, en donde dejan claras las condiciones de la negociación amparada con la factura No. 2452 del 21 de abril de 2005, que fueron FOB Panamá, quedando por tanto desvirtuado que la factura comercial no contuviera los términos de negociación INCOTERMS y el lugar de despacho, cumpliendo lo exigido en el Art. 188 numeral 7 de la Resolución 4240 de 2000.

Frente a lo anterior, la Sala considera que efectivamente, el importador explica las razones de la omisión de los términos de negociación en su copia de la factura No. 2452/05, y aclara que la factura que contenía los términos INCOTERMS y las condiciones de la negociación se le entregó a la sociedad declarante que se encargó en ese entonces de legalizar la mercancía, a quien en últimas le correspondía conservar los documentos soporte de la transacción durante el término que estipula la ley, precisamente para atender los requerimientos que en ejercicio del control posterior, realiza la autoridad aduanera.

El H. Consejo de Estado, frente al tema de la responsabilidad de las Sociedades de Intermediación Aduanera (SIA)² ha establecido:

“SANCIONES Y MULTAS ADUANERAS

¹ Ver folio 210-211-212

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de fecha 27 de Septiembre de 2007 Radicado: 15557, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

*Ahora bien, los tributos aduaneros conforme a las definiciones del artículo 1 del Decreto 2685 de 1999 comprenden los derechos de aduana y el impuesto sobre las ventas. Y derechos de aduana son todos los derechos, impuestos, contribuciones, tasas y gravámenes de cualquier clase, los derechos antidumping o compensatorios y todo pago que se fije o se exija, directa o indirectamente por la importación de mercancías al territorio aduanero nacional o en relación con dicha importación, lo mismo que toda clase de derechos de timbre o gravámenes que se exijan o se tasen respecto a los documentos requeridos para la importación o, que en cualquier otra forma, tuvieren relación con la misma. Dentro de esa definición no se encuentran el impuesto sobre las ventas, ni los impuestos al consumo causados con la importación, las sanciones, las multas y los recargos al precio de los servicios prestados. La intermediación aduanera es una actividad fundamental y decisiva en materia de operaciones de comercio exterior, por lo que su responsabilidad y obligaciones deben estar acorde con esa importante labor. Cuando se trata de importaciones, si bien la obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, **así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes (artículo 87 Decreto 2685 de 1999).**” (subrayas fuera de texto)*

Así las cosas y teniendo en cuenta que la regla general es que los declarantes en las importaciones y exportaciones son las sociedades de intermediación aduanera, son éstas quienes deben conservar las facturas originales de la operación de comercio exterior, por lo tanto la DIAN al momento de tomar la decisión de sancionar a la SIA, debió hacerlo con base en la copia auténtica u original que reposa en los archivos de la actora, y no con la información que tenía la importadora en sus archivos, más aún cuando debió tener en cuenta la comunicación emitida por el importador en la actuación administrativa, en el cual aclara las inconsistencias

encontradas en los formatos de operaciones de importación y la factura, siendo esta entregada oportunamente antes de la presentación de las declaraciones de importación.

Así mismo, observa la Sala que en el concepto No. 074 del 23 de noviembre de 2004, emitido por la DIAN, el cual es obligatorio para sus funcionarios, desconoció dentro del proceso administrativo sancionatorio, que no es procedente la sanción cuando sean aclaradas las supuestas inexactitudes u omisiones mediante certificación por quien expide el documento y además, que dicha certificación no conlleve la reducción de la base gravable, requisitos que se hacen constar notoriamente en la certificación expedida por la sociedad DE LA ROSA Colección Hogar S.A³, vendedor que facturó en el caso bajo estudio. Por ello se tiene que la supuesta omisión del lugar de entrega de la mercancía, se entiende saneada.

En esos términos debe responderse con un no al primer problema jurídico planteado, en el sentido de que no era procedente que la DIAN examinara el cumplimiento de los requisitos de la factura que ampara la negociación, con base en la copia hallada en los archivos del importador, sino que tal examen debía realizarse teniendo en cuenta los documentos que debían conservarse por el declarante, que en este caso, lo fue la SIA SUDECO LTDA.

En cuanto al segundo problema jurídico, el cual se refiere a la vulneración del principio de legalidad, al haber aplicado la DIAN una sanción al declarante por no contener la factura el lugar de entrega de la mercancía, cuando lo que ocurre es que no coincide en el que aparece en dicho documento con el indicado en la declaración andina y el documento de transporte respectivo, conviene recordar que la sanción discutida tuvo su fundamento en el Art .482 del Estatuto Aduanero, cuyo tenor es el siguiente:

“ART. 482. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS DECLARANTES EN EL RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN Y SANCIONES APLICABLES, Art. modificado por el Artículo 38 del Decreto 1232 de 2001, dispuso: Las infracciones aduaneras en que

³ Ver folio 210

pueden incurrir los declarantes del régimen de importación y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes: (...)

2 Graves:

2.1 Numeral modificado por el Artículo 26 del Decreto 2557 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: No tener al momento de la presentación y aceptación de la declaración de importación, o respecto de las declaraciones anticipadas al momento de la inspección física o documental o al momento de la determinación de levante automático de la mercancía, los documentos soportes requeridos en el Art. 121 de este decreto para su despacho, o que los documentos no reúnan los requisitos legales, o no se encuentren vigentes.

La sanción aplicable será de multa equivalente al quince por ciento (15%) del valor FOB de la mercancía.”

De lo expuesto se infiere, que la sociedad de intermediación aduanera demandante, no se hace acreedora de la consecuencia jurídica que esto generaría, cual es, la sanción establecida en el artículo antes citado, toda vez que la factura 2452 de 2005 si hace mención al lugar convenido por las partes para la entrega de la mercancía cuando dice “SET DESPACHO /CIUDAD DE PANAMÁ”, y así mismo, indica el término INCOTERMS de negociación cuando dice TOTAL F.C.B \$2.345,15, lo cual hace improcedente el argumento esbozado por la DIAN.

En efecto, debe recordarse que dentro de los requisitos exigidos a las facturas que soportan la transacción, se encuentran, las condiciones INCOTERMS, término que comprende el lugar de entrega de la mercancía, como elemento que debe estar explícito para su legalidad.

En este orden de ideas, sin mayores elucubraciones se infiere que la factura que soportó la transacción y que aportó la sociedad declarante para legalizar la mercancía, si especificó su lugar de entrega, por lo que no se configura el supuesto de hecho de la norma cuya sanción aplicó la DIAN en el subjuice; como concluyó la juez a quo.

Cosa distinta es que en los otros documentos, tales como la Declaración andina de Valor se consigne un lugar distinto, situación que difiere de la que sirvió de base para castigar al demandante, pues el principio de legalidad sobre el que se erige el sistema punitivo en Colombia, impone la necesidad de que la censura se estructure sobre un supuesto de hecho que ha sido concebido previamente como conducta sancionable por el legislador.

Finalmente reitera la Sala, que la factura comercial soporte de la declaración de importación si cumplía con los requisitos, por lo que al ser improcedente la sanción impuesta en los actos demandados, se impone confirmar el fallo de primera instancia que declaró su nulidad.

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

FALLA

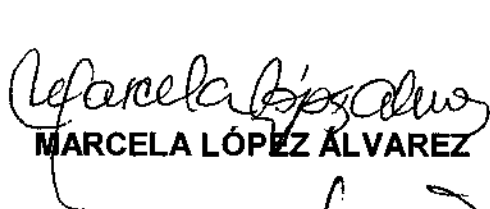
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinticuatro (24) de junio de 2011, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que accedió a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

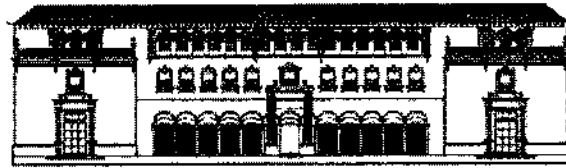
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1294
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPETICION
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
DEMANDADO	: SIMON HERRERA MACIA
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2005-02175-01 13-001-23-31-002-2005-02323-01 ACUMULADOS
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., once (11) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPETICIÓN
Radicación : 13001-23-31-004-2005-02175-01 (Acumulados)
Demandante : DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Demandado : SIMÓN HERRERA MACIA
Tema : Prueba del pago.

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 20 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA- EXPEDIENTE 13001-23-31-002-2005-02323.

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

“PRIMERA: Que se declare responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Dr. Simón Herrera Macia, y se le condene en consecuencia a pagar la proporción de dinero expresado como cuantía de esta demanda, en el monto que corresponde de acuerdo con su grado de participación en la producción del detrimento patrimonial del estado.

“SEGUNDA: Que se declare solidariamente responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena, en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero

expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del Distrito de Cartagena de Indias.

“TERCERO: Que se declare solidariamente responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena, en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del Distrito de Cartagena de Indias.

“CUARTO: Que se ordene al doctor Simón Herrera Macla, el pago de la suma correspondiente a Cinco Millones Doscientos Setenta y Ocho Mil Quinientos pesos (\$ 5.278.500.00), a favor del tesoro Distrital, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 176, 178 y 179 del C. C.A. .

“QUINTO: Que se ordene al Director Financiero y al Director Administrativo Del Consejo Distrital de la época de las conciliaciones por este medio repetidas, el pago de la suma correspondiente a cinco millones Doscientos setenta y ocho mil quinientos pesos (\$ 5.278.500.00), a favor del Tesoro Distrito!, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 176,178, y 179 del C. C.A. (...)”

1.2. HECHOS

Los relata de la siguiente manera:

“1 — Al momento de celebrarse la conciliación prejudicial entre la señora Rosiris Narcisa Banda Redondo, representada por el apoderado judicial, y la doctora Victoria Caballero Restrepo en su calidad de apoderada judicial de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, se encontraba posesionado y ejercicio de sus funciones el doctor Simón Herrera Macla.

“2 - En audiencia celebrada el día 25 de octubre de 2002, en el despacho del procurador 22 Judicial 11 delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, compareció la señora Rosiris Narcisa Banda Redondo, representada por el apoderado Judicial y la Doctora Victoria Caballero Restrepo, en su calidad de apoderada judicial de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, quienes convinieron conciliar las prestaciones en una suma equivalente al 70% de la suma solicitada, es decir la cantidad de \$ 5.278.500oo.

“3 - Mediante auto de fecha 16 de diciembre de 2002, el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar; aprobado el acta conciliatoria de 25 de octubre de 2002, el

cual registra la conciliación celebrada entre la señora Rosiris Narcisa Banda Redondo y la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

“4 — En firme el auto aprobatorio de la conciliación, la señora Rosiris Narcisa Banda Redondo, se dirigió a la Administración Distrito(la cual accedió al pago de la suma acordada mediante desembolso realizado a través de la Fiduprevisora S.A, con comprobante de egreso N°34391 de 16 de febrero de 2004. (...))»

1.3. LA DEFENSA

El demandado contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

La Contraloría Distrital de Cartagena, se vio abocada a varias reestructuraciones dentro del término de la administración que ejerció mi cliente, dichas reestructuraciones se dieron en virtud de la promulgación y puesta en vigencia de la Ley 617 de 2000 la cual en sus artículos 10 Y 11 preceptuaba el rubro que anualmente debían tener las contralorías distritales en proporción a los ingresos corrientes de libre destinación del Distrito, es decir la Contraloría Distrital de Cartagena de un presupuesto en el año 2000 de Seis Mil Millones al año 2001 bajó aproximadamente en un 50%, teniendo como resultado el despido de un gran porcentaje de su planta de personal en virtud del programa de saneamiento financiero y fiscal en que se encontraba inmerso el Distrito de Cartagena y al cumplimiento de los dispuesto en la Ley 716 de 2001 cuya vigencia era hasta el 31 de Diciembre de 2003.

Sostiene que paralelamente con todo lo anterior, es decir, con la necesidad de apretar al máximo el cinturón presupuestal de la Contraloría, minimizando sus gastos de funcionamiento para no sobrepasar los techos fijados por la mencionada ley de ajuste fiscal, mi cliente se vio obligado a enfrentar dos situaciones bien delicadas como fue, la primera, que la entidad sufrió dos reestructuraciones de su planta de personal: una en el mismo año 2001, por su propia iniciativa, y la otra en el año 2002, por iniciativa totalmente ilegal por parte del Concejo Distrital, cuyo acuerdo fue decretado nulo en el año 2004, saliendo de la entidad cien funcionarios aproximadamente, lo cual implicó un mayor gasto presupuestal por el pago oportuno de las consiguientes liquidaciones definitivas dentro del término establecido por la ley, mientras que en relación con la segunda, todavía de mayor envergadura que la primera, estaba constituida por la increíble situación de que las administraciones anteriores a la de mi cliente, con un presupuesto muchísimo mayor, no hacían los aportes de pensión a sus empleados, no cumplían con los aportes por salud, no cancelaban parafiscales, no hacían los aportes para cesantía y, finalmente, no cancelaban los montos correspondientes a las liquidaciones definitivas de los funcionarios que por concepto de anteriores

reestructuraciones, o simplemente por declaratoria de insubsistencia del cargo, estaban en la obligación de hacerlo por mandato legal.

Afirma que la Contraloría Distrital formó parte del Comité Técnico que se constituyó para el seguimiento del proceso de saneamiento fiscal y financiero en ejercicio de su misión, al tiempo que gestionaba lo propio ante el Ministerio de Hacienda, Secretaría de Hacienda Distrital, acreedores y deudores varios, constituyendo, a su interior, dos comités esenciales:

- a) Comité de Conciliaciones
- b) Comité de saneamiento financiero y fiscal.

Así mismo se ocupó de estudiar todos aquellos pasivos que no fueron atendidos en su oportunidad, pasando de una vigencia a la otra y, una vez alcanzaron la condición de vigencias expiradas sin haber conformado las respectivas reservas presupuestales, constituyeron el origen de los mencionados procesos iniciados contra la entidad, pasivos que después de ser revisados de manera exhaustiva en su origen, legalidad y exigibilidad, se incluyeron a su vez en un proceso de conciliación.

Afirma que el Distrito de Cartagena no había transferido los recursos correspondientes al pago de las cesantías del año 2000 los cuales debían ser consignados antes del 15 de Febrero de 2001 (fecha en la que mi cliente fungía como Contralor Distrital), y tampoco se habían consignado lo correspondiente a las cesantías de los trabajadores que laboraban para la Contraloría Distrital durante los años 1996 hasta el año 2000, la administración de mi cliente planteó para el plan de acción del año 2002 el pago de las cesantías que adeudaban a los trabajadores de la Contraloría Distrital y que por la falta de diligencia de los anteriores Contralores Distritales no habían consignado; es así como afectando la vigencia del año 2002 se procedió a liquidar las cesantías del régimen anual izado pendientes de consignar de las vigencias 1997-2001, se programaron en el PAC y se depositaron el 14 de Febrero de 2002 con recursos presupuestales de la vigencia de ese año (2002) mediante resolución No 025 del 13 de Febrero de 2002, mientras se conciliaban con la Alcaldía los saldos de recursos de transferencias de vigencias anteriores y se programaba su cobro y respectivo giro.

Señala que respecto al caso de la señora Rosiris Narcisa Banda Redondo, el Distrito en la demanda allega copia simple del acta de aprobación de la conciliación prejudicial celebrada entre esta y la Contraloría Distrital; en el acápite de antecedentes aparece que se está conciliando la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías de la señora Banda Redondo correspondiente al año 1999 ; nótese que mi cliente no era Contralor Distrital en ese periodo de tiempo, solo mi cliente, en su gestión administrativa y de saneamiento, canceló este pasivo que dejó su antecesor y de los cuales no había reserva presupuestal; esta actuación no es dolosa ni gravemente

culposa, al contrario mi cliente actuó con la mayor diligencia para que esta entidad gubernamental saliera de la crítica situación en la que se encontraba.

Finalmente manifestaron estar en el presente caso ante un ejemplo palmario del principio general de derecho *nema auditor propriam turpitudinem allegans*, el Distrito de Cartagena alega en este caso su propia culpa para sacar provecho de ella; en que sentido? el Distrito hizo caso omiso al seguimiento de la gestión de los Contralores Distritales en el período de tiempo comprendido entre el año 1996 al 2000 donde efectivamente se dieron estas irregularidades y posteriormente trata de endilgar esta omisión en su deber a mi cliente quien fue el que terminó con esta dicha entidad en lo correspondiente a su parte financiera y contable.

2. DEMANDA- EXPEDIENTE 13001-23-31-002-2005-02175

2.1. PRETENSIONES

Textuales:

"PRIMERA: Que se declare responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Dr. Simón Herrera Macía, identificado con la C.C. # (sic), y se le condene en consecuencia a pagar la proporción de dinero expresado como cuantía de esta demanda, en el monto que corresponde de acuerdo con su grado de participación en la producción de/detrimento patrimonial del estado.

"SEGUNDA: Que se declare solidariamente responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena, en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del Distrito de Cartagena de Indias.

"TERCERO: Que se declare solidariamente responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena, en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del Distrito de Cartagena de Indias.

“CUARTO: Que se ordene al doctor Simón Herrera Macia, el pago de la suma correspondiente a nueve millones setecientos veintiún mil seiscientos veinticuatro pesos (\$ 9.721.364.00), a favor del tesoro Distrito!, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 176, 178 y 179 del C.C.A.

“QUINTO: Que se ordene al Director Financiero y al Director Administrativo Del Consejo Distrital de la época de las conciliaciones por este medio repetidas, el pago de la suma correspondiente a cinco millones Doscientos setenta y ocho mil quinientos pesos (\$ 5.278.500.00), a favor del Tesoro Distrital, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 176,178, y 179 del C. CA. (...)”

2.2. HECHOS

Los relata de la siguiente manera:

“1- Al momento de celebrarse la conciliación prejudicial entre la señora Gisela Florián Robles, representada por el apoderado judicial, y la doctora Victoria Caballero Restrepo en su calidad de apoderada judicial de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, el doctor Simón Herrera Macla.

“2- En audiencia celebrada el día 25 de octubre de 2002, en el despacho del procurador 22 Judicial II delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, compareció la señora Gisela Florián Robles, representada por el apoderado Judicial y la Doctora Victoria Caballero Restrepo, en su calidad de apoderada judicial de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, quienes convinieron conciliar las prestaciones en una suma equivalente al 70% de la suma solicitada, es decir la cantidad de \$ 5.278.500oo.

“3- Mediante auto de fecha 16 de diciembre de 2002, el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, aprobado el acta conciliatoria de 25 de octubre de 2002, el cual registra la conciliación celebrada entre la señora Gisela Florián Robles y la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

“4- En firme el auto aprobatorio de la conciliación, la señora, Gisela Florián Robles se dirigió a la Administración Distrital la cual accedió al pago de la suma acordada mediante desembolso realizado a través de la Fiduprevisora S.A, con comprobante de egreso N°34391 de 16 de febrero de 2004. (...)”

2.3. LA DEFENSA

La parte accionada presento escrito de contestación extemporáneamente, motivo por el cual no será tenida en cuenta.

3. DEMANDA- EXPEDIENTE 13001-23-31-001-2005-02012

3.1. PRETENSIONES

Textuales:

“PRIMERA: Que se declare responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Dr. Simón Herrera Maciá, identificado con la C.C. # (sic), y se le condene en consecuencia a pagar la proporción de dinero expresado como cuantía de esta demanda, en el monto que corresponde de acuerdo con su grado de participación en la producción del detrimento patrimonial del estado.

SEGUNDA: Que se declare solidariamente responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Financiero de la Contraloría Distrital de Cartagena, en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del Distrito de Cartagena de Indias.

TERCERO: Que se declare solidariamente responsable a título de culpa grave, por violación manifiesta e inexcusable de las normas jurídicas, al Director Administrativo de la Contraloría Distrital de Cartagena, en la época de celebrarse la conciliación, y se le condene a pagar proporcionalmente de acuerdo con su participación, la suma de dinero expresado como cuantía de esta demanda, la cual se constituye en su mismo monto en detrimento patrimonial para el erario público y las arcas del Distrito de Cartagena de Indias (sic).

CUARTO: Que se ordene al doctor Simón Herrera Maciá, el pago de la suma correspondiente a veinticinco millones trescientos cuarenta y seis mil novecientos sesenta y cuatro pesos (\$ 25.346.964), a favor del tesoro Distrital, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 176, 178 y 179 del C.C.A. .

QUINTO: Que se ordene al Director Financiero y al Director Administrativo Del Consejo Distrital de la época de las conciliaciones por este medio repetidas, el pago de la suma correspondiente a cinco millones Doscientos setenta y ocho mil quinientos pesos (\$ 5.278.500.00), a favor del Tesoro Distrital, para lo cual se tendrá en cuenta lo dispuesto por los artículos 176, 178, y 179 del C.C.A. "

3.2. HECHOS

Los relata de la siguiente manera:

1 — *Al momento de celebrarse la conciliación prejudicial entre el señor Antonio José Brieva, representada por el apoderado judicial, y la doctora Victoria Caballero Restrepo en su calidad de apoderada judicial de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, el doctor Simón Herrera Maciá.*

2 - *En audiencia celebrada el día 25 de octubre de 2002, en el despacho del procurador 22 Judicial II delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, compareció el señor, Antonio José Brievía, representado por el apoderado Judicial y la Doctora Victoria*

Caballero Restrepo, en su calidad de apoderada judicial de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, quienes convinieron conciliar las prestaciones en una suma equivalente al 70% de la suma solicitada, es decir la cantidad de \$ 5.278.500oo.

3 - Mediante auto de fecha 16 de diciembre de 2002, el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, aprobado el acta conciliatoria de 25 de octubre de 2002, el cual registra la conciliación celebrada entre el señor Antonio José Brevia y la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias.

4 — En firme el auto aprobatorio de la conciliación, el señor Antonio José Brevia se dirigió a la Administración Distrital la cual accedió al pago de la suma acordada mediante desembolso realizado a través de la Fiduprevisora S.A, con comprobante de egreso N° 34391 de 16 de febrero de 2004 (...)."

3.3 LA DEFENSA

La parte accionada presento escrito de contestación extemporáneamente, motivo por el cual no será tenida en cuenta.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 20 marzo de 2012¹, denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"(...)"

En el caso concreto encontramos que la prueba del pago es totalmente deficiente, por cuanto dentro los tres expediente solo se encuentran copias simples de los comprobantes de egreso de la FIDUPREVISORA S.A, a nombre del supuesto apoderado de los acreedores de dichos dineros, que como se dijo antes, provenían de no pago oportuno de cesantías, es decir NO se demostró por parte del DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, el pago efectivo de las conciliaciones, pues no se trajo al proceso constancia del paz y salvo de pago, ni tampoco su recibido, si bien existe un comprobante de egreso, en este no se haya firma del legitimado para recibirlas, con el cual se le demuestre a esta judicatura un pago a satisfacción, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la Ley 678 de 2001.

Es decir, no existe una declaración proveniente del acreedor o cualquier otro medio de prueba que lleve a la convicción de que la entidad deudora en los términos de las conciliaciones atrás mencionada efectuó el pago efectivo y total debido al presunto representante de la acreedora y por tanto, que permita corroborar la extinción de las obligaciones que se reconocieron en las dichas providencia judiciales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1625, 1626 y 1757 del Código Civil,

¹ Ver Folio 90 a 124

Con relación a este requisito es dable recordarle a la demandante DISTRITO DE CARTAGENA, que las entidades deben tomar todas las medidas que consideren necesarias para asegurarse que de todo pago realizado por concepto de condena judicial, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, queden en sus archivos pruebas idóneas que permitan a futuro, de darse los respectivos supuestos, acreditar judicialmente tal hecho en el curso de una acción de repetición. A manera de ejemplo, en los actos administrativos mediante los cuales se dispone el cumplimiento de una sentencia, podría incorporarse como condición previa al desembolso que el acreedor suscriba recibo o paz y salvo.

(...)"

Lo anterior porque como se dijo no existen en el expediente los elementos de juicio con base en los cuales se demuestren los presupuestos y hechos de la demanda, de manera que se pueda colegir que el asunto litigioso que fue sometido a la jurisdicción cumple con los requisitos y presupuestos para la procedencia de la acción de repetición, lo que conduce, en estricto derecho, a que la decisión que deba dictarse sea adversa a las pretensiones de la parte sobre la que recae la carga de la prueba, que en el sub examine es la entidad pública demandante.

Es menester reiterar la observancia de la carga procesal que le atañe a la entidad demandante, de probar en las acciones de repetición los requisitos que la configuran, como noción procesal que se basa en el principio de autoresponsabilidad de las partes y como requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.

(...)"

5. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante², interpone recurso de apelación contra la sentencia de 20 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, manifestando entre otros, los siguientes motivos de inconformidad:

"(...)

En el presente caso, se acreditó que en primer lugar, la calidad del demandado SIMON HERRERA MACIA de Contralor Distrital de Cartagena, durante el periodo comprendido entre el 1 de Enero de 2001 hasta el 31 de Diciembre de 2004, con la certificación expedida por la Oficina de Talento Humano de la contraloría Distrital.

En segundo lugar, que la actuación del funcionario público demandado, generó la condena contra el Estado o que por la misma la entidad se vio llamada a presentar conciliación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos. Este elemento se encuentra probado en cada unos de los procesos acumulados con la copia de los autos aprobatorios de las C.P. celebradas con Antonio Brieva Rodríguez, Rosiris Banda y Gisela Florián Robles proferidos por el Tribunal administrativo de Bolívar (Ver folios 16-19 del cuaderno principal)

Igualmente fueron aportados al expediente, las copias de los correspondientes certificado de egreso expedidos por la Fiduciaria La previsora, en cada una de las solicitudes de conciliación prejudicial adelantadas por funcionarios de la contraloría y cuyo pago fue realizado por el Distrito de Cartagena, de fecha 16 de Febrero de 2004.

² Folio 214 a 217

(Ver cuaderno ppal- anexos de la demanda de cada expediente). Cabe aclarar que dicha prueba no fue desconocida ni tachada de falsa por la apoderada del hoy demandado.

“(…)

*Si bien muchos de los documentos emitidos por la Contraloría Distrital de Cartagena, fueron remitidos en copias simples, el balance general a Diciembre 31 de 2002, determina que el Distrito de Cartagena cumplió oportunamente con las transferencias de los recursos a la Contraloría para las anualidades de 2001, 2002 y 2003, fechas en las cuales se desempeñó como contralor el demandando SIMON HERRERA MACIA y se celebró la conciliación prejudicial con Antonio Brieva Barrios y las funcionarias Rosiris Banda y Gisella Florián Robles, así que la mora en el pago de las cesantías a estos ex funcionarios no se debió a la mora del Distrito en transferir los recursos, tal y como lo afirma la defensa, sino a circunstancias diferentes como los malos manejos administrativos y a la excesiva nomina de personal de la Contraloría Distrital.
(…)”*

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1 Demandante:

Alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación (folio 155 a 158).

6.2. Demandado:

No alegó.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

No rindió concepto.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 20 de noviembre de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (folio 135).

El 20 de febrero de 2013 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 137).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 4 de octubre de 2013 (folio 159).

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

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

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en determinar si en la acción de repetición objeto de estudio, se configuran los elementos necesarios para encontrar responsable por su conducta dolosa o gravemente culposa al señor SIMON HERRERA MACIA, por el menoscabo patrimonial ocasionado al Distrito de Cartagena por la omisión de cancelar las cesantías definitivas a los señores ANTONIO BRIEVA BARRIOS, GISELLA FLORIÁN FLOREZ y ROSIRIS BANDA REDONDO dentro de las oportunidades señaladas por la Ley 244 de 1995.

3. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Evolución de la acción de repetición

Desde 1976, en el Estatuto Contractual de la Nación (Decreto Ley 150), se instituyó la responsabilidad de los agentes estatales de forma solidaria con la entidad condenada. Sin embargo, ello fue parcial puesto que se circunscribió a la actividad contractual.

Posteriormente, el Decreto Ley 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) en sus artículos 77 y 78, estableció la posibilidad de que la entidad pública condenada acudiera, por vía judicial, a repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubiere dado lugar a la condena.

Contrario a la legislación anterior, no se constituyó una responsabilidad solidaria, porque en el evento de declararse la responsabilidad de una entidad estatal y un agente público, la condena sólo se imponía en contra del ente y no del funcionario, sin perjuicio de que aquella pudiese obtener el reembolso correspondiente de éste. La importancia de la responsabilidad de los servidores públicos se hizo tan relevante que trascendió del campo legal al constitucional y dio lugar a su consagración en el inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Su tenor literal es el siguiente:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste”.

El mandato del inciso 2 del artículo 90 de la Constitución Política se desarrolló a través de la Ley 678 de 2001 que estableció tanto los aspectos sustanciales, tales como el objeto (artículo 1°), definición (artículo 2°), finalidades (artículo 3°), obligatoriedad (artículo 4°), presunciones de dolo y culpa grave (artículos 5° y 6°), como aspectos procesales (capítulo II) de la acción de repetición.

3.2. Naturaleza de la acción de repetición

La acción de repetición es una acción civil, patrimonial y autónoma, por medio de la cual la administración puede obtener de sus agentes el reintegro del monto de la indemnización, que ha debido reconocer a un particular en virtud de una condena judicial. Al respecto se refirió la Corte Constitucional en la sentencia C- 778 de 2003:

“... la acción de repetición se define como el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado³”.

Es una acción con pretensión eminentemente resarcitoria o indemnizatoria, cuya finalidad es la protección del patrimonio público.

3.3. Normatividad aplicable

La Sala advierte que los hechos que dieron lugar a la presente demanda sucedieron el 6 de diciembre de 2002, fecha en la cual quedó en firme el auto que aprobó la conciliación prejudicial celebrada entre la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA y los señores ANTONIO JOSÉ BRIEVA, GISELA FLORIAN ROBLES y ROSIRIS NARCISTA BANDA, esto es, en vigencia de la expedición de la Ley 678 de 2001⁴, por lo tanto, dicha norma es aplicable al presente caso.

3.4. Acción de Repetición - elementos y requisitos de procedibilidad

En sentencia C - 619/02 de la Honorable Corte Constitucional, en relación con la naturaleza jurídica de la acción de repetición se reconoció que dicha acción es el medio

³ Sentencia de 11 de septiembre de 2003 Radicado: D-4477. Actor: William León M M.P. Jaime Araujo Rentería

⁴ ARTÍCULO 31. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias. La cual se surtió el 4 de agosto de 2001

idóneo para que la administración obtenga el reintegro del monto que ha debido de pagar a modo de indemnización por los daños antijurídicos que haya causado un agente público⁵ y se establecieron como requisitos de procedibilidad los siguientes:

- *que la entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos que con su acción u omisión ha causado a un particular;*
- *que se encuentre claramente establecido que el daño antijurídico se produjo como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o ex-funcionario público;*
- *que la entidad condenada efectivamente haya pagado la suma de dinero fijada por el juez contencioso en la sentencia de condena.*

Por su parte el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha señalado como elementos de la acción de repetición los siguientes⁶:

- La calidad de agente del Estado y la conducta desplegada como tal, determinante del daño causado a un tercero, la cual hubiere generado una condena o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de un acuerdo conciliatorio, transacción o cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- La existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública o la obligación de pagar una suma de dinero derivada de una conciliación, transacción o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto;
- El pago realizado por parte de la Administración; y
- La calificación de la conducta del agente, como dolosa o gravemente culposa.

En donde, los tres primeros se ha reconocido son de carácter objetivo. Por su parte la calificación de la conducta del agente de gravemente culposa o dolosa, es de carácter subjetivo, por lo tanto, se debe analizar con base en la norma vigente en la fecha de presentación de la demanda, siendo estas los artículos 5 y 6 de la ley 678 de 2001.

La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía, fijando, bajo la égida de los primeros, generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio, y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con

⁵ "el medio judicial [idóneo] que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o ex funcionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado

⁶ 27 de noviembre de 2006 Exp 18 440, 6 de diciembre de 2006 Exp 22 189, 3 de diciembre de 2008 Exp 24 241, 26 de febrero de 2009 Exp 30 329, 13 de mayo de 2009 Exp 25 694

obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; al amparo de los segundos, determinó asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares al interior del proceso.

De manera que, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos -artículos 6, 90, 121, 122 y 124 C. P.-.

4. HECHOS PROBADOS

Teniendo en cuenta los elementos de la acción de repetición establecidos con anterioridad, a continuación se hará una relación de los medios probatorios allegados para demostrar los mismos.

Con el escrito de demanda de los procesos acumulados se aportaron los siguientes documentos:

Proceso N°13-001-23-31-002-2005-02323-00:

- Copia simple del Comprobante de Egreso No. 14699170917 de 16 de febrero de 2004 en la que la Fiduprevisora S.A. ordena el pago de \$ 2.393.250.00 al señor Rodelo Vázquez Rodrigo (folio 13), apoderado de la señora ROSIRIS BANDA REDONDO.
- Copia simple del poder para llevar a cabo conciliación ante la Procuraduría delegada ante el Tribunal, el cual fue otorgado por parte de la señora ROSIRIS BANDA REDONDO al doctor RODRIGO RODELO VASQUEZ (folio 16)
- Copia simple del Oficio de fecha 12 de marzo de 2003, dirigido a la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA, por medio del cual la PROCURADURÍA JUDICIAL II

ANTE EL TRIBUNAL, hace entrega del acta de conciliación suscrita entre ROSIRIS NARCISA BANDA REDONDO, y la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA. (folio 15)

- Copia simple del auto aprobatorio de la conciliación de fecha 16 de diciembre de 2005, por medio del cual se aprueba la conciliación celebrada entre la Contraloría Distrital de Cartagena y Rosiris Banda Redondo (folio 17 - 20)

Proceso N° 13-001-23-31-005-2005-02175-00:

- Copia simple del Comprobante de Egreso No.14699170917 de 16 de febrero de 2004 en el que la Fiduprevisora S.A. ordena el pago de \$ 4.860.812.00 al señor Rodelo Vázquez Rodrigo (folio 13), apoderado de la señora GISELLA FLORIAN FLOREZ.

- Copia simple del poder para llevar a cabo conciliación ante la Procuraduría delegada ante Tribunal, el cual fue otorgado por parte de la señora GISELLA FLORIAN FLOREZ, al doctor RODRIGO RODELO VASQUEZ (folio 16)

- Copia simple del Oficio de fecha 25 de marzo de 2003, dirigido a la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA, por medio de la cual la PROCURADURÍA JUDICIAL II ANTE EL TRIBUNAL, hace entrega del acta de conciliación suscrita entre GISELLA FLORIAN FLOREZ REDONDO, y la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA (folio 17)

- Copia simple del auto aprobatorio de la conciliación de fecha ilegible, por medio del cual se aprueba la conciliación celebrada entre la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA y GISELLA FLORIAN FLOREZ (folio 17 - 21)

Proceso13-001-23-31-001- 2005-2012-00:

- Copia simple del comprobante de egreso No. 14693798048 de 20 de febrero de 2004 en el que la Fiduprevisora S.A. ordena el pago de \$ 12.673.482 al señor LICONA MARRUGO OSCAR (folio 13), apoderado del señor ANTONIO BRIEVA BARRIOS.

- Copia simple del poder para llevar a cabo conciliación ante la Procuraduría delegada ante Tribunal, el cual fue otorgado por parte del señor ANTONIO BRIEVA BARRIOS al doctor LICONA MARRUGO OSCAR (folio 16)

- Copia simple del Oficio de fecha 10 de JUNIO de 2003, dirigido a la CONTRALORÍA

DISTRITAL DE CARTAGENA, por medio del cual la PROCURADURÍA JUDICIAL II ANTE EL TRIBUNAL, hace entrega del acta de conciliación suscrita entre ANTONIO BRIEVA BARRIOS, REDONDO, y la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA. (folio 17)

- Copia simple de auto aprobatorio de conciliación de fecha 20 de mayo de 2003 celebrada entre Antonio José Brieve Barrios y la CONTRALORÍA DISTRITAL DE CARTAGENA (folio 20 a 22)

5. ANÁLISIS DEL CASO

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por las partes procede la Sala a resolver el problema jurídico, consistente en determinar si se configuran los elementos necesarios para encontrar responsable por su conducta dolosa o gravemente culposa al señor SIMON HERRERA MACIA, por el menoscabo patrimonial ocasionado al Distrito de Cartagena por la omisión de cancelar las cesantías definitivas los señores, ANTONIO JOSÉ BRIEVA, GISELA FLORIAN ROBLES y ROSIRIS NARCISTA BANDA dentro de las oportunidades señaladas por la Ley 244 de 1995.

➤ De la condena contra el Estado:

1. Del Proceso N° 13-001-23-31-002-2005-02323-00:

Obra en el expediente auto aprobatorio de la conciliación de fecha 16 de diciembre de 2005, por medio del cual se aprueba la conciliación celebrada entre la Contraloría Distrital de Cartagena y Rosiris Banda Redondo.

2. Del Proceso N° 13-001-23-31-005-2005-02175-00:

Obra en el expediente auto aprobatorio de la conciliación con fecha ilegible, por medio del cual se aprueba la conciliación celebrada entre la Contraloría Distrital de Cartagena y Gisella Florián Flórez (folio 17 - 21)

3. Proceso No.13-001-23-31-001- 2005-2012-00:

Obra en el expediente auto aprobatorio de conciliación de fecha 20 de mayo de 2003 celebrada entre Antonio José Brieve Barrios y la Contraloría Distrital de Cartagena (folio 20 a 22)

➤ **Del pago de la indemnización.**

En el caso *sub examine* la prueba del pago efectuado por el Distrito de Cartagena se allegó en copia simple por parte de la misma entidad, esto es, Comprobantes de Egresos Nos. 14699170917 de 16 de febrero de 2004 y 14693798048 de 20 de febrero de 2004 emitido por la Fiduprevisora S.A., donde aparecen pagos por las sumas de \$12.673.482.00, \$2.639.250.00 y \$4.860.812.00 a favor de ANTONIO JOSÉ BRIEVA BARRIOS, ROSIRIS NARCISA BANDA y GISELA FLORIAN ROBLES, respectivamente, por otra parte se observa que no existe constancia de recibido por parte de los beneficiarios.

Ahora bien, el H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2007, manifestó que no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación, al respecto dijo:

“La entidad pública debe probar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada. La entidad pública tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial o en la conciliación, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario. El pago, en los términos del artículo 1.626 del Código Civil, es la prestación de lo que se debe y debe probarlo quien lo alega, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.757 ibídem. Conforme a lo anterior, no basta que la entidad pública aporte documentos emanados de sus propias dependencias, si en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre su recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación. En efecto, en los juicios ejecutivos, según la ley procesal civil, las obligaciones de pago requieren de demostración documental que provengan del acreedor, circunstancia que en esos casos, permite la terminación del proceso por pago. Tal exigencia resulta procedente en los juicios de repetición, en consideración a que al ser su fundamento el reembolso de la suma de dinero pagada a un tercero, se parte de la base de la existencia previa de una deuda cierta ya satisfecha”⁷. (Negritas fuera de texto).

La única prueba obrante en el proceso, sobre el pago realizado por el Distrito de Cartagena - Comprobantes de Egresos Nos. 14699170917 de 16 de febrero de 2004 y 14693798048 de 20 de febrero de 2004 - da cuenta de la gestión que la entidad realizó para cancelar la suma de dinero conciliadas y probadas; sin embargo, la misma resulta insuficiente para acreditar en debida forma que la entidad hubiere realizado el pago respectivo.

El H. Consejo de Estado ha sostenido que para acreditar la cancelación de una suma de dinero en cumplimiento de una sentencia judicial es necesario que el beneficiario, en este caso los señores ANTONIO JOSÉ BRIEVA BARRIOS, ROSIRIS NARCISA BANDA

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2006, Exp. 25.749, M.P. Ramiro Saavedra Becerra Demandante NACION, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Demandado DAVID TURBAY TURBAY

y GISELA FLORIAN ROBLES, acredite que la obligación ha sido cumplida, puesto que las certificaciones que sobre el particular expida la entidad resultan insuficientes para el efecto.

Ahora bien, la certificación que sobre el particular otorgue el beneficiario, cualquiera que sea el medio utilizado para el efecto –en este caso un documento–, requiere ser susceptible de valoración judicial para cuyo propósito debe cumplir los requisitos necesarios que permitan tenerlo como una prueba válida.

En el caso de autos, como arriba se dijo, solo se aportó comprobante de egreso a favor de Rodrigo Rodelo Vásquez y Oscar Licona Marrugo, quien según la copias de los autos aprobatorio de la conciliación, fungían como apoderados de los actores durante el trámite prejudicial, no obstante tales documentos no fueron signados por éstos en su calidad de representantes judiciales de los beneficiarios del pago, ni directamente por quienes le fuera reconocida las sumas de dinero. En virtud de lo anterior, debe concluir la Sala que este requisito no se encuentra acreditado.

Por lo anterior, en el presente proceso no se acredita uno de los elementos necesarios para condenar al demandado por el pago efectuado por la entidad accionante en cumplimiento de la conciliación a la que llegó con la parte actora, por consiguiente se confirmará el fallo apelado, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

6. COSTAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 002, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha veinte (20) de marzo de dos mil doce (2012), que denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No hay condena en costas.

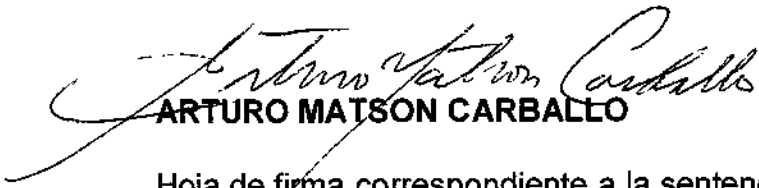
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

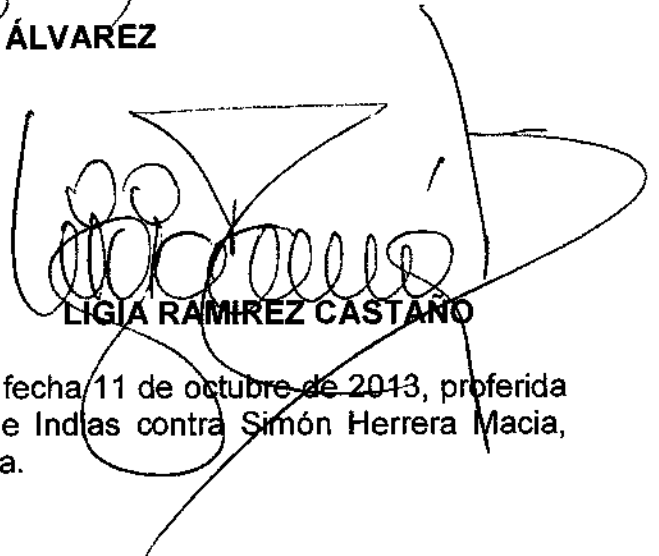
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

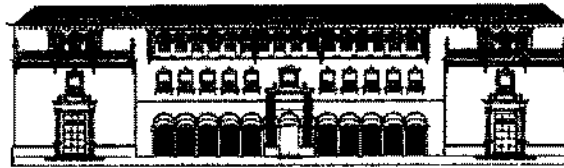
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

Hoja de firma correspondiente a la sentencia de fecha 11 de octubre de 2013, proferida dentro del proceso del Distrito de Cartagena de Indias contra Simón Herrera Macía, mediante la cual se confirmó la sentencia apelada.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1295
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: HORACIO RANGEL COBOS Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL- DIMAR- CAPITANIA D E PUERTO DE CARTAGENA
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2007-00142-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



70
982-318
—

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

Cartagena de Indias, D. T. y C., once (11) octubre de dos mil trece (2013).

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ.**
Clase de Acción : **Reparación Directa.**
Radicación : **13001-33-31-006-2007-00142-00.**
Demandante : **HORACIO RANGEL COBOS Y OTROS**
Demandado : **NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA Y O.**

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la Sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA.

Narra los siguientes hechos de la siguiente manera:

Los señores LETICIA RANGEL COBOS, DELIA RANGEL COBOS, GLADIS RANGEL COBOS, obrando en representación de: CINDY LORENA CARREÑO RANGEL, GLADYS DAYANA CARREÑO RANGEL, CRISTIAN DAVID DURAN RAGEL, Y MARÍA FERNANDA DURAN RAGEL, HORACIO RANGEL COBOS, obrando en representación de ELKIN DE JESÚS RANGEL CATALAN, DORIS RANGEL COBOS, obrando en representación de: CARLOS JOSE PIÑERES RANGEL, GERMAN ELIAS DE PIÑERES RANGEL, JEISSON DAVID DE PIÑERES RANGEL y HERNAN DE JESÚS DE PIÑERES RANGEL, CECILIA



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

RANGEL COBOS, REINALDO RANGEL COBOS, ANIBAL RANGEL COBOS, BERNARDA RANGEL COBOS, y ELVIA ROSA RANGEL COBOS, LINA YESENIA CARREÑO RANGEL, OMAR CARREÑO RANGEL, MARLENE CARREÑO RANGEL, NIDIA CARREÑO RANGEL, GILMA CARREÑO RANGEL, JHON CARREÑO RANGEL, KELLIS JOHANNA CARREÑO RANGEL, ELENA BALLESTEROS RANGEL, HUMBERTO BALLESTEROS RANGEL, DIVA LILI BALLESTEROS RANGEL, CLARA ELBA BALLESTEROS RANGEL, LEYDA ELIZARITH MILENY AVILA RANGEL, a través de apoderado judicial, presentaron demanda de Reparación Directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL – DIMAR – CAPITANIA DE PUERTO, tendientes a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

“1). Que se declare que la Nación, Ministerio de Defensa, Dirección Marítima y Portuaria DIMAR, Capitanía de Puerto de Cartagena, son administrativamente responsables por responsabilidad civil extracontractual del estado por fallas en el servicio, por lo los perjuicios morales irrogados a los señores Horacio Rangel Cobos, Leticia Rangel Cobos, Delia Rangel Cobos, Reinaldo Rangel Cobos, Anibal Rangel Cobos, Bernarda Rangel Cobos, Elvia Rosa Rangel Cobos, Gladys Rangel Cobos en nombre Propio, y en representación de sus hijos: Cindy Lorena, Gladys Dayana, Cristian David Duran Rangel, y María Fernanda Duran Rangel; Doris Rangel Cobos En Nombre Propio, y en representación de sus hijos, Carlos José, German Elías, Jeisson David, Hernán de Jesús de Piñeres Rangel; Elkin de Jesús Rangel, Gilma Carreño Rangel, Jhon Carreño Rangel, Lina Yesenia Carreño Rangel, Milena Yanibe Carreño Rangel, Kellis Johanna Carreño Rangel, Helena Ballesteros Rangel, Humberto Ballesteros Rangel, Diva Lili Ballesteros Rangel, Clara Elba Ballesteros Rangel, Leyda Elizarith Mileny Avila Rangel, Mileny Ávila Rangel; por la muerte del Señor PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS, (Q.E.P.D), acaecida el 19 de noviembre de 2003 como consecuencia de los hechos del hundimiento de la motonave pesquera “MILENIUM O” de matrícula AGSI el día 14 de Noviembre de 2003, que determinaron su muerte en el Hospital Naval de Cartagena Y LETICIA COBOS DE RANGEL (Q.E.P.D)fallecida el día 27 de julio de 2005 a causa del sufrimiento padecido por la muerte trágica de su hijo.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

2). Que consecuentemente a la anterior declaración de responsabilidad civil y extracontractualmente por falla en el servicio, se condene a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Dirección Marítima y Portuaria DIMAR, Capitanía de Puerto de Cartagena, a pagar a los señores Horacio Rangel Cobos, Leticia Rangel Cobos, Delia Rangel Cobos, Reinaldo Rangel Cobos, Aníbal Rangel Cobos, Bernarda Rangel Cobos, Elvia Rosa Rangel Cobos, Gladys Rangel Cobos en nombre Propio, y en representación de sus hijos: Cindy Lorena, Gladys Dayana, Cristian David Duran Rangel, y María Fernanda Duran Rangel; Doris Rangel Cobos En Nombre Propio, y en representación de sus hijos, Carlos José, German Elías, Jeisson David, Hernán de Jesús de Piñeres Rangel; Elkin de Jesús Rangel, Gilma Carreño Rangel, Jhon Carreño Rangel, Lina Yesenia Carreño Rangel, Milena Yanibe Carreño Rangel, Kellis Johanna Carreño Rangel, Helena Ballesteros Rangel, Humberto Ballesteros Rangel, Diva Lili Ballesteros Rangel, Clara Elba Ballesteros Rangel, Leyda Elizarith Mileny Avila Rangel, Mileny Ávila Rangel, en calidad de hermanos y sobrinos de PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS, (Q.E.P.D); e hijos y nietos de LETICIA COBOS DE RANGEL (Q.E.P.D), cuyo deceso fue determinado por la muerte de su hijo. Esto equivale a razón de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales llevados a pesos colombianos al monto que este al tiempo de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, para cada uno de los demandantes, teniendo en cuenta que la reparación es doble, tanto por la muerte de PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS (Q.E.P.D), por los hechos ocurridos el 14 de noviembre de 2003 que concluyeron con su fallecimiento el día 19 de noviembre de 2003 en el Hospital Naval de Cartagena; como por la de LETICIA COBOS DE RANGEL (Q.E.P.D), cuyo deceso fue determinado por la muerte de su hijo. Esto equivale a razón de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales para cada uno de los demandantes, a razón hoy de trescientos ochenta y un mil quinientos pesos (\$ 381.500.00), equivalentes a setenta y seis millones trescientos mil pesos (\$76.300.000.00) cada uno, siendo en total treinta y dos (32) personas, para un total de dos mil cuatrocientos cuarenta y un millones seiscientos mil pesos (\$ 2.441.600.000.00)".

HECHOS

Narra los hechos de la siguiente manera:



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

En lo relevante, se refiere en primer término la demanda, al parentesco entre el señor PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS, - muerto con ocasión de la falla en el servicio alegada -, y cada uno de los actores, hermanos y sobrinos del finado, así como hijos comunes de la señora LETICIA COBOS DE RANGEL, quien también se afirma falleció, a raíz del sufrimiento que le ocasionara la muerte de su hijo, **PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS**, en hechos ocurridos el 14 de noviembre de 2003.

Continua argumentando que el señor **PEDRO RANGEL COBOS**, era en vida, una persona muy tratable, de vínculos familiares fuertes, sostén de su madre y cabeza de su familia, quien por más de treinta años se había dedicado al negocio de distribución de abarrotes, con ocasión del cual fue invitado a participar en las festividades del Reinado Nacional de Belleza, por parte de la empresa PRONTO DISTRIBUICIONES LIMITADA, comercializadora de productos de British American Tobacco, empresa de la cual el finado era un muy buen cliente.

Que la señora Nelcy Puerta Cogollo, representante legal de ASEMARES Ltda., agente marítimo de la motonave pesquera "MILENIUM O" de matrícula AGSI 3209, motonave destinada a la pesca artesanal, solicitó permiso de navegación el día 10 de noviembre de 2003, para el llamado desfile náutico de balleneras a realizarse en la Bahía de Cartagena el 14 de noviembre de 2003.

La Capitanía de Puerto de Cartagena, otorgó el permiso sin fecha 352, mediante el cual se autorizaba el zarpe de la aludida motonave, cuya actividad era la pesca artesanal, para participar en el desfile náutico de balleneras, en horario diurno y hasta las 19:00 horas, permitiendo además de exponer publicidad, su navegación con ocho tripulantes y veinte pasajeros, lo que constituye una violación a su misma orden de no permitir el transporte de pasajeros en motonaves destinadas a la pesca, según comunicado 77 emitido por esa capitanía, de fecha 13 de noviembre de 2003, en el que se informa la adopción de unas medidas de seguridad a ser tomadas por las personas que desearan participar en el desfile, con el fin de garantizar la seguridad de la vida humana en el mar.

Dentro de dichas medidas, estaba la indicación expresa de que la participación de Bongos, Pesqueros y Buques de cabotaje sería única y exclusivamente para



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

finés publicitarios, en ningún caso para el transporte de pasajeros; que el embarque de personas no podría hacerse desde muelles de Bocagrande y Castillo Grande, sino desde las marinas y clubes náuticos del puerto, evitándose el sobrecupo y el trasbordo; que debía hacerse uso del chaleco salvavidas; que para el control se establecería el canal 16 VHF MARINO, y que la salida de embarcaciones comerciales sería desde el muelle de La Bodeguita, previa inspección de la capitanía y guardacostas.

Que el día 14 de noviembre de 2003 la motonave pesquera "MILENIUM O", se encontraba atada en el muelle de la pesquera Santa Clara, cerca de la Escuela Naval de Cartagena; siendo aproximadamente las quince treinta (15:30) horas, abordaron un número aproximado de OCHENTA (80) personas entre tripulantes y pasajeros, siendo que el puerto no era autorizado para el embarque de personas, pues según el instructivo, solo se tenía para este fin el de la Bodeguita, omisión grave por parte de los entes de vigilancia de la Capitanía de Puerto y guardacostas, ambos adscritos a la Armada Nacional, quienes tenían facultades de policía para evitar la contravención de la orden dada por la Capitanía de Puerto, lo que constituye una omisión in vigilando.

Que por protestas de las personas que abordaron dicha nave quienes manifestaron su preocupación por la inestabilidad que presentaba la misma, se desembarcaron 31 pasajeros, habiendo zarpado en definitiva la embarcación con 48 personas entre tripulación y pasajeros, es decir, mucho más de lo permitido por la autoridad naval, quien así mismo, permitió, además del zarpe desde un muelle no autorizado para pasajeros en una embarcación comercial, el sobrecupo.

Ahora bien, manifiesta que como los hechos son de público conocimiento, se sabe que la motonave pesquera MILENIUM O, se escoró y volcó aproximadamente a las 18:00 horas del 14 de noviembre de 2003, en el caño del Zapatero cuando regresaba del desfile de Balleneras, dejando como saldo trágico la muerte de dos personas y en delicado estado de salud a Pedro Rangel Cobos, quien posteriormente fallece el 19 de noviembre de 2003, deceso determinado por las lesiones sufridas en dicho accidente. Es un hecho incontrovertible que la autoridad naval, tuvo la posibilidad de evitar los lamentables hechos narrados donde perdió la vida el señor Rangel Cobos,



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

hecho este que determinó la muerte de su madre, Leticia Cobos de Rangel, lo que permite acumular peticiones en una sola demanda, por existir entre ambas muertes, un nexo concausal en el hundimiento de la motonave pesquera, hecho frente al cual el Estado tiene plena responsabilidad.

Finalmente, sostiene que la muerte de la señora Leticia Cobos de Rangel, obedeció a un cuadro de depresión severa, que desencadenó en un coma diabético el día 21 de noviembre de 2003, y que pese a superar dicho estado crítico, no logró superar el sufrimiento, hasta que el día 27 de julio de 2005, luego de casi dos años, falleció en la ciudad de Santa Marta, a causa de la muerte de su hijo, a quien amaba profundamente y era su sostén moral y económico

DEFENSA

Revisada la actuación procesal, la parte accionada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, mediante escrito visible a folios 112 a 114 bajo los siguientes argumentos:

En cuanto a los hechos señala, que no le consta el hecho de que la muerte de la señora **LETICIA COBOS**, haya sido consecuencia de la muerte de su hijo **PEDRO RANGEL COBOS**; que el accidente se produjo por la violación de las disposiciones legales, por parte de los tripulantes y pasajeros; que la motonave Milenium O, estaba autorizada sólo para exponer publicidad, no para transportar pasajeros; que el abordaje de civiles se hizo desde un muelle no autorizado para evadir los controles y demás con sobrecupo; que fueron los pasajeros quienes burlaron los controles de la Capitanía, lo que ocasionó el accidente y consecuente muerte de varios ocupantes; que el boletín de prensa se expidió, luego entonces no tendría sentido que la misma capitanía lo desconociera, otorgando permisos indebidos y que, en atención a que la ciudad de Cartagena cuenta con 200 muelles, le resulta imposible a la autoridad marítima efectuar el control de todos estos lugares.

Por otro lado indica, que quienes desconocieron los parámetros de seguridad establecidos fueron los tripulantes y pasajeros, siendo por tanto imposible el



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

control y el auxilio por parte de las autoridades marítimas en el momento de los hechos.

Así mismo sostiene, que si existió un permiso por parte de la autoridad naval, para 8 tripulantes y 20 pasajeros, y fue porque reunían las condiciones de navegabilidad y de seguridad para hacerlo, por lo que todo lo que llegase a ocurrir de ahí en adelante, era orbita de responsabilidad exclusiva de la tripulación y de los pasajeros, quienes estaban llamados y obligados a cumplir las medidas de seguridad dispuestas por la autoridad marítima.

Que el abordaje de los pasajeros en la motonave, no se cumplió en los muelles ordenados por la Capitanía de Puerto, efectuándose un sobrecupo pero no por falla de control de la Capitanía, sino por la violación de las normas impuestas por esta; es así como se concluye que la medida de seguridad se tomó, pero se violó flagrantemente, con culpa exclusiva de los tripulantes de la embarcación, que evadieron el control y permitieron el sobrecupo, así mismo, el hecho de hacerse el transbordo de pasajeros a otra embarcación en medio del mar, es suficiente muestra de que los tripulantes habían medido el riesgo que afrontaban, todo sin participación de la autoridad marítima y en clara violación a sus disposiciones.

Por último advierte, que la misión de las autoridades marítimas, es de medios no de resultados, pues no se puede hacer presencia en todos los lugares donde podría presentarse una eventualidad, máximo en un día como en el que acontecieron los hechos, donde el lugar del naufragio en el que resulta muerto el familiar de los demandantes distaba mucho de la bahía interna donde se desarrollaba el epicentro de la festividad y en la cual las autoridades navales ejercían su patrullaje y control.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls.145 a 160).

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010), negó las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente:



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Consideró la Juez que "... a la luz de las pruebas obrantes en autos, y sin mayores elucubraciones, concluye el Despacho que los hechos que sirven de soporte a tales imputaciones, no están probados en el expediente, lo que deja sin sustento el pedido de responsabilidad extracontractual de la entidad accionada. En ese sentido, basta revisar uno a uno los hechos de la demanda, atinentes a la imputación a la entidad accionada, para concluir que se quedaron en simples alegatos, sin soporte probatorio.

En efecto, dentro de dichos hechos, es indiscutible que se demostró la muerte del señor PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS, así como la de su madre LETICIA COBOS DE RANGEL, ocurridas el 19 de noviembre de 2003 y 27 de julio de 2005, respectivamente.

Por otro lado, puede también el Despacho deducir, -flexibilizando la valoración probatoria-, y basado en la información contenida en dos de los ejemplares del periódico arriba aludido, que la muerte del señor RANGEL COBOS, se dio a causa del grave estado de salud en que quedó, luego de haberse volcado la motonave de la cual era pasajero, en hechos ocurridos el 14 de Noviembre de 2003, en medio de un evento festivo en la ciudad de Cartagena.

Ahora bien, en cuanto al actuar de la Capitanía de Puerto, se afirma que se inició con la concesión del permiso de zarpe a una nave pesquera, para transportar pasajeros, permiso que no se allegó autos, ni por la parte actora, ni por la demandada, lo que impide establecer las condiciones en que se otorgó (horas de partida y regreso, puerto autorizado, capacidad, destinación de la nave, etc.) y si se sujetaban o no éstas a los reglamentos marítimos; en ese sentido, debe indicarse que el otorgamiento del permiso como tal, no es un supuesto controvertido por la defensa y que lo que resulta incierto, son dichas condiciones.

Concordante con lo anterior, se tiene que el primer hecho relevante que se imputa a la entidad accionada, cuál es haber dado permiso para transportar pasajeros en una nave pesquera, violando las normas legales, no está probado en autos.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el abordaje de la nave, no consta en autos en qué lugar se autorizó, ni mucho menos en qué lugar se realizó, sin embargo, la demanda afirma que se abordó en puerto no autorizado, contraviniendo las medidas dictadas por la autoridad marítima, que indicaban que el abordaje debía hacerse en el muelle de "La Bodeguita" ... y la defensa coincide en que en efecto, se usó un muelle no autorizado, pero para evadir los controles oficiales y llevar sobre cupo.

Frente a lo anterior, no puede tenerse por probado que el abordaje –en las condiciones que se señala por las partes fue hecho-, se hizo con el consenso y/o previa autorización de la autoridad marítima, máximo cuando las reglas de la experiencia permiten tener por aceptable el argumento que expone la defensa, en cuanto a que, para el zarpe de embarcaciones, se indica cuáles son los puertos autorizados, como medida de control, dada la multiplicidad de puertos que existen en la ciudad de Cartagena y la imposibilidad de medios y recursos que para la entidad accionada, implica controlarlos y vigilarlos simultáneamente.

Finalmente, en cuanto a la falta de control de la autoridad marítima, en relación con el transbordo de pasajeros de una nave a otra, no sólo está ausente la prueba de este hecho, si no que no existen indicadores siquiera, de que haberse dado, tuviere como causa tal falta de control.

Por otro lado, y en torno a los argumentos de defensa, sobre la inobservancia de las medidas adoptadas por la Capitanía de Puerto, por parte del usuario del servicio marítimo, encuentra el Despacho que en la demanda se hace referencia a la publicidad de dichas medidas, lo que en sana lógica conduce a concluir que eran conocidas y que por tanto, los usuarios de la nave, entre ellos el señor PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS, no debieron abordar ésta en condiciones que contrariaban dichas medidas.

Concordante con todo lo expuesto, y en lo que tiene que ver con la conducta de la autoridad marítima, no se demuestra en autos omisión alguna; no existe señal de que, en el contexto en que ocurrió el siniestro – festividades de Noviembre en Cartagena, evento marítimo de Balleneras –, resultara previsible para la autoridad marítima, que los usuarios incumplirían con el deber de abordar en los muelles y condiciones autorizadas, tal como se les instruyó en boletín de prensa



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

que con antelación se publicó; tampoco, se hace un mínimo análisis en torno a los recursos y medios disponibles por parte de dicha autoridad, para ejercer el control a su cargo en ese marco fáctico.

Así, en el presente caso, lo que se infiere de lo manifestado en la demanda y en la defensa, es que el Estado hizo públicas las medidas de control marítimo y que el usuario las desatendió, sin que existan evidencias se reitera, de que el Estado fue omisivo, acorde con las circunstancias en que se señala, se produjo el siniestro.

Ahora bien, en lo que toca con el nexo entre la muerte de la señora LETICIA COBOS DE RANGEL y la de su hijo, tampoco obra en el encuadramiento ningún medio de convicción que permita deducir tal relación. Si bien no se discute el hecho del sufrimiento y el daño moral que se causa con la muerte de un familiar, más aun tratándose del vínculo que se da entre madre e hijo, no puede tal supuesto ser aplicado para entrar a afirmar que, si posteriormente a la muerte de un hijo, sobreviene la muerte de su madre, el deceso de esta última necesariamente ha de obedecer al intenso dolor causado por el primer suceso; máxime, si como en el caso en cuestión, la muerte de la madre se produce casi dos años después de la muerte de su hijo.

Recapitulando, se tiene que para que la falla del servicio prospere, es indispensable que se demuestre que la entidad accionada incumplió el contenido obligacional a su cargo, a pesar de contar con los medios y recursos suficientes para garantizar dicho cumplimiento y en que a lo imposible, nadie, ni siquiera el Estado, está obligado. En ese contexto, es indudable que en las autoridades accionadas, recaen precisas obligaciones legales, dispuestas para garantizar la seguridad de quienes se transportan por vía marítima, obligaciones que arriba se han enlistado.

Sin embargo, brillan por su ausencia, en el presente caso, las pruebas que permitan establecer, las circunstancias exactas de modo, tiempo y lugar en que acontecieron los hechos fundamento de las pretensiones, lo que impone concluir que no se probó eficazmente, por parte de los actores y tal como era su carga, que estaban dadas todas las condiciones para que la autoridad naval actuara ante el suceso ocurrido y que fue el actuar negligente y evasivo de esta, la que



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

permitió el volcamiento de la motonave en la cual se transportaba el señor PEDRO RANGEL COBOS. Igual análisis, cabe reiterar frente al deceso de su madre, al no haberse demostrado el nexo entre los dos acontecimientos.

De ahí, que acorde con la situación probatoria del presente caso y bajo la guía de los precedentes citados, no sea viable la declaratoria de responsabilidad demandada.”

SENTENCIA RECURRIDA (Fls. 166)

Inconforme con la decisión de primera instancia, los demandantes a través de su apoderado judicial interpusieron recurso de apelación visible a folio 166 argumentando lo siguiente:

Sostiene, que la Juez de Primera Instancia al haber proferido el fallo sin material probatorio, endilga la responsabilidad al apoderado de los demandantes por no haberse obtenido material probatorio suficiente en el proceso. Culpa imputable al juzgado no a él como apoderado judicial de los demandantes, pues la responsabilidad es hacer la solicitud de pruebas, intervenir en las que la ley lo exige y colaborar en las que tenga injerencia, pero las restantes, una vez decretadas, no son de resorte del funcionario, por sus poderes de impulso y sanción en caso de no cumplimiento de sus órdenes.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

De parte de los demandante

El apoderado de los demandantes, presentó alegatos de conclusión en esta instancia visible a folios 273 a 275, en los siguientes términos.

*“Tal como lo recalque en la demanda y lo hice en el alegato de conclusión de primera instancia, se deben conceder las pretensiones pedidas a favor de los deudos del occiso Pedro Agustín Rangel Cobos (q.e.p.d), teniendo en cuenta que la responsabilidad civil extracontractual por falla en el servicio de la Capitanía de Puerto fue **evidente y determinante al expedir un zarpe prohibido, así como no vigilar que se cumplieran las órdenes impartidas sobre muelles autorizados, sobrecupo y demás***



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

órdenes impartidas por esa misma Capitanía de Puerto, luego no debía siquiera solicitar el permiso, si partió o no de un muelle autorizado o si la M/n tenía o no sobrecupo, si hubo o no transbordo, esos son más agravantes de la responsabilidad por falla en el servicio por parte de la Capitanía de Puerto y de la Armada Nacional, encargadas de controlar la navegación el día 14 de noviembre de 2003.

*Lo realmente importante, relevante y que desencadenó toda la cadena de fallas subsecuentes, es que la orden de **zarpe 352 sin fecha**, además, **nunca debió ser expedida por la Capitanía de Puerto de Cartagena** y por ello se le hace responsable de los hechos y en su línea de mando, son solidariamente responsables administrativamente, la DIMAR, la Armada Nacional, el Ministerio de Defensa y la Nación.*

(...) Zarpe que fue dado aun violando las propias órdenes dadas e impuestas por la misma Capitanía de Puerto de Cartagena, publicadas en el diario el Universal como se probó, donde en dicha publicación se dejaba en claro que estaba permitido y que no; no se sabe qué motivos hubo para ello, no me interesan, si hubo corrupción, tráfico de influencias o lo que quiera que haya ocurrido para obtener dicha anuencia para hacerse a la mar el día de los hechos por parte de quien tramito su salida; lo cierto, real y verdadero es que hay una persona muerta por haberse expedido una orden que no debió ser dada jamás por la autoridad marítima de Cartagena, ya que había un impedimento para ello y era la comunicación 77 del 13 de noviembre de 2003.

En dicha comunicación publicada en El Universal de Cartagena, de lo que se allegaron ejemplares del mes de noviembre de 2003, se difundía la orden por parte de la Capitanía de Puerto de Cartagena, sobre la prohibición de navegación en el evento de Balleneras de naves de pesca, no como lo entendió la a-quo, la prohibición era para naves de pesca y la M/n Milenium O era de ese tipo, de pesca artesanal, por lo tanto no podía expedirse zarpe a dicho navío para el evento de Balleneras.

Ese sólo hecho, de por sí, ya determina la responsabilidad civil extracontractual por falla en el servicio de la Nación, Mindefensa, Dimar,



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Armada Nacional, Capitanía de Puerto de Cartagena, además unido a la no vigilancia de los muelles y de la navegación en general durante el evento es el hecho cataclismo infortunado que terminó con la muerte de Pedro Agustín Rangel Cobos (q.e.p.d.) y que origina ésta reclamación por parte de sus familiares.

Probado está, que no se podía dar la orden de zarpe, probado está que fue expedida, probado está que la motonave Milenium O zarpó, navegó y zozobró y que por ese infortunado hecho de mar hay una persona fallecida como consecuencia de la irresponsabilidad del agente del Estado representado por la Capitanía de Puerto de Cartagena que permitió la salida al evento de balleneras del 14 de noviembre de 2003 de dicho artefacto naval.

En la orden impartida por la Capitanía de Puerto de Cartagena, se especificaba claramente que éste tipo de naves (las de pesca), sólo podían tener participación para fines exclusivamente publicitarios, no para transporte de personas, al igual que los cabotaje y los bongos.

Que el zarpe o salida, sería desde el muelle de la bodeguita, que las personas debían salir desde las mismas de la ciudad, no de los muelles de Castillogrande o Bocagrande, que los comerciales saldrían desde el muelle la Bodeguita previa inspección de Capitanía de Puerto y del grupo de Guardacostas de la Armada Nacional, pregunto: ¿dónde estaban durante el evento?, ¿dónde cuándo la Milenium O zozobro?, porque participó en el evento, eso está claro y probado, pero pregunto ¿por qué se le permitió estar ahí?, si había una orden clara y expresa de la que no debía tener pasajeros, ¿por qué se le expidió el zarpe autorizando pasajeros?, ¿qué motivó la expedición del (sic) zarpe fatal?, son preguntas que quedan sin responder, a la luz de la investigación hecha por la entidad que tuvo la culpa de la catástrofe y que con el mayor cinismo condena a los particulares, habiendo sido ella la Capitanía de Puerto de Cartagena la que expidió la orden de zarpe, convirtiéndose en ese momento en juez y parte en la investigación y cortando por el lado más débil, en particular inerte a quien se le autoriza a zarpar y se le condena por haberlo hecho autorizado (sic) irregularmente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Finalmente, argumenta que la Constitución Política de Colombia le impone un deber al Estado y a todos sus componentes, proteger todos y cada uno de los derechos de los asociados, entre ellos, la vida humana, ello ha sido violado y debe por eso declararse culpable y condenar a la Nación, Mindefensa, Armada Nacional, DIMAR, Capitanía de Puerto a indemnizar a los deudos conforme a lo pedido.

De parte de la entidad accionada

La parte accionada presentó alegatos de conclusión ratificando lo expuesto en la contestación de la demanda, visible a folios 276 a 277.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público en esta oportunidad procesal se abstuvo de emitir concepto alguno¹

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha treinta (30) de Julio de dos mil diez (2010), se corrió traslado a la parte demandante para que sustentara el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena.²

Por auto de fecha treinta y uno (31) de Agosto de dos mil diez (2010), se admite el recurso de apelación contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena.³

El día veintinueve (29) de Octubre de dos mil diez (2010), se corrió traslado para alegar a las partes por el término de diez (10) días y vencido este al Ministerio Público si eventualmente lo solicitare.⁴

¹ Ver folio 280

² Ver folio 165

³ Ver folio 168

⁴ Ver folio 170



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Mediante auto de fecha dieciséis (16) de Diciembre de dos mil diez (2010), el Despacho repuso el auto de fecha 29 de Octubre de 2010, porque no se habían allegado las pruebas decretadas en la primera instancia (fls.177 a 180).

Por auto de fecha treinta (30) de Octubre de dos mil doce (2012) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, vencido éste, al Ministerio Público, para que emita concepto si eventualmente lo solicitaba (fl.273).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1° del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

Caducidad de la acción.

Los hechos objeto de la presente demanda y que dieron lugar a los daños del cual se derivan los perjuicios ocasionados a los accionantes, ocurrieron el 14 de Noviembre de 2003; y la demanda fue presentada 18 de Septiembre de 2005 (folio 102), es decir, dentro del término de dos años dispuesto en el numeral 8 del artículo 136 C.C.A.

Problema jurídico.

Determinar si se cumplen los presupuestos necesarios para imputarle responsabilidad a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional – a título de falla del servicio por omisión, con ocasión del permiso que otorgó la Capitanía de Puerto de Cartagena a la Motonave Milenium, para participar del Desfile de Balleneras del día 14 de noviembre del 2003, la cual se volcó,



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

dejando como resultado trágico la muerte del señor PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS, entre otros.

Para la solución del problema jurídico planteado se deben analizar los presupuestos de la responsabilidad del Estado, partiendo del régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto, y por último la imputabilidad del Estado.

Régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto.

La parte demandante imputa responsabilidad a la entidad demandada por falla del servicio al considerar que la Capitanía de Puerto, no ejerció vigilancia y los controles adecuados al otorgar el permiso a la motonave Milenium O, para participar en el Desfile de Balleneras realizado, el día 14 de Noviembre de 2003.

Con relación a la responsabilidad del Estado por los daños causados en la desatención u omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, el Consejo de Estado⁵ ha señalado que el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños, en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones. En este sentido se ha sostenido:

“...responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones de control que a ella le corresponden [se refiere a la Policía Vial] (...) no es objetiva, pues requiere que los perjuicios que se reclamen puedan imputarse al incumplimiento de una obligación determinada.

“Esta responsabilidad, incluso bajo la óptica del Artículo 90 de la C.P., sólo puede surgir cuando se evidencia la existencia de una falla del servicio, teniendo en cuenta que tal concepción es relativa. Su régimen fue precisado por la Sala en sentencia del 5 de agosto de

⁵ Ver sentencias de la Sección Tercera, proferidas el 8 de marzo y el 29 de agosto de 2007 (Expedientes. 16.052 y 27.434).



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

1.994 (exp. 8487, actor Víctor Julio Pardo, ponente, Carlos Betancur Jaramillo), en la cual se señaló:

"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO. (...)

"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.

"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente".

(Mayúsculas dentro del texto original. Subrayas fuera de él)⁶.

Ahora bien, una vez se haya determinado que la entidad responsable no ha atendido, o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, el referido contenido obligacional, se ha apartado, por omisión, del cabal cumplimiento de las

⁶ Sección Tercera, sentencia de septiembre 11 de 1997 Exp. 11.764. M.P.: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, es necesario precisar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo, de acuerdo con la postura que reiteradamente ha sostenido el Consejo de Estado, a las exigencias derivadas de la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada. En esa dirección, esa Honorable Corporación ha precisado lo siguiente:

“«2. Aunque en el tema de definir si determinado daño puede imputarse a una autoridad pública, estudiado como el elemento "relación de causalidad", cuando el perjuicio ha sido producto de causas concurrentes, no pueden señalarse reglas absolutas, ni desecharse el peso que tiene en el punto la valoración subjetiva del juzgador, si estima la Sala que sobre él pueden establecerse las siguientes pautas generales:

“a. No puede determinarse, como única causa de un daño, aquella que corresponde al último suceso ocurrido en el tiempo. Este criterio simple, que opone la causa inmediata a la causa remota, implicaría, en últimas, confundir la causalidad jurídica con la causalidad física y no tomar en cuenta hechos u omisiones que, si bien no son la última causa del daño sí contribuyeron a determinar su producción.

En este orden de ideas, se tiene que son dos los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, como en el presente caso: en primer término, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica que habría tenido el cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, daño que, no obstante puede derivarse –temporalmente hablando– de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar de no haberse evidenciado ésta.

De las pruebas allegadas al proceso.

a) Dentro de la prueba documental que reposa en el plenario, se tiene:



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

1-. Copia auténtica de Registro Civil de Defunción del señor **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS**, en el cual consta como hecho sustancial, la muerte del mencionado señor, ocurrida el 19 de Noviembre de 2003.⁷

2-. Certificado de Registro Civil de Nacimiento del señor **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS**, en el que consta que nació el 5 de julio de 1953, -de lo que se infiere que a la fecha de su muerte, contaba con 50 años de edad- y que era hijo de **COBOS LETICIA Y RANGEL PEDRO VICENTE**.⁸

3-. Copia auténtica de documento de identidad de la señora **LETICIA COBOS DE RANGEL**.⁹

4-. Copia auténtica de Registro Civil de Defunción de la señora **LETICIA COBOS DE RANGEL**, en el que consta que falleció el 27 de julio de 2005.¹⁰

5-. Registro Civil de Defunción del señor **PEDRO VICENTE RANGEL BALLESTEROS**, ocurrida el 18 de enero de 1996; consta allí que su cónyuge se identifica como **LETICIA COBOS**, así como los datos de los padres del fallecido.¹¹

6-. Registro Civil de Matrimonio de **PEDRO VICENTE RANGEL BALLESTEROS** y **LETICIA COBOS**, celebrado eclesiásticamente el 8 de febrero de 1949 y registrado el 15 de Septiembre de 2005. Se adjunta, partida eclesiástica de matrimonio.¹²

7-. Cédulas de ciudadanía y Certificados de Registro Civil de Nacimiento de los demandantes señores **HORACIO, LETICIA, DELIA, CECILIA, REINALDO, ANIBAL, BERNARDA, ELVIA ROSA, GLADYS** y **DORIS RANGEL COBOS**; constatando en los últimos, que todos ellos son hijos de **LETICIA COBOS**

⁷ Folio, 20.

⁸ Folio 21.

⁹ Folio 22.

¹⁰ Folio 23.

¹¹ Folio 24.

¹² Folios 25 y 26.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

(Q.E.P.D.) y PEDRO RANGEL y por tanto, hermanos de PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS (Q.E.P.D.).¹³

8-. Documentos de identidad y Certificados de Registro Civil de Nacimiento de los demandantes, menores, **CINDY LORENA, GLADYS DAYANA, CARREÑO RANGEL, CRISTIAN DAVID y MARÍA FERNANDA DURAN RANGEL**, constando en los últimos que son hijos de **GLADIS RANGEL COBOS**, nietos de **LETICIA COBOS (Q.E.P.D.)** y sobrinos de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS (Q.E.P.D.)**.¹⁴

9-. Documentos de identidad y Certificados de Registro Civil de Nacimiento de los demandantes, menores **CARLOS JOSÉ, GERMAN ELIAS, JEISSON DAVID y HERNAN DE JESÚS DE PIÑERES RANGEL**, constando en los últimos que son hijos de **DORIS RANGEL COBOS**, nietos de **LETICIA COBOS** y sobrinos de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS (Q.E.P.D.)**.¹⁵

10-. Documento de identidad y Certificado de Registro Civil de Nacimiento del demandante, menor **ELKIN DE JESÚS RANGEL CATALAN**, constando en el último que es hijo de **HORACIO RANGEL COBOS**, nieto de **LETICIA COBOS (Q.E.P.D.)** y sobrinos de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS (Q.E.P.D.)**.¹⁶

11-. Documentos de identidad y Certificados de Registro Civil de Nacimiento de los demandantes, **OMAR, LINA YESENIA y MILENA YANIBE CARREÑO RANGEL**, constando en los últimos que son hijos de **CECILIA RANGEL COBOS**, nietos de **LETICIA COBOS (Q.E.P.D.)** y sobrinos de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS (Q.E.P.D.)**.¹⁷

12-. Documento de identidad y Certificado de Registro Civil de Nacimiento de la demandantes **MARLENY, NIDIA CONSUELO, GILMA Y JHON CARREÑO RANGEL**, constando en los último que son hijos de **BERNARDA RANGEL COBOS**, nietos de **LETICIA COBOS (Q.E.P.D.)** y sobrinos de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS (Q.E.P.D.)**.¹⁸

¹³ Folios 27 a 47 y 56 a 57.

¹⁴ Folios 48 a 55.

¹⁵ Folios 58 a 64.

¹⁶ Folios 65 a 66.

¹⁷ Folios 67 a 69 y 80 a 83.

¹⁸ Folios 70 a 79.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

13-. Documento de identidad y Certificado de Registro Civil de Nacimiento de la demandante, **KELLY JOHANNA CARREÑO RANGEL**, constando en el último que es hija de **GLADYS RANGEL COBOS**, nieta de **LETICIA COBOS** (Q.E.P.D.) y sobrina de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS** (Q.E.P.D.).¹⁹

14-. Documentos de identidad Certificados de Registro Civil de Nacimiento de los demandantes **ELENA, HUMBERTO, DIVA LILY y CLARA ELBA BALLESTEROS RANGEL**, constando en los últimos que son hijos de **LETICIA RANGEL COBOS**, nietos de **LETICIA COBOS** (Q.E.P.D.) y sobrinos de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS** (Q.E.P.D.).²⁰

15-. Documento de identidad y Certificado de Registro Civil de Nacimiento de la demandante, **LEYDA ELIZARITH MILENY AVILA RANGEL**, constando en el último que es hija de **ELVIA RANGEL COBOS**, nieta de **LETICIA COBOS** (Q.E.P.D.) y sobrina de **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS** (Q.E.P.D.).²¹

16-. Ejemplares del periódico "El Universal", de noviembre a diciembre de 2003, dentro de los cuales se destacan los días del 16 a 20 de noviembre de respectivamente, por contener, el primero, en la Sección de SUCESOS, la noticia del bote que zozobró, por causa desconocida, calificada por la Armada como imprudencia de los pasajeros y objeto de investigación por la Capitanía, siniestro que dejó como saldo dos personas muertas y dos en delicado estado de salud. Y el segundo por parte, también en la sección de SUCESOS, que tituló noticia como la "*muerte de otro ocupante de la lancha que zozobró*", correspondiendo esté al señor **PEDRO RANGEL COBOS** y señalando como causa del siniestro la imprudencia de los ocupantes, a quienes se dice, atribuyeron el percance las autoridades.²²

La Dirección General Marítima de la Capitanía de Puertos de Cartagena, envió copias auténticas de la Investigación iniciada por la Capitanía de Puerto de Cartagena por siniestro marítimo consistente en el Naufragio de la Motonave Milenium O, del cual se extrae lo atinente al asunto bajo estudio así:

¹⁹ Folios 84 a 85.

²⁰ Folios 86 a 93.

²¹ Folios 94 a 95.

²² Folios 18 y 14 del cuaderno de pruebas.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

17.-Copia Diligencia de levantamiento del cadáver practicada por la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, Unidad de Reacción Inmediata –URI– Fiscalía Seccional Siete, al cuerpo del señor **PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS**, de los hechos ocurridos el día 14 de Noviembre de 2003, diligencia practicada por el médico forense Dr. **BORIS PEREIRA LORA**. El cual diagnosticó que la causa de la muerte fue producto de una "*Encefalopatía hipoxia secundaria por inmersión*".²³

18-. Informe de la necropsia, practicada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses al señor **PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS**.²⁴

19- Certificación expedida por la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, FISCALIA SECCIONAL No.10 de Cartagena, en el cual hace constar que se adelanta una investigación penal por la muerte de LUCERIS BENAVIDES BARRIOS, PEDRO EUGENIO VASQUEZ ARISTIZABAL Y **PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS**, quienes fallecieron por sumersión, hechos sucedidos el día 14 de noviembre de 2003, en la ciudad de Cartagena.²⁵

20.-Copia comunicado de prensa "*Imprudencia causa accidente en la Bahía de Cartagena*"²⁶

21. -Permiso de Balleneras de fecha 10-Noviembre/2003, cuyo es No. 352, otorgado por el Capitán de Puertos de Cartagena, Sr: Nelson Fernández Correa en el cual se consignó lo siguiente:

"EL CAPITÁN DE PUERTO DE CARTAGENA EN USO DE SUS ATRIBUCIONES LEGALES Y CONSIDERANDO LAS QUE LE CONFIERE EL ART. 5 NUMERAL 9º DECRETO LEY 2324 DE 1984 AUTORIZA QUE LA EMBARCACIÓN MILENIUM 0 DE MATRICULA AGSI 3209 ARMADOR ORLANDO HERNÁNDEZ M. No. DE TRIPULANTES 08, No. PASAJEROS 20 PARTICIPE EN EL DESFILE DE BALLENERAS EN NAVEGACIÓN DIURNA HASTA LAS 19:00 HORAS".(negrilla fuera del texto original) .

²³ Folios 229 a 230.

²⁴ Folio 231.

²⁵ Folio 218

²⁶ Folio1



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

De lo anterior, se deduce que la embarcación MILENIUM 0, le fue otorgado permiso por parte de la Capitanía de Puerto de Cartagena, para participar del desfile de las Balleneras que se realizó, el 14 de noviembre de 2003.

23.- Boletín de Prensa No 77 de fecha 13 de noviembre de 2003, expedido por la Capitanía de Puertos de Cartagena, donde se establecen las medidas especiales, para el día 14 de noviembre de 2003, desfile de las Balleneras en la ciudad de Cartagena.²⁷

24.-Constancia de la apertura de la investigación iniciada por la Capitanía de Puerto de Cartagena.²⁸

25- Protesta No. 240 CEGUC-NOVIEMBRE-2003 de fecha 15 de noviembre de 2003, suscrito por el Oficial de Guardia Estación Guardacostas Cartagena y el Comandante de Estación Guardacostas de la misma ciudad, relacionado con los hechos ocurridos en el desfile de Balleneras, el día 14 de Noviembre de 2003. (f 32).En el cual rindió informe y expreso lo siguiente:

"El día 151750R se recibió una llamada por la línea de emergencia marítima de Guardacostas "146" del señor Capitán Jiménez informando que frente a Punta del Recluta de la Escuela Naval "Almirante Padilla" se había volteado una embarcación que transportaba personal y que requerían ayuda urgente.

(...)La operación de búsqueda y rescate con buzos del Departamento de Buceo y Salvamento de la Base Naval se lograron rescatar del interior de la MN "MILENIUM O" dos personas ahogadas correspondientes a una mujer joven de la cual no se pudo establecer la identidad y el señor PEDRO EUGENIO VASQUEZ ARISTIZABAL a los cuales le fue practicada diligencia de levantamiento por parte de la fiscalía.

(...)

Acuerdo declaraciones de los pasajeros y de los tripulantes que pudieron ser rescatados por nuestras unidades se pudo establecer que evento a bordo de la M/N MILENIUM O fue organizado por la empresa de cigarrillos BELMONT y que el hundimiento fue producido por sobrecupo de personal, que al aglomerarse en la cubierta superior al costado de babor para participar de un show organizado abordo, ocasionaron la escora al costado de babor y posterior hundimiento de la embarcación."²⁹

²⁷ Folios 2-4

²⁸ Folio 11

²⁹ Folio 32



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

26- Informe pericial, suscrito por el perito Naval en Navegación y Cubierta, Buceo y Salvamento, **RAUL ALBERTO RAMIREZ RIVERO**, con licencia clase A – Nª 73.110.525, nombrado por la CAPITANIA DE PUERTO, mediante auto noviembre 15 de 2003. (F81-109)

26.-Copia del permiso de operación para pesqueros extranjeros.³⁰

27.- Copia formato nacional del acta de levantamiento de cadáver debidamente diligenciada,³¹

28.- - Auto de fecha 21 de enero de 2004, proferida por la Fiscalía General de la Nación-Unidad Integral de Fiscalías Delegadas ante Jueces Penales del Circuito de de Cartagena de Indias de Delitos contra la Vía y Otros-Fiscalía Delegada No. 30 USFDCV, en sus apartes consideró *“pues los hechos son más la consecuencia de un lamentable accidente en donde no hubo intervención humana distinta a la realizada imprudentemente por los occisos, al no tomar las medidas necesarias para estar en la embarcación con sobre cupo”*

29- Contrato suscrito por los señores HERNAN RODRÍGUEZ MÀRQUEZ(Armador) y LUIS PUELLO SCHILEGEL, (Operador Logístico Bristh American Tobacco-Belmothn)

b) Testimoniales

Declaraciones recaudadas por la Capitanía de Puertos:

LUIS EMILIO GARCIA DIAZ, maquinista de la embarcación señala que en la misma *“...iban más o menos... 40 a 45 personas..., Todos estaban bastantes ebrios no acataron la orden de que no se quitaran el chaleco. (...) la mayoría de las mujeres no estaban de acuerdo al strip Teasps como les dije anteriormente,. (...) Se les advirtió desde tierra diciéndoles que debían llevar puesto los chalecos salvavidas, que no debían moverse del lugar donde estaban ubicados cada uno, se les advirtió una vez más que al subirse en la sobrecubierta podía ocasionar un problema. (...) cuando terminó el desfile nosotros nos dirigíamos al muelle nuevamente, como a las 5:30 o 5.45 horas, unos señores que iban a bordo llevaban dos mujeres que ahí la subieron en la sobrecubierta del barco y*

³⁰ Folio 14

³¹ Folio 195-219



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

*las pusieron a hacer strip teaps que tenían planeado, al ver esas mujeres casi desnudas todos empezaron a subir a la cubierta. (...) todos se aglomeraron del mismo lado de babor, ahí fue donde pasó lo ocurrido.*³²

(...) Yo nunca he tenido licencia yo siempre he consigo permiso que me ha otorgado la Capitanía, permiso de Maquinista y permiso de Marino de Cubierta, los cuales no tengo actualmente, porque se me vencieron hace como año y medio.

En ampliación de su declaración manifiesto el señor LUIS EMILIO GARCÍA DÍAZ, que (...) "yo era el Timonel de la motonave, ayudando al capitán que no conocía la bahía, entonces yo me encargue sobre toda maniobra del barco. (...) le preguntaron "si usted ratifica en declaración rendida el día 1º de diciembre de 2003, referente al permiso otorgado por la Capitanía de Puerto cuando dice" El papel yo lo ví porque me lo entregó el señor Luis Puello, y yo se lo entregué al capitán para que lo pusiera en el barco el permiso decía 8 tripulantes y 20 pasajeros, el señor Luis Puello leyó el papel". **CONTESTÓ:** Si fue cierto.³³

FREDY PABLO SALAS REINA, Capitán de la motona MILENIUM 0, "para mí el barco se volteó por imprudencia de los pasajeros y la borrachera que tenían, pienso que si estos señores no se les hubiera dado por hacer subir a esas chicas al techo de la cubierta del buque no hubiera ocurrido absolutamente nada, pero la orden fue de ellos, que se subieran esas muchachas y ahí están las consecuencias. **PREGUNTADO:** Diga quien controló la subida de los pasajeros a bordo de la motonave MILENIUM 0. **CONTESTO:** El control de la subida de los pasajeros los llevaba el señor Luis, o sea el encargado que había dejado el señor Hernán para controlar porque era el hombre de su confianza"

CAPITAN DE CORBETA RAUL RAMÍREZ ® PÉRITO- (...) En una lancha el simple hecho de correr una persona hacia uno u otro costado puede corregir una escora y adrizar la embarcación y eso se lleva a cabo de una manera espontánea durante las navegaciones. (...) la condición de navegabilidad normal es su posición adrizada, no perdió la condición de navegabilidad y de flotabilidad aun estando invertida, debido a que aún invertida se pudo haber llevado a cabo el remolque, en efecto se desplazó flotando, pero en una condición anormal. La condición de estabilidad, si cambió sustancialmente al subirse las personas a la

³² Ver folios 122-125

³³ Ver folio 241



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

casamata y al disminuir su movimiento debido a que el casco cumple una función hidrodinámica para ayudarle a retornar a su posición de adrizamiento.

JHON DARIO LÓPEZ ALZATE- invitado por la BAT(...) cuando el barco zarpó habían unas 40 personas. Del Desfile no vimos nada, en el trayecto escuchamos música, se tomó trago, se bailó, mujeres.(...) Luego del desfile cuando el barco comenzó su regreso era como tipo 6 de la tarde, el barco se movía, habían bailes de parejas, las muchachas que eran de Belmont, empezaron a bailar solas, tenían como 25 años, animadas, y se quitaron la blusa, la gente las rodeó (...) hasta que se volteó el barco rápidamente.³⁴

HERNAN RODRÍGUEZ MÁRQUEZ-Amador de la motonave Mileniun O, manifiesta en uno de sus apartes de su declaración lo siguiente.

*(...) Las condiciones de la motonave para ese momento y fecha, era óptimas. (...)la motonave se arrendó solamente durante el día viernes 14 de noviembre de 2003, desde las 09 de la mañana hasta la 6 de la tarde del mismo día y con el único propósito de participar en la actividad novembrina denominada Desfile de Balleneras.(...) La motonave zarpó del muelle de la pesquera **Santa Clara**, con toda su dotación de equipo de pesca, sistema eléctrico completo. (...) A la tripulación se le instruyó sobre la obligación que teníamos de exclusivamente movilizar la nave, en el Desfile de Balleneras, tenían instrucciones de no permitir la presencia de ninguna persona en el puente de mando.*

(...) Personalmente el señor Luis García me indicó que el trató de convencer a los pasajeros de no subirse al techo, pero que por el alto grado de embriaguez y excitación de esas personas, no le fue posible ni conversarlos ni controlarlos.

(...) Como armador pesquero, entiendo perfectamente que la estiba móvil o la carga móvil al estar en el techo de la cubierta, le cambió el punto de equilibrio a la embarcación desestabilizándola y produciendo el volcamiento a babor.³⁵

De las declaraciones antes descritas se encuentra probado lo siguiente:

1. A folio 2 del cuaderno de pruebas obra boletín No. 77 de fecha 13 de noviembre de 2003, en la cual se establece las medidas especiales para el desfile de las balleneras. Entre las medidas se señala la participación de naves pesqueras solo para usos publicitarios.

³⁴ Ver folio 213-214

³⁵ Ver folio 44-47 C-P-



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

2. *Que la nave Milenium O partió de un puerto no habilitado.*

3. *El número de personas que ocupaba la motonave era superior a 40 personas.*

4. *Que del puerto donde zarpo la embarcación el día de los hechos no existía autoridad militar u de vigilancia.*

5. *Por último, que no todos los pasajeros a bordo contaban con chaleco salvavidas.*

Ahora bien, se ocupará la Sala de establecer, en los términos de la apelación, si la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL – DIMAR – CAPITANÍA DE PUERTOS DE CARTAGENA, es administrativamente responsable por los supuestos daños causados a los demandantes por otorgar a una motonave de pesca, permiso de zarpe para transportar pasajeros.

Visto lo anterior, resulta necesario establecer cómo sucedieron los hechos, para determinar si efectivamente se le puede imputar responsabilidad al Estado.

Según las pruebas allegadas al plenario, el día 10 de noviembre de 2003, la señora NELCY PUERTAS COGOLLO representante legal de ASEMARES LTDA, agente marítimo de la Motonave Milenium O, dedicada a la pesca artesanal, solicitó a la Capitanía de Puerto de Cartagena, permiso de navegación para el día que se realizaba el desfile de las balleneras, el cual fue otorgado por la Armada Nacional, mediante autorización No. 352 sin fecha.³⁶

El día 13 de Noviembre de 2003, a través de su organizador logístico la Sociedad BRITISH AMERICAN TOBACCO LIMITED, arrendó la motonave MILENIUM O, el día viernes 14 de noviembre de 2003, desde las 9:00 a.m. hasta las 6:00 pm, para que transportara a sus funcionarios, distribuidores e invitados con el fin de que participaran del desfile de Balleneras y a su vez expusieran publicidad de la marca de cigarrillos Belmont.

³⁶ Folio 21



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

En la misma fecha 13 de noviembre 2003, la Armada Nacional a través de la Capitanía de Puerto de Cartagena, emitió el boletín de prensa No. 77, mediante el cual se tomaron una serie de medidas, con el fin de garantizar la seguridad de las personas en el desfile náutico de Balleneras, que llevaría a cabo el día viernes 14 de noviembre de 2003.

El día 14 de noviembre de 2003, un número aproximado de 80 personas abordaron la motonave MILENIUM 0, desde el Muelle Santa Clara, puerto no habilitado, es decir, diferente al ordenado por el reglamento emitido por la Capitanía de Puerto de Cartagena para participar en el desfile de Balleneras de ese día.

Posteriormente, debido a la preocupación de los pasajeros se decidió trasbordar a otra lancha a un número aproximado de 40 a 45 pasajeros zarpando finalmente la motonave MILENIUM O, con un total de 48 personas, es decir, el doble de lo ordenado por la Capitanía de Puertos (8 y 20 personas).

El 14 de Noviembre de 2003, frente a la "*Punta del Recluta*" de la Escuela Naval "Almirante Padilla", siendo aproximadamente las 6:00 p.m, se volteó la motonave MILENIUM O, dejando como resultado la muerte del señor PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS, entre otros.

ANALISIS DEL CASO

Para dar respuesta al problema jurídico arriba planteado la Sala entrará a examinar en el caso concreto los tres (3) elementos que constituyen la responsabilidad del Estado de cara al acervo probatorio relacionado precedentemente.

1. **El Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

2. **El Hecho dañino o falla**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y,

3. **El Nexo causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño.

Por otra parte, también han coincidido jurisprudencia y doctrina, en que la carga de la prueba de esos elementos en cada caso concreto, compete, por regla general, a quien alega haber sufrido un daño antijurídico, o lo que es lo mismo, a quien alega haber experimentado un daño que no estaba obligado a soportar, carga probatoria que de no ser atendida en debida forma, necesariamente conduce a la denegación de las pretensiones de la demanda.

Del daño

Para la Sala, en el caso sub examine, el daño antijurídico que se reclama reside en la muerte del señor **PEDRO AGUSTÍN RANGEL COBOS**, producto del siniestro marítimo ocurrido el día 14 de noviembre de 2003 y por otro lado, la muerte de su señora madre, ocurrida el día 27 de julio de 2005, como consecuencia, según se alega el dolor por la pérdida de su hijo en condiciones arriba descritas.

Los dos fallecimientos se encuentran debidamente probados tal como lo determinó la juez *a quo*, hecho que no ha sido controvertido por la parte demandada, por lo que debe tenerse por demostrada la configuración de este elemento integrante de la responsabilidad estatal.

Corresponde entonces, a la Sala a analizar si se configuró la falla del servicio por parte de la entidad demandada, teniendo en cuenta la normatividad presuntamente omitida, la imputación de responsabilidad del Estado y el nexo causal entre esta y la producción del daño.

La Falla del Servicio



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

En el caso bajo estudio la Sala se apoya en las normas que regulan la vigilancia de la actividad marítima:

El Decreto 2324 de 1984 en su artículo 1 establece: *“La Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR) es una dependencia del Ministerio de Defensa, agregada al Comando de la Armada Nacional, cuya organización y funciones se regirán por las normas que establece el presente Decreto, y por los reglamentos que se expidan para su cumplimiento.”*

Así mismo, el artículo 4 ibídem señala:

“La Dirección General Marítima y Portuaria es la Autoridad Marítima Nacional que ejecuta la política del Gobierno en materia marítima y tiene por objeto la, dirección, coordinación y control de las actividades marítimas, en los términos que señale este Decreto y los reglamentos que se expidan para la promoción y estímulo del desarrollo marítimo del país.”

Por su parte, el artículo 5 ibídem dispone:

“Funciones y Atribuciones. La Dirección General Marítima y Portuaria tiene las siguientes funciones:

(...) 3. Coordinar con la Armada Nacional el control del tráfico marítimo.

(...) 5. Regular, dirigir y controlar las actividades relacionadas con la seguridad de la navegación en general, la seguridad de la vida humana en el mar, la búsqueda y salvamento marítimos y fijar la dotación de personal para las naves.

(...) Siguiendo el mismo hilo conductor el Decreto 1561 de 2002, vigente para la época del siniestro establecía en su artículo 7:

“DIVISIÓN DE CAPITANÍAS DE PUERTO Y SEGURIDAD MARÍTIMA. Son funciones de la División de Capitanías de Puerto y Seguridad Marítima, las siguientes:

“(...)”15. Garantizar la seguridad de la navegación y de la vida humana en el mar y mantener el control de conformidad con los Convenios Internacionales y con la normativa nacional vigente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

"(...)"El artículo 8 ibídem:

"CAPITANÍAS DE PUERTO. La Dirección General Marítima tendrá diecisiete Capitanías de Puerto, las cuales estarán ubicadas geográficamente de acuerdo con las necesidades de la Dirección. Son funciones de las Capitanías de Puerto, las siguientes:

- 1. Ejercer la autoridad marítima y portuaria en su jurisdicción.*
- 2. Hacer cumplir las leyes y disposiciones relacionadas con las actividades marítimas y portuarias.*
- 3. Conceptuar y tramitar las solicitudes de licencias, matrículas y patentes de navegación de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin.*
- 4. Verificar los exámenes para expedir licencias.*
- 5. Expedir licencias de navegación para el personal de mar."*

De las normas transcritas, es claro que, la Dirección General Marítima y Portuaria tiene la obligación de velar por el cumplimiento de la seguridad y la vida humana en el mar.

De la imputación

Así las cosas, una vez verificado el daño corresponde determinar si el mismo es imputable al Estado y, con ello, si está, o no en la obligación de reparar los daños causados a los demandantes, de acuerdo con los dos elementos que conforma la imputación a saber, la imputatio facti y la imputatio juris.

Observa la Sala que en el caso bajo estudio los demandantes pretenden endilgar la responsabilidad a la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL por la muerte del señor PEDRO AGUSTIN RANGEL COBOS (Q.E.P.D.), por el sólo hecho de haber expedido permiso de zarpe a la motonave de pesca "MILENIUM 0" la cual posteriormente resultó volcada en la bahía de Cartagena el día 14 de Noviembre de 2003; y extremo el fallecimiento de su señora madre LETICIA COBOS DE RANGEL (Q.E.P.D) el día 27 de julio de 2005, respectivamente.

La parte actora alega que la entidad demandada debe responder por los daños causados a los reclamantes, como quiera que la Capitanía de Puerto de



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Cartagena, no **ejerció el control y la vigilancia** sobre las motonaves que participaron en el desfile de Balleneras, en dejar zarpar de puertos diferentes.

La Sala no comparte lo alegado por los actores, toda vez que infringieron flagrantemente las normas marítimas dadas por la Armada Nacional, a través de boletín de prensa No. 77 de fecha 13 de noviembre de 2003, mediante el cual se tomaron una serie de medidas para el desfile náutico de balleneras, organizado por el Concurso Nacional de la Belleza, el día 14 de Noviembre de 2003, con el fin de garantizar la seguridad de la vida humana en el mar, consagrando lo siguiente:

(...) "La participación de Bongos pesqueros y buques de cabotaje será única y exclusiva para fines publicitarios, en ningún caso podrán transportar pasajeros".

(...) Evitar el sobrecupo"

(...) Evitar el transbordo de personas y objetos de una embarcación a otra"

(...) El personal abordo deberá hacer uso de chalecos salvavidas"

(...) La salida de embarcaciones comerciales será desde el muelle de la Bodeguita previa inspección de la Capitanía de Puerto y Guardacostas".

Es de anotar que, días antes a la expedición del boletín de prensa, el día 10 de noviembre de 2003, la señora Nelcy Puerta Cogollo, representante de Asemares Ltda., solicitó al capitán de Puertos de Cartagena Nelson Fernández Correa, permiso para participar del desfile Balleneras a favor de la Motonave Milenium.

La Armada en uso de sus facultades concedió permiso No. 352, otorgado por la Capitanía de puerto, haciendo la salvedad del cupo limitado de las personas abordo.

La Sala precisa que, la Armada Nacional como autoridad marítima local tiene la competencia y potestad de otorgar permisos a las embarcaciones, para que participen en un evento tan tradicional y conocido como lo es el desfile de ballenera en el Reinado Nacional de la Belleza, motivo por el cual, la Capitanía



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

de Puerto, a través del comandante de la Armada Nacional Juan Carlos Roa, expidió el respectivo permiso.

Sin embargo, debe resaltarse que dicho permiso solamente habilitaba a la nave en cuestión a participar en el mencionado evento pero, sin excluir el cumplimiento de las medidas de seguridad implementadas por la misma autoridad, con anterioridad a l desfile.

Por otro lado, respecto al sobrecupo alegado por la parte demandada, esta Corporación considera que, de acuerdo a la prueba trasladada a petición de la parte demandante que le fue concedida en esta instancia, la autoridad marítima, dentro de su investigación administrativa, decretó la prueba pericial a cargo de Raúl Alberto Ramírez Ribero, especialista en Navegación y Cubierta, Buceo y Salvamento, que a través de su dictamen pericial concluyo que, **la mala distribución de los pesos, por la subida de las personas a la casamata, alteró su centro de gravedad y en consecuencia la pérdida de su estabilidad, originado por el show de streap teasp, por parte de las dos (2) mujeres que se desnudaron de la cintura para arriba, dando lugar a que los pasajeros se aglomeraran hacia un mismo lado, en tal forma que ocasionó un volcamiento de campana, situación esta que pudo ser prevenida por la tripulación que estuvo al frente de la embarcación.**

Para reafirmar lo expuesto resulta pertinente citar la providencia de fecha 12 Noviembre de 2004, proferida por la Dirección General Marítima de la Capitanía de Puerto de Cartagena en la que resolvió la investigación por el naufragio de la motonave Milenium 0 y determino la causa que conllevó al siniestro. A continuación nos permitimos transcribir los apartes más importantes:

"(...) Sin embargo, probado que la cantidad de pasajeros no fue la causa determinante del accidente, como quiera que la capacidad de cargue de la motonave "Milenium 0" puede superar 10 toneladas y alcanzar hasta el 21,65 Toneladas de Registro. Así lo concluyo el perito a folio 113 en el cuaderno de pruebas del expediente. "...al hacer el cálculo con 48 personas la reserva de flotabilidad se disminuye pero aun así promediando a 100kg de peso por persona no se llega a las cinco toneladas de peso, quiere decir que en condiciones de flotabilidad comparando el peso de la carga comparando con



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

el empuje que produce el agua de mar sobre la estructura del caso, la embarcación tiene una abollancia positiva y aún tiene una gran reserva de flotabilidad.”

“Otra cosa fue la mala distribución de los pesos, por la subida de las personas a la casamata que alteraron su centro de gravedad y en consecuencia la pérdida de su estabilidad, originaron al parecer por el show de steap tease por parte de unas jóvenes mujeres que dio lugar a que los pasajeros se aglomeraran hacia un mismo lado en forma tal que ocasionó su escoramiento y posterior vuelta de campana.”³⁷

Del anterior informe pericial, se tiene que el naufragio obedeció a una suma de factores distintas del sobrecupo de la embarcación que llevaron a la inestabilidad de la embarcación provocando dicha situación.

Así las cosas, se concluye que el naufragio se produjo por razones no atribuibles a la autoridad demandada, pues se reitera, que el zarpe se hizo por un puerto no habilitado, lo que implica que no podrían las autoridades encargadas de la vigilancia ejercer el control pertinente de garantizar la seguridad del a vida humana en el mar.

De igual manera, se observó sobrecupo, transbordo de personas y objetos de una embarcación a otra, falta del uso de chalecos salvadas, como también el permitir de forma irresponsable un show de strep-teasps, aglomerándose los pasajeros hacia un solo punto, ocasionándose que el peso de la Motonave Milenium O, se desequilibrara, lo que en últimas fue la causa directa del volcamiento de campana de la motonave

En ese sentido, es importante precisar que quienes estaban autorizados para participar en el desfile, se encontraban obligados al cumplimiento de los parámetros de seguridad que la misma Capitanía de Puerto estableció, por ello la actitud asumida por la tripulación de la nave, fue contraria a la normatividad marítima, toda vez que evadieron el control de seguridad, apartándose así de las rutas organizadas por los inspectores.

A juicio de la Sala es importante resaltar, que las entidades de vigilancia como adujo la parte demandada, no son omnipresentes para determinar que la

³⁷ Folios-302-316



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

embarcación MILENIUM 0 cumplía a cabalidad con las medidas de seguridad, debido a la conducta evasiva y adoptada por su tripulación conllevó al incumplimiento de las disposiciones legales y al desenlace fatal.

Por lo tanto, es evidente para la Sala que no se le puede atribuir responsabilidad a la entidad demandada, toda vez que no quedó demostrado que sus actuaciones desconociera las atribuciones que por ley le correspondían.

En consecuencia, el hecho lamentable, no se ocasionó por el actuar irregular o la omisión de la entidad demandada, sino por las actuaciones de un tercero, tal y como se concluyó en el fallo de primera instancia, por lo que se impone para la Sala confirmarlo.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

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

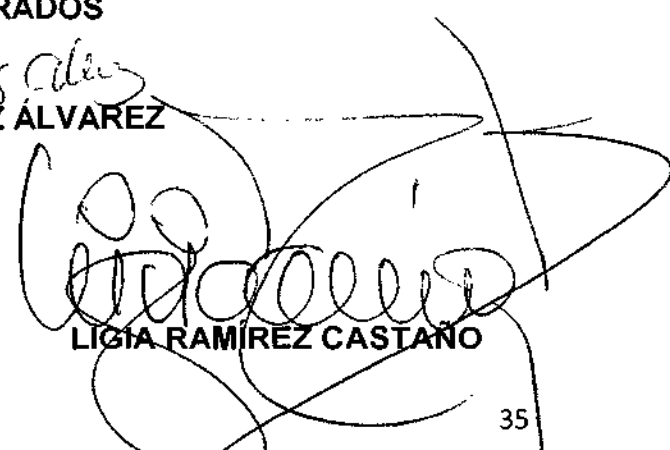
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

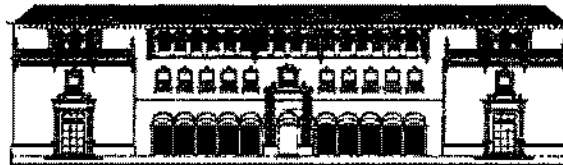
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1296
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JORGE PEREIRA BARRIOS Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2010-00413-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 002

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPARACIÓN DIRECTA
Radicación : 13-001-23-31-002-2010-00413-00
Demandante : JORGE PEREIRA BARRIOS Y OTROS
Demandado : NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Tema : PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD – PRECIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por los señores JORGE LUIS SIMÓN PEREIRA BARRIOS, MARYLUZ PEREIRA REGINO, LUZ CRISTINA DIAZ RIVAS, DIANA MARCELA PEREIRA DIAZ, MARÍA ELENA PEREIRA REGINO, MARÍA ELISA PEREIRA PEGINO, ELIZABETH BARRIOS PIEDRAHITA y ALCIRA DEL CARMÉN PEREIRA DE ANGULO contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN con ocasión de la privación de la libertad a la que fue sometido el señor JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS.

II. ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA¹

1.1. LAS PRETENSIONES.

Textualmente:

“1. Declarar responsable administrativamente a la Nación - Fiscalía General de la Nación - Rama Judicial, individualmente o de manera solidaria por los daños y perjuicios de orden material, moral, daño a la vida de relación y Alteración de las condiciones de existencia entre otros, causados a los demandantes por Error Jurisdiccional, y por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS.

¹ 1 a 32

"2. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a la Nación - Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial a reconocer y pagar la Indemnización por los perjuicios materiales, morales, daño a la vida de relación y/o perjuicio del placer y Alteración de las condiciones de existencia causados a los demandantes así:

"2.1. DAÑOS MORALES:

Pretenden los demandantes que se condene a la Nación Colombiana, Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, representados legalmente por el Director Administrativo y Financiero de la fiscalía General de la Nación Seccional Bolívar y la directora Ejecutiva de la Administración Judicial de Bolívar; y les paguen, por concepto de perjuicios o daños morales, una Indemnización las cuales equivalgan en moneda nacional, para cada uno de ellos, y/o su equivalente en salarios mínimos legales vigentes.

JORGE LUIS SIMÓN PEREIRA BARRIOS:	100 salarios mínimos legales vigentes
LUZ CRISTINA DIAZ RIVA:	80 salarios mínimos legales vigentes
MARIA ELENA PEREIRA REGINO:	60 salarios mínimos legales vigentes
MARLEN ELISA PEREIRA REGINO:	60 salarios mínimos legales vigentes
MARYLUZ PEREIRA REGINO:	60 salarios mínimos legales vigentes.
DIANA MARCELA PEREIRA DIAZ:	60 salarios mínimos legales vigentes
ALCIRA PEREIRA BARRIOS:	50 salarios mínimos legales vigentes
ELIZABETH BARRIOS PIEDRAHITA:	80 salarios mínimos legales vigentes
Totales:	550 SMLV

"(...)"

"1.2. PERJUICIOS MATERIALES:

Pretende (sic) además los actores que la Nación Colombiana, Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, representados legalmente por el señor Fiscal General de la Nación y/o el Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación Seccional Bolívar y la directora Ejecutiva de la Administración Judicial, les pague, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de Lucro Cesante y Daño emergente así:

- Daño emergente: La suma de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000.00), correspondiente a los gastos que JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS tuvo

que hacer para atender su defensa dentro del proceso penal que se adelantó en su contra y cancelo honorarios al Doctor OSCAR ENRIQUE PADILLA RAMOS.

- *Lucro Cesante: todo lo que dejo de devengar durante todo el tiempo que ha estado cesante sin poder trabajar, debidamente indexados, con fundamento en lo percibido por concepto de su trabajo, en su desempeño como empleado y comerciante de la región lo estimamos en 50 salarios mínimos legales vigentes para un total de \$25.750.000.00*

DAÑO EMERGENTE	-----	\$20.000.000.00
LUCRO CESANTE	-----	\$25.750.000.00

1.3. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN Y/O PERJUICIOS DEL PLACER

Pretenden los demandantes que la Nación Colombiana, Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, representados legalmente por el Director Administrativo y Financiero de la Fiscalía General de la Nación Seccional Bolívar y la directora.

Ejecutiva de la Administración Judicial de Bolívar; les paguen, por concepto de perjuicios o daños a la vida de relación, una Indemnización las cuales equivalgan en moneda nacional, para cada uno de ellos, y/o su equivalente en salarios mínimos legales vigentes:

JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARIOS:	100 salarios mínimos legales vigentes
LUZ CRISTINA DIAZ RIVA:	40 salarios mínimos legales vigentes
MARIA ELENA PEREIRA REGINO:	30 salarios mínimos legales vigentes
MARLEN ELISA PEREIRA REGINO:	30 salarios mínimos legales vigentes
MARILUZ PEREIRA REGINO:	30 salarios mínimos legales vigentes
DIANA MARCELA PEREIRA DIAZ:	30 salarios mínimos legales vigentes
ALCIRA PEREIRA BARRIOS:	30 salarios mínimos legales vigentes
ELIZABETH BARRIOS PIEDRAHITA:	40 salarios mínimos legales vigentes
Totales.....	550 SMLV

Perjuicio a la vida relación

"(...)"

Es evidente que, en este caso, el perjuicio a la vida de relación que sufrió el señor Higuíta (sic) debe ser indemnizado. Tal razonamiento deriva de entender a la víctima a partir de su dignidad e integridad humanas, que no pueden verse quebrantadas a raíz del daño y que deben permanecer indemnes a pesar de él, para que pueda quedar en una posición frente a la vida y a las posibilidades que ella le ofrezca, como si el daño no hubiera ocurrido o lo más cercano a una situación tal.

“(...)”

“ALTERACION DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

Pretenden los demandantes que la Nación Colombiana, Fiscalía General de la Nación, Rama Judicial, representados legalmente por el Director Administrativo y Financiero de la fiscalía General de la Nación Sección Bolívar y la directora Ejecutiva de la Administración Judicial de Bolívar; les paguen, por concepto de alteración de las condiciones de existencia, una Indemnización las cuales equivalgan en moneda nacional, para cada uno de ellos, y/o su equivalente en salarios mínimos legales vigentes:

<i>JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS:</i>	<i>80 salarios mínimos legales vigentes</i>
<i>LUZ CRISTINA DIAZ RIVA:</i>	<i>40 salarios mínimos legales vigentes</i>
<i>MARIA ELENA PEREIRA REGINO:</i>	<i>30 salarios mínimos legales vigentes</i>
<i>MARLEN ELISA PEREIRA REGINO:</i>	<i>30 salarios mínimos legales vigentes</i>
<i>MARILUZ PEREIRA REGINO:</i>	<i>30 salarios mínimos legales vigentes</i>
<i>DIANA MARCELA PEREIRA DIAZ:</i>	<i>30 salarios mínimos legales vigentes</i>
<i>ALCIRA PEREIRA BARRIOS:</i>	<i>30 salarios mínimos legales vigentes</i>
<i>ELIZABETH BARRIOS PIEDRAHITA:</i>	<i>40 salarios mínimos legales vigentes</i>

Totales.....310 SMLV

“1.4. Que se condene a las Entidades Demandadas en costas (Expensas Judiciales y Agencias en Derecho) que se causen como resultado de la iniciación y trámite del Proceso (C-533/99. Julio 28).

“1.5. La condena respectiva será actualizada de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta que se le de cabal cumplimiento a la sentencia más los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

“1.6. La parte condenada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 178 del C.C.A.”

1.2. HECHOS².

Los relata de la siguiente manera:

“PRIMERO: El Doctor WILSON GUARNIZO CARRANZA obrando a través de poder conferido por el Doctor JAIRO DE JESUS CORTES ARIAS, Liquidador de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en liquidación, formuló denuncia penal contra de quienes resulten responsables.

“(…)”

“SEGUNDO: debido a la denuncia formulada por el señor WILSON GUARNIZO CARRANZA en calidad de apoderado del señor JAIRO DE JESUS CORTES ARIAS Gerente Liquidador de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en Liquidación, la FISCALÍA CUARENTA DELEGADA, UNIDAD DE DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SECCIONAL BOLÍVAR, decide tener la misma como base para dictar apertura de instrucción contra JORGE PEREIRA BARRIOS, Analista de Cartera especial del Departamento de Crédito y Cartera de la Gerencia Regional Bolívar, por el supuesto delito de PECULADO POR APROPIACIÓN.

“(…)”

“TERCERO: El señor JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS, va a las oficinas del Departamento Administrativo de Seguridad DAS de Sincelejo Sucre, a tramitar el Certificado Judicial, cuando fue capturado por los agentes de esta Institución debido a que tenía una orden de Captura ordenada por la Fiscalía Seccional Cuarenta de la Ciudad de Cartagena (Unidad de delitos contra la Administración Pública).

² Folios 3 – 11.

“CUARTO: La Fiscal Cuarenta Seccional Doctora LUISA ESCANDON ALVAREZ, a través del Oficio No 759 del 13 de Octubre de 2004, solicita a la Directora Seccional del DAS, Sincelejo Sucre, mantener en calidad de retenido a disposición de ese Despacho al señor JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS, para ser escuchado en diligencia de indagatoria dentro del radicado No 43719.

“QUINTO: El 14 de Octubre de 2004, la Fiscal Quince Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Sincelejo, fija el día y hora para la diligencia de indagatoria en cumplimiento al Despacho Comisorio. Ese mismo día (14 de Octubre de 2004), mi mandante debido a la vergüenza con su jefe, sus compañeros y clientes del Banco por haber sido capturado y en medio del desespero presentó renuncia del cargo que venía desempeñando en el Banco Agrario de Sincelejo, dimisión que fue aceptada el día 19 de Octubre de 2004.

“SEXTO: El día 15 de Octubre de 2004 fue escuchado en indagatoria JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS, una vez terminada es puesto en libertad.

“SEPTIMO: El día 15 de Octubre de 2004 a través del Oficio No 1365, el Asistente Judicial de la Fiscalía Quince Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de la Unidad de Sincelejo Sucre, Unidad de Delitos contra la Administración Pública, hace devolución del Despacho Comisorio que por reparto le correspondió donde escucho en Indagatoria al señor JORGE LUIS SIMON PEREIRA BARRIOS...”

“OCTAVO: Son tan graves los perjuicios ocasionados al señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS, que no solo fue capturado el día 13 de Octubre de 2004, sino que el día 28 de Febrero de 2007, se dirigió hasta las instalaciones del DAS Seccional Sucre, con el fin de tramitar nuevamente el Certificado Judicial, pero este fue negado por encontrarse con ANOTACIÓN en el sistema relacionado con el proceso que cursa en el despacho de la Fiscalía Cuarenta Seccional Cartagena Bolívar, por lo que fue retenido por los funcionarios del DAS Sucre, hasta tanto no enviaran informe de Cartagena en que estado se encontraba el proceso.

“NOVENO: Como si todo lo anterior fuera poco, pese a los errores judiciales cometidos y la privación injusta de la libertad de que había sido objeto, el día 29 de Marzo de 2007 JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS se encontraba en la Ciudad de Bogotá, cuando presento sus documentos en el aeropuerto el Dorado, nuevamente es capturado por el Patrullero ANDERSON PINTO de la Policía Aeroportuaria, dado a que la Fiscal que estaba conociendo de la investigación (Fiscalía Cuarenta Seccional de Cartagena -

Bolívar) no ordeno la cancelación de la orden de captura para ser escuchado en Indagatoria, siendo que esta indagatoria fue recibida el día 15 de Octubre de 2004 y puesto en libertad inmediatamente, por lo que con la omisión de la Fiscal Seccional Cuarenta Unidad de Delitos contra la Administración Pública, a mi mandante se le han ocasionado graves perjuicios al igual que a sus familiares que tuvieron que padecer vergüenza y esta situación de incertidumbre, debido a que en cualquier momento podía ser capturado y retenido por las autoridades por tan grave negligencia de esta Fiscal.

“DECIMO: Solo el 29 de Marzo de 2007, cuando fue capturado y retenido en el aeropuerto el Dorado de Bogotá, es que la Fiscal Cuarenta Seccional de Cartagena, Unidad de Delitos contra la Administración Pública, procede a Oficiar al DAS, SIJIN de Bolívar, Oficina de Informática de la DIJIN, en el cual informó que la orden de captura ordenada contra JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS mediante Oficio del 10 de Septiembre de 2004 para ser escuchado en diligencia de indagatoria, fue cancelada el 5 de Noviembre de 2004 y este Despacho actualmente no tiene orden de captura vigente contra el mencionado señor.

“DECIMO PRIMERO: Como puede observarse, con el oficio dirigido por la Fiscal Cuarenta Seccional de Cartagena, de Delitos contra la Administración Pública, tres años después, fue cuando la funcionaria negligente comunicó a las autoridades respectivas, que a JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS, ya se le había cancelado la orden de captura, por lo que semejante negligencia y omisión de la funcionaria, continuaba generando perjuicios de orden moral tanto a mi mandante como a sus familiares.

“DÉCIMO SEGUNDO: El día 12 de Diciembre de 2007, la Fiscalía Seccional Cuarenta de Cartagena, Unidad de Delitos contra la Administración Pública, procede a calificar el mérito del sumario seguido contra JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS y decide PRECLUIR la investigación adelantada en su contra.

“DÉCIMO TERCERO: Debido a que el apoderado de la parte Civil no fue notificado en debida forma, la Fiscalía Cuarenta Seccional Cartagena, 11) procedió a decretar nulidad del estado No. 239 del 12 de Diciembre de 2007 y consecuentemente su ejecutoria por indebida notificación.

“DÉCIMO CUARTO: El Apoderado de la parte Civil presenta Recurso de Apelación contra la Providencia del 12 de Diciembre de 2007 que precluye la investigación.

“DÉCIMO QUINTO: El día 30 de Mayo de 2008, la Unidad Delegada ante el Tribunal Superior Distrito Judicial de Cartagena Fiscalía Cuarta, procede a resolver el Recurso de Apelación presentado por el Apoderado de la Parte Civil contra la Providencia del 12 de Diciembre de 2007, resolviendo este Despacho Declarar la Prescripción de la Acción Penal adelantada por el delito de Peculado Culposos contra JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS.”

“(...)”

“DÉCIMO SEXTO: Se deja constancia de fecha 07 de Junio de 2007, que el día 06 de Junio del mismo año, cobro ejecutoria formal la sentencia de fecha 18 de abril de 2007.”

“DÉCIMO SEPTIMO: Por ese tamaño error jurisdiccional de la Nación - Fiscalía General, a mis mandantes, se les ocasiono perjuicios morales, patrimoniales y daño a la vida de relación, ya que ante la situación de padre de familia, persona de bien mancillaba en su buen nombre y ser recluido en un establecimiento carcelario recibiendo tratamiento de delincuente, implica que pasó penurias económicas, además de los traumas psiquiátricos y psicológicos producto del encierro que le hicieron ver ante la sociedad como delincuente, a pesar de ser una persona de bien y de una familia honesta y de buenas costumbres.”

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN³.

La entidad accionada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma por las siguientes razones de derechos:

“(...)”

El señor ACCIONANTE tenía el deber de soportar las actuaciones del instructor; y se puede observar que la Fiscalía obró de manera prudente en todas y cada una de las decisiones judiciales emitidas por su conducta no puede calificarse de omisiva, imprudente o negligente para que de lugar a comprometer su responsabilidad en el asunto que nos ocupa, las reiteras declaraciones, los seguimientos entre otras pruebas ilustraron el Fiscal de Conocimiento en la presunta participación de una organización delincuencia del demandante por lo que la privación de su libertad obedeció a las

³Folio 294 – 320

finalidades de la medida de aseguramiento como el evitar la destrucción de los medios de pruebas como es muy común en este tipo de delitos y organizaciones.

(...)

Además propone la excepción de culpa de un tercero, sin fundamentar la misma.

2. LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL

La NACIÓN – RAMA JUDICIAL contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, además propuso las siguientes excepciones:

"Falta de legitimación en la causa por pasiva."

"Así las cosas, debemos concluir que mi representada nada tuvo que ver con la ocurrencia de los hechos que generaron el supuesto fáctico, que dio origen a la demanda que hoy nos ocupa; y que como consecuencia de ello la Rama Judicial, debe ser excluida del mismo."

"FALTA DE IDENTIDAD ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA RAMA JUDICIAL – EXISTENCIA DE CAPACIDAD PARA ACTUAR EN PROCESOS JUDICIALES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN."

"Ahora bien, aterrizando lo dicho al caso que nos ocupa, resulta claro del examen de los hechos y pretensiones de la demanda que la intención del demandante es la de obtener una sentencia favorable en la cual se condene a la Fiscalía General de la Nación, por la comisión u omisión de ciertos hechos, que a su juicio le generaron perjuicios, pero en ninguna parte de la demanda se atribuyen hechos dolosos o culposos, acciones u omisiones, a la Rama Judicial (Juzgado, Tribunales o Altas Cortes), por los que en ningún momento pueden ésta ser condenada, por la sencillamente (sic), mi poderdante nunca conoció de los hechos que se narran, pues la investigación penal concluyó con la prescripción de la acción penal."

"FALTA DE RELACIÓN CAUSAL ENTRE HECHOS DE LA DEMANDA Y LA PERSONA DEL DEMANDADO."

"Así las cosas debe observarse que dentro del proceso de reparación por responsabilidad de algún agente del Estado debe estar presentes tres elementos distintos pero excluyentes como son: la ocurrencia del daño, la imputación del mismo y

el deber de reparar en cabeza de la persona que resultare responsable por la ocurrencia del hecho que genero los perjuicios discutidos.

Es de observar que dentro del proceso de la referencia no existe ni siquiera mención por parte del demandante de hecho en los cuales intervinieran agentes o funcionarios pertenecientes a la Rama Judicial, que le generaran los perjuicios que pretende le sean reparados.”

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1. DEMANDANTE

Alegó de conclusión reiterando lo expuesto en la demanda.

2. PARTE ACCIONADA.

2.1. NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Alegó de conclusión como se observa a folio 359 a 368.

2.2. NACIÓN – RAMA JUDICIAL.

Alegó de conclusión como consta a folio 354 a 350 del expediente.

2.3. MINISTERIO PÚBLICO.

Desistió de rendir concepto.

III. TRAMITE

1. Por providencia de fecha 20 de septiembre de 2010 se admitió la demanda, la cual se notificó a las partes como consta a folio 291 y 292.

2. Mediante auto de fecha 24 de enero de 2011, se abrió a pruebas el proceso (folio 325 a 326)

3. El 11 de marzo de 2013 se corrió traslado para alegar a las partes (folio 353)

4. El 6 de mayo de 2013 ingreso al Despacho para dictar sentencia (folio 580)

IV. CONSIDERACIONES

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

1. COMPETENCIA.

Es claro que las acciones de reparación directa semejantes a la presente, son de competencia de los Tribunales administrativos en primera instancia, al tenor del numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo y con fundamento en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996.

2. CUESTIÓN PREVIA

Respecto a las excepciones propuestas por las entidades demandadas, NACIÓN – FISCALÍA GENERAL LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL por referirse al fondo del presente asunto serán resueltas en conjunto al problema jurídico.

3. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Respecto a la caducidad de la acción de reparación directa, cuando esta se fundamenta en el daño producido por la privación injusta de la libertad, el H. Consejo de Estado ha precisado⁴:

“En los eventos en que el perjuicio se deriva de la privación injusta de la libertad, lo cierto es que el conocimiento del daño se evidencia una vez se tiene la plena certeza acerca de la ilegalidad o la falta de fundamento de la medida restrictiva correspondiente; lo anterior, dado que es a partir del momento en que se califica dicha limitación como injusta o ilegal que la persona detenida tiene pleno conocimiento del daño que se le ha ocasionado y, por consiguiente, puede acudir al aparato jurisdiccional en procura de que dicho detrimento sea resarcido.

Es posible que en algunos eventos la persona demandante haya obtenido la libertad por una u otra medida jurisdiccional, pero lo cierto es que hasta tanto la decisión que declaró la libertad –y por ende, declaró la ilegalidad de la medida- no haya cobrado fuerza ejecutoria, no se tendrá plena certeza sobre el verdadero acaecimiento del daño y, en consecuencia, no se tendrá certeza acerca de la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias”.(Negrillas fuera de texto).

⁴Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto del 19 de julio de 2007, Exp. 33.918.

El anterior planteamiento ha sido trazado en reiterada jurisprudencia por la Sección Tercera de dicha Corporación, razón por la cual resulta pertinente destacar la fuerza vinculante del precedente. En efecto, sobre el particular se ha precisado:

“La acción de reparación directa con fundamento en el error judicial o en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, caduca al vencimiento del término de dos (2) años, contado a partir del acaecimiento del hecho que causó el daño, que para estos casos generalmente se hace evidente o se concreta mediante la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión o el procedimiento adelantado por la autoridad judicial.”⁵

Así mismo, en providencia del 2 de febrero de 1996, se dijo lo siguiente:

“Para la Sala no hay lugar a plantear ningún cuestionamiento en relación con el momento a partir del cual se debe empezar a contar el término de caducidad de la acción de reparación directa, cuando lo que se persigue es la reparación del perjuicio causado con la privación injusta de la libertad. En este evento, tal como lo señala el apelante, el conteo de ese término sólo puede empezar cuando está en firme la providencia de la justicia penal que declara la ocurrencia de uno cualquiera de los eventos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, a saber:

- “- Que el hecho no existió.*
- “- Que el sindicado no lo cometió.*
- “- Que la conducta no constituía hecho punible.*

“Sólo a partir del momento en que adquiera firmeza la providencia, es posible calificar de injusta la detención. Antes no tiene tal calidad, dado que se desconoce la conclusión a la cual llegará el juez penal. Y sólo puede hablarse de existencia de esa providencia una vez que en relación con ella se han surtido todos los recursos y grados de consulta de que goza.

“El daño se consolida no con el simple hecho material de la detención, sino con la calidad de injusta de esa detención, la cual deviene como consecuencia de la decisión que así lo determine.”⁶(Se ha destacado y subrayado).

Al aplicar lo anterior al caso concreto, la Sala encuentra que la providencia por la cual la LA UNIDAD DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, FISCALÍA CUARTA, declara prescrita la acción penal para el señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS es de fecha 30 de mayo de 2008⁷; el demandante el 26 de mayo de 2010 presenta solicitud de conciliación prejudicial, de la cual se expide constancia de no conciliación el 8 de julio de 2010; la demanda se interpuso el 9 de julio de 2010 (folio 32), por consiguiente considera la Sala que la acción de reparación directa presentada por los demandantes se realizó dentro del término establecido el núm. 8° del Art. 136 del C.C.A.

⁵Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp. No. 13 392.

⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 11.425.

⁷ Folio 273.

4. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se enfrenta a resolver *¿si el Estado es patrimonialmente responsable por los daños y perjuicios causados a la demandante, JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS, por la privación de la libertad de la que fue objeto dentro de la investigación penal adelantada en su contra por la Fiscalía General de la Nación por el presunto delito de Peculado Culpóso?*

Para dilucidar el problema jurídico se estudiarán los siguientes temas:

5. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

5.1. De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el “Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que textualmente reza:

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

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, referida a quien ha sido privado injustamente de la libertad y la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones puntuales: i. El hecho no existió, ii. El sindicado no lo cometió y iii. La conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas⁸. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

⁸Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ, doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

- a. Una primera línea jurisprudencial que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que “la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

- b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., esto es, absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención.
- c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*⁹.

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es

⁹Sección Tercera, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia¹⁰.

6. DE LOS HECHOS RELEVANTES PROBADOS

Estudiando el material probatorio arrojado al expediente se encuentra demostrado lo siguiente:

1. Por Resolución de fecha 24 de agosto de 2004 la UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE JUSTICIA Y OTROS, FISCALÍA DELEGADA CUARENTA (40) abrió apertura de instrucción contra el señor JORGE PEREIRA BARRIOS por el delito de peculado por apropiación y se ordenó vincularlo a la investigación penal mediante indagatoria, para ello se libró orden de captura el 10 de septiembre de 2004 (ver folios 148 y 195)
2. En providencia de fecha 13 de octubre 2004 la UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE CARTAGENA DE INDIAS, SECCIONAL CUARENTA (40) DE CARTAGENA solicita a la FISCALÍA SECCIONAL UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE SUCRE recibir en indagatoria del señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS (folios 63 – 64 del cuaderno No. 1 de pruebas)
3. Mediante providencia de fecha 13 de octubre de 2004 la FISCALÍA SECCIONAL CUARENTA (40) DE CARTAGENA manifiesta que a disposición de ese Despacho se encuentra detenido el señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS y además ordena que se cancele la orden de captura en su contra; igualmente solicita oficiar al DAS de Sincelejo para que se mantenga al investigado retenido a órdenes de dicha FISCALÍA (folios 65 del cuaderno No. 1 de pruebas)
4. A folio 99 del cuaderno No. 1 de pruebas obra acta sobre los derechos del capturado de fecha 13 de octubre de 2004 del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.

¹⁰Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, treinta (30) de marzo de dos mil once (2011).

4. El 15 de octubre de 2004 la FISCALÍA QUINCE DELEGADA ANTE LOS JUZGADOS PENALES DEL CIRCUITO DE SINCELEJO UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA recibe en indagatoria al señor PEREIRA BARRIOS, quedando vinculado a la investigación penal (folios 77 a 91 del cuaderno No. 1 de pruebas)
5. Mediante oficio No. 1355 del 15 de octubre de 2004 el FISCAL SECCIONAL DE SINCELEJO comunica al Director Seccional del DAS que LA FISCALÍA CUARENTA (40) SECCIONAL DE CARTAGENA, ordenó dejar en libertad inmediata al señor JORGE LUIS SIMÓN PEREIRA BARRIOS sindicado del presunto punible de PECULADO CULPOSO (folio 76 cuaderno No. 1 de pruebas)
6. El 11 de abril de 2006 el FISCAL SECCIONAL CUARENTA (40) DE CARTAGENA no procede a resolver situación jurídica por la conducta imputada y clausula la investigación penal en contra del sindicado (folio 107 del cuaderno No. 1 de pruebas)
7. Por Resolución del 29 de marzo de 2007 el FISCAL SECCIONAL CUARENTA (40) señala que siendo las 9:00 am, se recibió llamada de un patrullero de la Policía informando de la captura del señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS en las instalaciones del aeropuerto El Dorado de Bogotá. Así mismo, ordena oficiar para que se de su libertad inmediata, toda vez que la captura había sido cancelada el 5 de noviembre de 2004. El 29 de marzo de 2007 se libran los oficios ordenados (ver folios 127 a 130 del cuaderno No. 1 de pruebas)
8. El 12 de diciembre de 2007 el FISCAL SECCIONAL CUARENTA (40) califica el sumario seguido contra JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS precluyendo la investigación adelantada en su contra (folios 138 a 143 del cuaderno No. 1 de pruebas)
9. El 31 de diciembre de 2007 la FISCALÍA SECCIONAL CUARENTA (40) declara la nulidad del Estado No. 239 de fecha 12 de diciembre de 2007 y como consecuencia la de su ejecutoria, y ordena notificar la providencia arriba mencionada al abogado de la parte Civil, el cual una vez notificado interpone contra la misma recurso de apelación (folios 149 a 150 y folios 157 a 159 del cuaderno No. 1 de pruebas)
10. El 30 de mayo de 2008 la UNIDAD DELEGADA ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA FISCALÍA No. 4 resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte Civil dentro del proceso penal, declarando la prescripción de la acción penal contra el delito de PECULADO CULPOSO (folios 172 a 176 del cuaderno No. 1 de pruebas)

7. CASO CONCRETO

En el presente caso se observa que el señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS estuvo vinculado a un proceso penal por la presunta comisión del delito de PECULADO CULPOSO.

Del material probatorio obrante en el proceso se observa que el demandante dentro del proceso penal fue retenido por el Departamento Administrativo de Seguridad – DAS el día 13 de octubre de 2004 y puesto a órdenes de la FISCALÍA SECCIONAL CUARENTA (40) de Cartagena, la cual una vez lo escucho en indagatoria ordenó su libertad, esto es el día 15 de octubre de 2004; posteriormente la FISCALÍA SECCIONAL (40) calificó el mérito del sumario precluyendo la investigación penal, decisión que fue apelada por la parte Civil constituida dentro del proceso penal, y el FISCAL DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA resolvió el recurso de alzada prescribiendo la acción penal.

Ahora bien, es necesario señalar que la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución Política, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños.

Ahora, en tratándose de privación injusta de la libertad ha señalado el Consejo de Estado que el concepto de daño antijurídico se desliga de su causación antijurídica. Por lo tanto, aunque la medida de aseguramiento se 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 la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno.

En el presente caso, se observa que el señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS, fue retenido dentro de la investigación penal, por lo que vio afectada su libertad, sin embargo, el proceso penal culminó con prescripción de la acción penal, la cual no

constituye un presupuesto para que la privación de la libertad se considere injusta, tal y como lo establece la jurisprudencia del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, la detención a la que fue sometido el señor JORGE LUIS PEREIRA BARRIOS dentro el proceso penal seguido en su contra no comporta daño antijurídico, por no configurarse los presupuestos que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha venido señalando, la cual se constituye en precedente de obligatorio cumplimiento, de tal manera que se denegarán las pretensiones de la demanda.

De otra parte, respecto a la detención de la que fue objeto el señor PEREIRA BARRIOS en el aeropuerto El Dorado el día 27 de marzo de 2007, la misma solo tuvo una duración de horas, debido a que se evidencia en el expediente que en esa misma fecha se ordenó su libertad inmediata, por consiguiente dicha detención no reviste de gravedad que implique la causación de un daño antijurídico y no se trajo prueba alguna tendiente a demostrar que tal situación produjo consecuencias de mayor envergadura, que ameritara su resarcimiento.

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

IV. FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

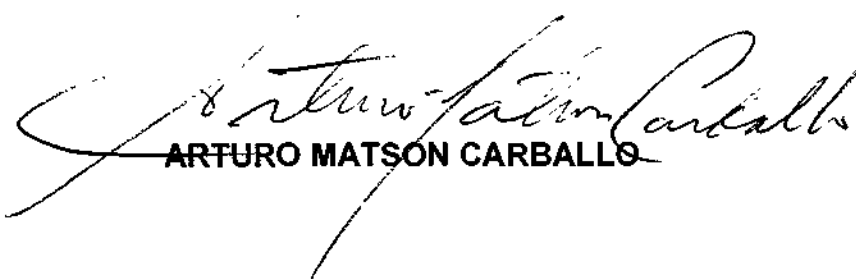
SEGUNDO: Archivar el expediente presente providencia no es impugnada.

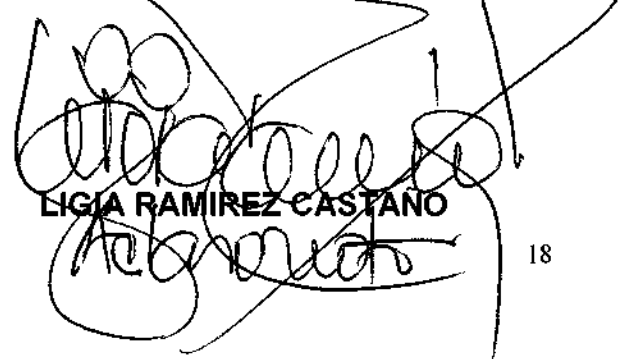
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



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

ACLARACION DE VOTO

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-002-2010-00413-00
Demandante : JORGE PEREIRA BARRIOS Y OTROS
Demandado : NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Se dejará constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestión 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 en esta sentencia 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.

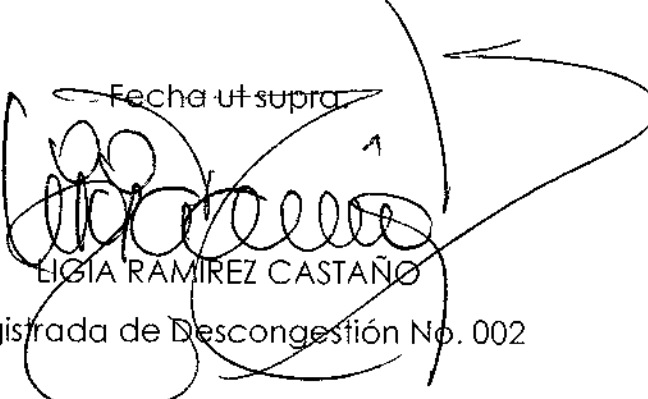
A diferencia de lo expuesto por el H. Consejo de Estado y por mis respetados colegas considero que se debe siempre evidenciar la ilegalidad de la medida de aseguramiento, pues en tanto la misma se haya adoptado dentro del marco legal, es decir, con soporte fáctico y probatorio que la

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".

En los anteriores términos dejó expresada la aclaración de mi voto.

Fecha ut supra



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO
Magistrada de Descongestión No. 002




**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1297
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CETTA LTDA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2001-01592-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



22/1/2013

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., once (11) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-23-31-004-2001-01592-00
Demandante : Compañía Especializada en Transportes Ltda - "CETTA LTDA"
Demandado : U.A.E. DIAN

TEMA: Sanción aduanera por contrabando – Violación del principio Non bis in ídem.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la Compañía Especializada en Transportes Ltda - "CETTA LTDA" contra la U.A.E. DIAN.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte actora, que mediante sentencia de primera instancia se declare lo siguiente:

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000035 del 6 de septiembre de 2000, por medio de la cual se propone acción sancionatoria por contrabando por la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998 a la demandante.

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000774 del 9 de mayo de 2001, por medio de la cual se impone sanción por contrabando por la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998 a la demandante.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 001175 del 19 de junio de 2001, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentado en contra de la No. 000774 del 9 de mayo de 2001.

Que como consecuencia de lo anterior, se disponga que no es procedente la imposición de la sanción por contrabando a la sociedad actora, y se le declare libre de la obligación de pagar suma alguna de dinero, según los actos acusados.

Que en el evento de haberse reconocido algunos valores, éstos sean restituidos y debidamente indexados de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor que certifique el DANE.

Que se condene a la demandada al reconocimiento de las costas, perjuicios y honorarios profesionales a que hubiere lugar.

1.2. HECHOS

Se narra en la demanda, que la DIAN de Cartagena autoriza a la Compañía Especializada en Transportes – TRANSPORTES CETTA LTDA, a realizar operación de tránsito aduanero bajo el No. 00000674 del 2 de abril de 1998, cuyo término de culminación sería el 9 de abril de 1998.

Que la demandante transportó la mercancía dentro de un contenedor de 20 pies, el cual contenía partes para la fabricación y ensamble de instalaciones eléctricas para vehículos de baja con un peso bruto declarado de 6.765.33, tal como se consignó en la Declaración de Tránsito Aduanero.

Que en la operación intervino la AGENCIA DE ADUANAS RAFAEL GUTIERREZ como declarante; YAZAKI NORTH AMERICA INC como consignatario; y como destinatario la ZONA FRANCA BOGOTA COD. 13907.

Que en fecha 31 de marzo de 1998, se autoriza la salida del vehículo de placas SVA 490 amparado con el Manifiesto de Carga No. 080498, el cual, en fecha 7 de abril de 1998 arribó a Zona Franca Bogotá y fue registrado con el No. 805144 del 8 de abril de 1998.

Finalmente se afirma, que a pesar del cumplimiento de la Operación de Tránsito Aduanero, la compañía demandante fue sancionada en un 200% por operación de contrabando, equivalente al valor de la mercancía transportada; y que según la DIAN no llegó a su lugar de destino.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con el acto acusado se violan las siguientes disposiciones:

- Código Contencioso Administrativo Art. 38.
- Decreto 1750 de 1991 Art. 14.
- Concepto 135 del 3 de agosto de 2000.
- Constitución Política Art. 29.

El Concepto de violación se sustenta en los siguientes cargos:

CADUCIDAD DE LA SANCIÓN.

(Art. 38 Código Contencioso Administrativo – Decreto 1750 de 1991 – Concepto 135 del 3 de agosto de 2000).

Señala que de acuerdo con el Art. 38 del Código Contencioso Administrativo, las sanciones caducan al cabo de 3 años de producido el acto que pueda ocasionarlas, al igual que lo dispone el Art. 478 del Decreto 2685 de 1999; y que según el Art. 14 del Decreto 1750 de 1991 dicho término es de 2 años.

Que pasados dos años después de la ocurrencia de los hechos, o desde la presentación en bancos, sin que se haya sancionado, respectivamente, la administración pierde competencia para hacerlo.

Que el término a partir del cual se debe contar la caducidad de la sanción es a partir del 9 de abril de 1998, que es el término fijado por la administración para culminar con la operación de tránsito aduanero. Por lo tanto, la resolución mediante la cual se impone una sanción debe ser declarada nula, por haber prescrito para la administración, el tiempo que tenía para ejercer la acción.

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL TRANSPORTADOR.

Alega que el transportador cumplió a cabalidad la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674, ya que el lugar de destino de las mercancías era la Zona Franca de Bogotá, lugar a donde arribó la mercancía dentro del tiempo otorgado por la DIAN para hacerlo.

Que el transportador entregó la mercancía en las mismas condiciones en que le fue entregada, es decir, sellada sin violación de los precintos que se impusieron en la aduana de salida.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Aduce que la administración incurrió en un enriquecimiento sin causa al imponer una sanción del 200 % de la mercancía que fue entregada, con lo cual se extralimitó en el poder coercitivo que tiene, situación que además resulta desproporcionado con la conducta de la parte actora.

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO – PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LAS ACTIACIONES ADMINISTRATIVAS - EXPEDICIÓN IRREGULAR DE LOS ACTOS ACUSADOS.

Que en el presente caso no se aplicaron las normas indicadas, es decir, la aplicación de las leyes que para el caso se exigen, y es por ello que manifiesta que los actos se expidieron de forma irregular, violando el debido proceso, el principio de legalidad, y demás principios orientadores de las actuaciones administrativas.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda dentro del término dispuesto para ello¹, y se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

¹ Ver folio 45 – 59

Los argumentos de su defensa, se basan en lo siguiente:

Manifiesta que la sanción impuesta a la demandante, se dio con ocasión a la ejecución irregular de una operación de tránsito aduanero, la cual se encontraba regulada para la fecha de los hechos en el Decreto 2295 de 1996 y en la Resolución No. 2450 de 1997.

Que en la respectiva operación de tránsito aduanero, la parte actora no cumplió con su obligación de declarar la mercancía ante las autoridades aduaneras, por lo que se puede llegar a configurar como una operación de contrabando, al no pagarse los tributos aduaneros correspondientes. Además señaló que dicha situación obliga a que se adelante otra actuación administrativa en el que se tiene por objeto recuperar la mercancía y al no ser posible, se debe imponer sanción.

Que sí bien en principio el transportador es el responsable inmediato de la finalización del régimen de tránsito aduanero, cuando dicha operación se frustra, todos los sujetos intervinientes pueden quedar en curso en la infracción de contrabando, pues todos de algún modo participaron en el hecho de dejar la mercancía dentro del territorio nacional, sin el cumplimiento de las obligaciones aduaneras.

Que en cuanto a la caducidad invocada del acto que impone la sanción, señala la entidad demandada que existe una disposición especial en el régimen aduanero, que determina el término de caducidad de la acción administrativa, y que se debe aplicar de preferencia a la disposición consagrada en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Que la sanción impuesta a la sociedad actora, es la contemplada en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, que señala que la misma sea del 200 % del valor de la mercancía, cuando ella no se haya podido aprehender por haber sido consumida, destruida, transformada o no haber sido puesta a disposición de la autoridad aduanera.

Que para contabilizar el término a partir del cual se debe contar la caducidad de la acción administrativa sancionatoria, dispone la demandada que ello debe hacerse a partir del momento en que no es posible poner a disposición de la autoridad aduanera la mercancía; y que dicha circunstancia ocurre a partir del Oficio No. 012532 del 8 de agosto de 2000, y que contando hasta el 8 de agosto de 2008 no había operado la caducidad.

Que sobre la violación al principio de proporcionalidad, señala que la sanción impuesta en este caso, deriva del hecho de haber propiciado la introducción al país de 57 unidades de la mercancía transportada en el DTA 674 del 2 de abril de 1998; y que dicha sanción está prevista en el artículo 73 del Decreto 1909 de 1992 en un monto equivalente al 200 % del valor de la mercancía.

Finalmente, formuló la entidad demandada la excepción de caducidad de la acción, afirmando que la Resolución No. 1175 del 19 de junio de 2001, por medio de la cual queda agotada la vía gubernativa, fue notificada por correo del 21 de junio de 2001, tal como consta en la Planilla No. 1648 de la misma fecha, y dicha notificación se surte a partir del día siguiente, esto es, del 22 de junio de 2001. Por tal razón, considera que la acción de la referencia se encuentra caducada, por cuanto la demanda fue presentada hasta el día 29 de octubre de 2001.

3. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante (f. 185-189)

Sostiene la parte actora en que la DIAN perdió su competencia para imponerle sanción al demandante, por la demora injustificada en el trámite, que permitió que operara la caducidad.

Que la conducta que se le imputa a la parte actora no se perfecciona con la Resolución No. 0175 del 16 de julio de 1998; sino con la no entrega de la carga a la aduana de destino (7 de abril de 1998).

3.2. Parte demandada (fl. 175 – 184)

Consideró la parte demandada que resultó probado en el proceso, que la presente controversia se generó con ocasión del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte del demandante quien actuó como declarante y transportador.

Que para la época de los hechos, dicho trámite se regía por lo dispuesto en el Decreto 2295 de 1996 y la Resolución No. 2450 de 1997, donde se establece que si la mercancía que llega incompleta ante la aduana de destino constituye una falta que genera el incumplimiento del régimen y por lo tanto, la orden de hacer efectiva la

garantía otorgada para respaldar su ejecución.

Que el consignatario de las mercancías y el transportador, se encuentran obligados a terminar el régimen de tránsito aduanero oportunamente, y con el cumplimiento pleno de requisitos legales.

3.3. Agente del Ministerio Público (f. 191)

No alegó

II. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de 31 de enero de 2002 se admitió la demanda. (f. 40)

El 2 de agosto de 2004, se abrió a pruebas el proceso (f. 69)

Con auto de fecha 31 de agosto de 2012, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 174).

La Sala de Decisión, mediante providencia de fecha 12 de julio de 2013 decretó prueba de oficio, mediante la cual se solicitaba a la entidad demandada el expediente administrativo adelantado en el presente asunto. (f. 195-196)

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Es competente esta Corporación, para resolver en primera instancia el presente asunto, toda vez que la parte actora estimó la cuantía en \$89.639.089.48, monto que excede los 300 salarios mínimos para la fecha de presentación de la demanda², de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo³.

² La demanda fue promovida en fecha 29 de octubre de 2001, tal como se advierte al reverso del folio 14

³ Norma que dispone la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se controvertan actos de cualquier autoridad y que la cuantía no exceda de 300 salarios mínimos legales mensuales

2. Excepción de caducidad de la acción.

La entidad demandada formula la excepción de caducidad de la acción, pues alega que al momento de la presentación de la demanda (29 de octubre de 2001), ésta se encontraba caducada, pues a su juicio, la Resolución No. 1175 del 19 de junio de 2001 por medio de la cual se agota la vía gubernativa, tiene constancia de notificación por correo de fecha 21 de junio de 2001, de acuerdo con la Planilla No. 1648.

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, señalaba que en aquel criterio la notificación por correo llevaba implícita una presunción *iuris tantum* que podía desvirtuarse si se probaba que el correo no fue recibido por su destinatario, o que éste recibió la copia del acto administrativo en un día distinto a aquél en que se efectuó la introducción. Por consiguiente, se condicionó la eficacia de la notificación postal a que el administrado efectivamente recibiera el acto remitido.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que no es admisible el criterio expuesto por la accionada; pues al respecto se tiene que la demanda de la referencia fue presentada de forma oportuna, y dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, siendo que el acto mediante el cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por la parte demandante y que confirma la decisión de la sanción impuesta (Resolución No. 01175 del 19 de junio de 2001), tiene constancia de recibido en la Compañía demandante en fecha 27 de junio de 2001 según se observa a folio 23.

La anterior constancia de notificación no fue motivo de discusión por parte de la entidad demandada, quien no tachó de falso aquel sello, lo cual permite a la Sala en virtud del principio de la buena fe dar por ciertos los hechos invocados por la parte actora.

Conforme con lo anterior, y teniendo en cuenta que el término de caducidad se contabiliza desde el día siguiente al de la notificación, en este caso dicho término comenzaría a contarse desde el 28 de junio de 2001, lo cual indica que la parte actora podía hasta el día 28 de octubre de 2001 interponer la correspondiente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho; y como quiera que tal fecha era domingo, se

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta Sentencia de fecha 14 de octubre de 2004 C P Carlos Samuel Galvis Hernández Rad 13807 Sentencia de fecha 17 de julio de 2008 C P Juan Angel Palacio Hincapie Rad 15835

corría hasta el día hábil siguiente, es decir hasta el 29 de octubre de 2001, por lo que se concluye que la demanda fue oportunamente presentada.

Así las cosas, la Sala desestimaré la excepción de caducidad formulada por la entidad demandada.

3. Los actos acusados.

En este caso, se pretende la declaratoria de nulidad de los siguientes actos:

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000035 del 6 de septiembre de 2000, por medio de la cual se propone acción sancionatoria por contrabando por la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998 a la demandante.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000774 del 9 de mayo de 2001, por medio de la cual se impone sanción por contrabando por la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998 a la demandante.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 001175 del 19 de junio de 2001, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentado en contra de la No. 000774 del 9 de mayo de 2001.

4. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala determinar si en el presente caso los actos demandados por medio de los cuales se impuso a la sociedad actora una sanción por operación administrativa de contrabando, se ajustaron o no a las normas legales.

Para definir el planteamiento propuesto por la Sala, se deberán analizar los cargos de nulidad invocados por la parte actora de: i) caducidad de la facultad sancionatoria de la administración; y ii) violación de los principios orientadores de las actuaciones administrativas.

5. Tesis de la Sala.

La Sala de Decisión declarará la nulidad de los actos acusados, y en consecuencia, se ordenará el consecuente restablecimiento del derecho, pues a juicio de esta Sala, el actuar de la DIAN no se ajustó a la legalidad, pues le hace asumir a TRANSPORTES CETTA LTDA las consecuencias de una conducta en virtud de lo cual ya había sido juzgada y sancionada, rebasando de esta forma la órbita racional de la carga que tenía el transportador en materia de responsabilidad aduanera, desconociendo además el precepto constitucional del *NON BIS IN IDEM*

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

6. Hechos probados.

En el presente asunto, se pudieron corroborar los siguientes hechos:

- Que la Compañía Especializada en Transportes Terrestres Ltda – Transportes CETTA Ltda presentó Declaración de Tránsito Aduanero No. 0064975 del 30 de marzo de 1998, consistente en el transporte de Instalaciones eléctricas para vehículos de baja.

Dicha operación fue autorizada con el No. 0000674 del 2 de abril de 1998, y se estableció como Depósito de Destino la Zona Franca de Bogotá – Cod. 13907, y como fecha límite para finalizar el régimen el día 9 de abril de 1998.⁵

- Que según carta de inconsistencias de fecha 7 de abril de 1998⁶ suscrita por el Auxiliar de operaciones de Zona Franca Bogotá, dirigida a la DIAN, se informa que la mercancía amparada en el D.T.A. No. 0000674, ingresó a Zona Franca de Bogotá presentando inconsistencias en cuanto al peso.

- Que según Inventario del D.T.A. 00674 suscrito por funcionarios de la DIAN y del Usuario Operador de Zona Franca, por el Almacenista Yazaki Ciemel y por el Representante Legal de la empresa transportadora; al verificarse el peso de la mercancía declarada, se encontraron 24 kgs menos de los declarados correspondientes a 57 piezas.⁷

- Que de acuerdo con el Expediente Administrativo No. CU980050821, mediante Resolución No. 0175 del 10 de julio de 1998, se declaró el incumplimiento del régimen

⁵ Ver Declaración de Importación No 0064975 (f 37)

⁶ Ver folio 98

⁷ Ver folio 99

de tránsito aduanero autorizado con el No. 000774 del 2 de abril de 1998, en la que figura como empresa transportadora la Compañía Transportes CETTA LTDA, y se hacen efectivas las Pólizas de Cumplimiento No. 1700048 por valor de \$6.114.780.00, y No. 1711 por valor de \$14.969728.00⁸

- Que mediante Resolución No. 555 del 4 de mayo de 1999 se resuelve un recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por la parte actora, confirmando la Resolución No. 0175 del 10 de julio de 1998.⁹

- Que mediante Oficio No. DIFIS 0048A070-0973 del 8 de agosto de 2000, suscrito por el Jefe de la División de Fiscalización Aduanera, solicita a la Compañía TRANSPORTES CETTA LTDA, que aporte copias legibles de los documentos soportes que acrediten la finalización del régimen de tránsito aduanero amparado con la D.T.A. No. 000674 del 2 de abril de 1998, o en su defecto, que se pusiera a disposición de la Aduana de Cartagena la mercancía. Para lo anterior, se concedió un término de 15 días. En dicho oficio se indicó que de incumplir con dicha solicitud se aplicaría la sanción prevista en el artículo 12 del Decreto 1800 de 1994.¹⁰

- Que mediante Resolución No. 00035 del 6 de septiembre de 2000 (acto acusado) y con fundamento en no haber dado cumplimiento a la solicitud realizada, le fue formulado a la empresa demandante Requerimiento Especial Aduanero en el que se propone una sanción equivalente al 200 % del valor de la mercancía que no fue puesta a disposición de la DIAN. De la lectura de este acto administrativo, se advierte que la entidad demandada mediante Requerimiento Ordinario No. 0973 del 8 de agosto de 2000, ordena solicitar al actor las pruebas que fueron requeridas mediante Oficio No. DIFIS 0048A070-0973 del 8 de agosto de 2000.¹¹

- Que mediante Resolución No. 774 del 9 de mayo de 2001 (acto acusado), se impone una sanción por operación de contrabando al demandante en cuantía equivalente al 200 % del valor de la mercancía que no fue puesta a disposición de la DIAN.¹²

- Que mediante Resolución No. 1175 del 19 de junio de 2001 (acto acusado), se resuelve un recurso de reconsideración contra la anterior decisión, confirmándola.¹³

⁸ Ver folios 205-206

⁹ Ver folios 207-209

¹⁰ Ver folio 224

¹¹ Ver folio 226 y respaldo

¹² Ver folios 233 – 234

¹³ Ver folios 245-248

7. Análisis del caso

Antes de entrar a resolver el problema jurídico planteado, observa la Sala que la parte actora solicita la nulidad del Requerimiento Especial Aduanero, esto es, la Resolución No. 000035 del 6 de septiembre de 2000, por medio de la cual se propone a la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas, sancionar a la empresa TRANSPORTES CETTA LTDA con multa equivalente al 200 %, por contrabando en la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

El Decreto 2685 de 1999 en sus artículos 507 y ss, estableció el procedimiento administrativo que debe cumplirse para imponer sanción por la comisión de una infracción administrativa aduanera. Al respecto, el procedimiento comienza con la formulación del Requerimiento Especial Aduanero dentro de los treinta días siguientes a haberse establecido la comisión de la infracción administrativa aduanera, o la incursión en errores en el diligenciamiento de las declaraciones.

Al respecto, el artículo 507 ibídem, dispone lo siguiente:

“ARTICULO 507. REQUERIMIENTO ESPECIAL ADUANERO. La autoridad aduanera podrá formular Requerimiento Especial Aduanero para proponer la imposición de sanción por la comisión de la infracción administrativa aduanera, o para formular Liquidación Oficial de Corrección o de Revisión de Valor.”¹⁴

De acuerdo con lo anterior, se tiene que mediante el Requerimiento Especial Aduanero se da a conocer al declarante (administrado), la existencia de unos cargos que podrían generar la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la expedición de una Liquidación Oficial, proponiéndole el debate sobre los hechos que se le imputan; es decir, a través del requerimiento especial aduanero se traba la controversia entre la Administración y el administrado a fin de determinar posibles irregularidades relacionadas con la importación, exportación o tránsito de mercancía.

El Consejo de Estado respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, ha expuesto lo siguiente¹⁵:

¹⁴ Subrayas fuera del texto

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION CUARTA-CONSEJERA PONENTE CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ-BOGOTÁ D. C., VEINTIOCHO (28) DE JUNIO DEL DOS MIL DIEZ (2010)-RADICACIÓN NÚMERO 25000-23-27-000-

“(…) es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera. A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal, surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban defenderse, pues sólo el requerimiento especial aduanero concreta el error o la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma (...)”¹⁶

Así las cosas, es claro para la Sala que el Requerimiento Especial Aduanero, no puede ser considerado ni constituir un acto definitivo de los definidos por el Art. 50 del Código Contencioso Administrativo, esto es, el que pone fin a la actuación administrativa, que decide directamente o indirectamente el fondo del asunto; toda vez que es un acto de trámite, con el que se inicia la actuación administrativa aduanera, dirigida entre otros fines, a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera.

De acuerdo con lo anterior, la Sala se inhibirá frente a la pretensión de nulidad del Requerimiento Especial Aduanero -REA-; por lo que se estudiarán los cargos de nulidad invocados únicamente respecto de los demás actos acusados.

Pues bien, continuando con el estudio de este asunto, se tiene mediante los actos administrativos acusados, la Administración Especial de Aduanas – DIAN, impuso sanción a la compañía demandante, por operación de contrabando prevista en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, en cuantía equivalente al 200 % del valor de la mercancía que no fue puesta a disposición.

Alega la parte actora, que los actos mediante los cuales se impone la sanción están viciados de nulidad, pues por una parte afirma que la acción sancionatoria se encontraba caducada al momento ser impuesta; y por otro lado, que no se aplicó la

¹⁶ Subrayas fuera del texto

normatividad prevista para el caso en particular, violando por consiguiente los principios orientadores de las actuaciones administrativas.

Por su parte, la entidad demandada afirma que las actuaciones estuvieron ajustadas a derecho, y que la sanción impuesta se derivó de la ejecución irregular de una operación de tránsito aduanero.

Una vez indicados los planteamientos de las partes, procede la Sala a analizar los cargos de nulidad invocados en la demanda.

7.1. Sobre la caducidad de la acción sancionatoria

Alega la parte actora, que la sanción impuesta se debió a supuestas irregularidades en la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998, la cual finalizaría el día 9 de abril de 1998. Por lo tanto, considera que la administración tenía hasta el 9 de abril de 2001 para imponer la sanción por contrabando.

El inciso primero del artículo 478 del Decreto 2685 de 1999, sobre la caducidad dispone lo siguiente:

“La acción administrativa sancionatoria prevista en este Decreto, caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. Cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo. Cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión”. (...)

De acuerdo con los hechos antes relacionados, se observa que la DIAN requirió al demandante, mediante Requerimiento Ordinario No. 0973 del 8 de agosto de 2000, al cual se le dio cumplimiento mediante Oficio No DIFIS 0048A070-0973 de la misma fecha, en el que le otorgaba a la parte actora un plazo de 15 días para que adjuntara copia de todos los documentos que acreditaran la finalización del régimen de tránsito aduanero amparado en la Declaración de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998; o que en su defecto, pusiera a disposición de la Administración de Aduanas de Cartagena la mercancía relacionada, so pena de hacerse acreedor de la sanción

prevista en el artículo 12 del Decreto 1800 de 1994. Sin embargo, no se obtuvo ni la información pretendida, ni tampoco se puso a disposición la mercancía aludida, por lo que le fue impuesta la correspondiente sanción.

Por consiguiente, la caducidad de la acción sancionatoria, debe contarse a partir del **30 de agosto de 2000**, fecha en la cual venció el plazo con que contaba la parte actora para responder al requerimiento efectuado.

Así las cosas, habiendo cesado el plazo previsto en el requerimiento sin que la parte actora cumpliera con lo solicitado, se impuso la respectiva sanción mediante **Resolución No. 774 del 9 de mayo de 2001**, (acto acusado), esto es, cuando no había acaecido el fenómeno de la caducidad.

Por lo expuesto anteriormente, los motivos de inconformidad planteados por el recurrente en este cargo de nulidad no tienen vocación de prosperidad.

7.2. Sobre la violación de los principios orientadores de las actuaciones administrativas

En lo que tiene que ver con los otros cargos de nulidad invocados, relacionados con la violación de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, la Sala advierte que en la investigación y posterior sanción impuesta a la Sociedad TRANSPORTES CETTA LTDA., se evidencian dos trámites sancionatorios aduaneros los cuales se pueden diferenciar, pues fueron abiertos por la administración a raíz de los mismos hechos; esto es, las irregularidades que se presentaron en la mercancía amparada en el D.T.A. No. 000674 del 2 de abril de 1998.

Tal como se anotó en los hechos probados, mediante Resolución No. 0175 del 10 de julio de 1998 se declara el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero autorizado en la Declaración No. 0000674 del 2 de abril de 1998 y se hacen efectivas las Pólizas de Cumplimiento No. 1700048 por valor de \$6.114.780.00 y No. 1711 por valor de \$14.969728.00. La anterior decisión, fue confirmada mediante las Resoluciones No. 555 de mayo 4 de 1999 y No. 286 de septiembre 22 de 1999; mediante las cuales se resolvió el recurso de reposición y apelación, respectivamente.

Con posterioridad, la DIAN impone sanción a la parte actora mediante Resolución No. 774 del 9 de mayo de 2001¹⁷, y mediante Resolución No. 1175 del 19 de junio de 2001¹⁸ (actos acusados), en virtud del incumplimiento al Requerimiento Ordinario No. 0973 del 8 de agosto de 2000, el cual fue comunicado mediante Oficio DIFIS 0048A070-0973 de la misma fecha; en el que se le solicita aportar copias de los documentos que acreditaran la finalización del régimen de tránsito aduanero amparado con la D.T.A. No. 000674 del 2 de abril de 1998; o en su defecto, que pusiera a disposición la mercancía.

Por consiguiente, encuentra la Sala que en ambas actuaciones existe un fin legal sancionador con el que las decisiones adoptadas se identifican, las cuales derivan de las obligaciones atribuibles a la sociedad actora en su calidad de transportador aduanero.

Así, encontramos que por una parte se impone sanción al transportador en el régimen de tránsito aduanero por cuanto incumplió con las condiciones establecidas para la terminación del régimen por haber entregado la carga con menor cantidad a la declarada y autorizada en la Aduana de Partida (Art. 20D. 2295/96); y por la otra, la sanción que se impone porque no fue posible poner a disposición la mercancía dentro del plazo establecido (Art. 12 D.1800/94 derogado por el Art. 503 D. 2285/99).

En ese orden de ideas, se tiene que la sanción aduanera impuesta a la sociedad actora a través de las resoluciones que aquí se demandan, tuvieron como motivo, el alegado incumplimiento que aduce la DIAN al no poner a disposición la mercancía sometida al régimen de tránsito aduanero y por tanto, procedía la aplicación de sanción, en los términos del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, tal y como lo hizo; obligación ésta que es distinta a la responsabilidad de cumplir con la obligación de entregar completa la mercancía declarada al finalizar la operación o régimen tránsito autorizado por la aduana de ingreso, y que finalmente fue declarada por la Autoridad aduanera en virtud de las resoluciones que le antecedieron a las aquí acusadas.

Tales responsabilidades, como se vio, tienen regulación legal propia, lo que en principio, habilitaría a la Administración Aduanera para adelantar dos procesos distintos contra el transportador TRANSPORTES CETTA LTDA; sin embargo, el análisis de los hechos en virtud de los cuales surgen los antecedentes que quedaron consignados en

¹⁷ Ver folios 233 – 234

¹⁸ Ver folios 245-248

los actos que aquí se acusan, permite verificar un actuar de la DIAN encaminado a sancionar dos conductas excluyentes entre sí, pues quien hoy demanda no podía ser responsable de manera conjunta; de entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, y al mismo tiempo tener que responder, por no entregar el faltante que se verificó al depósito de destino.

Es claro entonces que las sanciones aplicadas resultan de la actividad desplegada por el transportador, como responsable de una carga que le fue encomendada, lo cual denota responsabilidades de la misma naturaleza, que se derivan de un mismo hecho, y que se recogen de las normas que sirvieron de sustento, las cuales resultan ser excluyentes entre sí.

El Consejo de Estado¹⁹, ha expuesto con relación a la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem* Art. 29 de la Constitución); que tal postulado no implica considerar que por un mismo hecho no se puedan infligir varias sanciones, sino que la prohibición opera frente a sanciones de la misma naturaleza.

En el presente asunto, observa la Sala que la parte actora en el libelo de la demanda, indicó que la entidad demandada al imponerle la sanción por contrabando en la operación de tránsito aduanero, había vulnerado los principios orientadores de las actuaciones administrativas (debido proceso Art. 29 C.P., principio de proporcionalidad, de legalidad, etc.); sin embargo, no señaló de forma expresa la trasgresión al *non bis in idem* que también es un derecho fundamental.

Al respecto, es preciso aclarar que si bien la demanda interpuesta ante la jurisdicción contenciosa administrativa, mediante la cual se ataque la legalidad de un acto administrativo debe contener la indicación de las normas violadas y el concepto de la violación; también es cierto que el ordenamiento legal ha establecido que en los casos donde se advierta la vulneración a un derecho fundamental y que no fue alegado en el introductorio, el Juez administrativo a efectos de asegurar su vigencia y goce efectivo, debe aplicar la correspondiente norma constitucional en forma oficiosa, a pesar de que ésta no haya sido invocada expresamente.

En efecto, la Corte Constitucional²⁰ expuso que:

¹⁹ Consejo de Estado Sección Primera – Sentencia de 14 de marzo de 2002

²⁰ C- 179 de 1999

"2.6. No obstante lo anterior, debe advertir la Corte que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial, no se debe extremar la aplicación de la norma acusada, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. En tal virtud, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

2.7. Considera la Corte, que tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así la demanda no la haya invocado expresamente.

A la misma conclusión llegó la Corporación en la sentencia SU-039/97²¹ cuando consideró que en caso de violación de derechos fundamentales es posible, aplicando directamente la Constitución Política suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, así no se invoquen expresamente como fundamento de la suspensión las respectivas normas. Dijo la Corte en dicha sentencia:

(...)

"El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

- La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)."

"- La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución."

²¹ M P. Antonio Barrera Carbonell

"- La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), más aún cuando este emana de la Constitución y busca hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales."

En armonía con lo descrito, la Sala destaca que el legislador impuso la carga a la parte demandante de señalar las normas violadas y el concepto de la violación, a fin de sustentar la trasgresión del acto administrativo acusado frente a las normas superiores; sin embargo, en algunos casos, cuando se evidencie un desconocimiento a algún derecho fundamental, como es en este caso la violación al *non bis in ídem*, el Juez Administrativo debe aplicar la correspondiente norma constitucional en forma oficiosa, así el libelista no haya invocado expresamente.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar, que si bien es cierto en aquellos casos en los que se demanda un acto administrativo por ser contrario a la norma superior, debe alegarse y probarse igualmente su ilegalidad mediante las razones jurídicas, es decir la demanda no solo deberá contener las normas que se viola sino el concepto de la violación, el cual viene en últimas a delimitar el ámbito de estudio del Juez Administrativo, lo que a toda luz le da el carácter de justicia rogada; también es cierto que a pesar de dicho carácter y de la premisa que el Juez no puede estudiar más allá de lo que se le propone, dicha limitación no implica que su decisión deba elaborarse considerando exclusivamente esas formalidades (norma violadas y concepto de la violación), toda vez que es suficiente con que en la demanda se refieran argumentos que permitan establecer los alcances de la impugnación que se plantea, con el fin de conciliar principios como los de la legalidad, del que se deduce la presunción de legalidad del acto administrativo y el carácter de rogada de la jurisdicción, con otros como el de la prevalencia del derecho sustancial, como al efecto consideró el Consejo de Estado²².

Así las cosas, tal como se relacionó en los hechos probados, de la simple revisión de las razones que tuvo en cuenta la administración para sancionar a TRANSPORTES CETTA LTDA en una segunda oportunidad, surge la conclusión de que en efecto se produjo un actuar irregular de la DIAN, que sí deviene de no atenderse el precepto constitucional del *non bis in ídem*; pues habiendo sancionado en virtud de la conducta tipificada en el Art. 20D. 2295/96, con posterioridad le impone una carga imposible de cumplir, esto es, poner a disposición de autoridad aduanera la mercancía faltante, cuando con la apertura de una primera investigación quedó claro, que su

²² Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta C P Filemón Jiménez Ochoa Bogotá D C 29 de abril de 2010 Rad 7001-23-31-000-2007-00239-02

responsabilidad se hacía evidente precisamente por no arribar con la totalidad de la mercancía que había sido previamente declarada; lo que hace que resulte ilógico pretender, que éste ponga a disposición de la DIAN un número de piezas faltantes que no entregó, y que no se sabe si ingresaron o no al país.

Al respecto encontramos los apartes pertinentes de los artículos 502 y 503 del E.A. que a su turno rezan:

“CAUSALES DE APREHENSION Y DECOMISO DE MERCANCIAS

ARTÍCULO 502º. Causales de aprehensión y decomiso de mercancías. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos: (...)

3. En el Régimen de Tránsito(...)

3.2. No entregar la mercancía sometida al régimen de tránsito aduanero al depósito o a la zona franca. (...)”

“ARTÍCULO 503º. Sanción a aplicar cuando no sea posible aprehender la mercancía. Cuando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso.

También se podrá imponer la sanción prevista en el inciso anterior, al propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de la operación, o a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, o a quien de alguna manera intervino en dicha operación, salvo que se trate de un adquirente con factura de compraventa de los bienes expedida con todos los requisitos legales. Si se trata de un comerciante, la operación deberá estar debidamente registrada en su contabilidad....”

Pues bien, la causal de aprehensión y decomiso en el régimen de tránsito: *No entregar la mercancía sometida al régimen de tránsito aduanero al depósito o a la zona franca*; se configura, cuando una carga que previamente es declarada, no llega a su destino, indistintamente de las sanciones que se deriven por faltantes o sobrantes que de ella se verifiquen en su arribo. El fin del legislador con la norma antes transcrita, se sustenta en la salvaguarda del orden económico nacional, pues resulta proporcionado y entendible,

que una carga de procedencia extranjera de la que se tiene conocimiento se encuentra circulando al interior del territorio nacional, con fecha límite de entrega, que no llegue a su destino, se le aplique la sanción del artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

En el presente caso es claro que la carga si llegó, pero con un faltante, y en virtud de esa irregularidad, verificable en documentos, la parte demandante obtuvo la correspondiente sanción, mediante resoluciones que no son objeto de debate en el asunto bajo estudio.

Lo anterior configura, una imposibilidad material en cabeza de TRANSPORTES CETTA LTDA, de cumplir, en la proporción del faltante anotado, con lo preceptuado en el numeral 3.2 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Destaca a su vez la Sala, que no demuestra la DIAN que el faltante de 224 piezas del cual se da cuenta en las pruebas relacionadas, hubiere aparecido con posterioridad a la entrega de la mercancía en el depósito de destino habilitado para ello; lo que hubiera abierto la posibilidad de que se analizara la conducta del transportador implicado en el faltante, y consistente en no poner a disposición de la DIAN esa mercancía no entregada. Lo anterior mantiene un actuar desproporcionado por parte de la administración, que haciendo uso de su facultad y poder sancionador, reprocha con consecuencias pecuniarias múltiples el actuar de la sociedad actora, usando figuras legales claramente excluyentes entre sí.

Acorde con lo dicho, y a juicio de esta Sala, el actuar de la DIAN no se ajustó a la legalidad, pues le hace asumir a TRANSPORTES CETTA LTDA las consecuencias de una conducta en virtud de lo cual ya había sido juzgada y sancionada, rebasando de esta forma la órbita racional de la carga que tenía el transportador en materia de responsabilidad aduanera, desconociendo además el precepto constitucional del *NON BIS IN IDEM*, lo que impone declarar la nulidad de los actos acusados y declarar el consecuente restablecimiento del derecho.

8. Solicitud de condena en costas.

Por último, en cuanto a la condena en costas, la Sala no accederá al pago de las mismas, teniendo en cuenta que en lo contencioso el legislador conservó el criterio subjetivo para su procedencia, es decir se tiene en cuenta la conducta procesal de las partes, esto es, si actuaron con temeridad o mala fe, lo cual en el presente caso no se evidencia, de

conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de caducidad formulada por la parte demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo respecto del Requerimiento Especial Aduanero contenido en la Resolución No. 000035 del 6 de septiembre de 2000, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 000774 del 9 de mayo de 2001, por medio de la cual se impone sanción a la Compañía TRANSPORTES CETTA LTDA por contrabando en la Operación de Tránsito Aduanero No. 0000674 del 2 de abril de 1998; y de la Resolución No. 001175 del 19 de junio de 2001, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentado en contra de la No. 000774 del 9 de mayo de 2001.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración se tienen que no se ha estructurado la infracción prevista en el artículo 503 del Estatuto Aduanero, y en caso de que la empresa TRANSPORTES CETTA LTDA haya cancelado la multa impuesta a la DIAN, se ordena la devolución de las respectivas sumas debidamente actualizadas según el artículo 178 del C.C.A.

QUINTO: Niégase la condena en costas solicitada.

SEXTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, expídase por Secretaría primera copia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

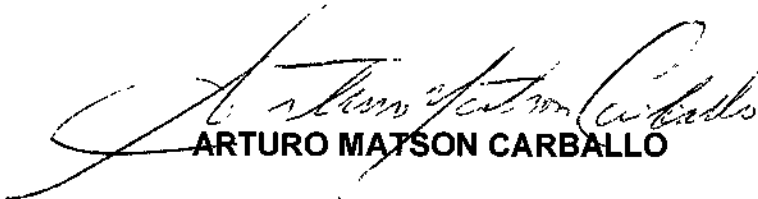
OCTAVO: En firme esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente y devuélvase a la parte demandante el remanente que hubiese quedado de la suma consignada para cubrir gastos ordinarios del proceso, si lo hubiere.

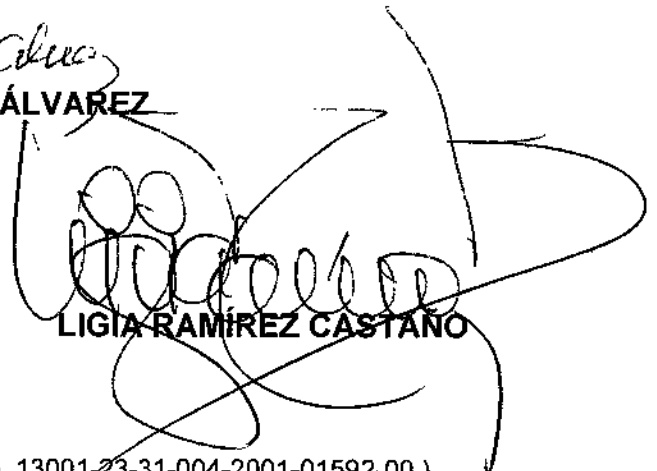
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

(Hoja de firmas expediente radicado con el No 13001-23-31-004-2001-01592-00)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1298
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ADUANAS AVIA LTDA SIA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-000-2005-01000-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	ONCE (11) 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, DIECINUEVE(19) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C. once (11) de octubre de dos mil trece (2013)

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13-001-33-31-000-2005-01000-02
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Aduanas Avia Ltda. SIA.
Demandado : Dian

Tema: Violación al régimen de exportación por parte de una SIA

La Sala Especial del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados por el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 14 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La sociedad ADUANAS AVIA LTDA. SIA., por conducto de apoderado judicial presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES – DIAN, tendiente a que se declaren las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare la nulidad de la Resolución No. **001755** del 8 de septiembre de 2004, por medio de la cual se impone una sanción por infracción administrativa aduanera de las sociedades de intermediación aduanera en el régimen de exportación; y la nulidad de la Resolución No. **2495** del 13 de diciembre de 2004, por la cual se resuelve el recurso de reconsideración que confirmó la decisión inicial. Todas ellas proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Rad: 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda SIA
Ddo. DIAN

Segundo: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que no existe infracción administrativa y en consecuencia se exonere de cualquier pago.

Tercero: Que se ordene dar cumplimiento de fallo dentro de los términos establecidos en la ley, una vez quede ejecutoriada la sentencia.

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Narra la sociedad demandante que la División de Servicio al comercio exterior remitió a la División de Fiscalización de Aduanas de Cartagena fotocopias de documentos de exportación (DEX) generados por el sistema informático aduanera SYGA que dedicaron posible extemporaneidad según lo señalado en los artículos 281 del decreto 2685 de 1999 y 243 de la resolución 4240 de 2000.
2. Que mediante oficio del 4 de septiembre de 2003 la Empresa Transportadora EDUARDO L. GERLEIN S.A. remitió el manifiesto de carga de exportación correspondiente a la motonave CSVA ALTANTA 33 N bandera Liberia septiembre 03/2003 correspondiente al DEX0611981091252 del 04/09/03.
3. De la misma manera agrega, que mediante radicado 024788 del 30 de septiembre de 2003 Aduanas Avia radicó ante la administración de Cartagena el cierre del documento de exportación definitivo 0611981091252 del 04/09/03 a nombre de Plástiquímica S.A. la motonave viajó el día 4 de septiembre de 2003.
4. Que por auto de apertura 50293 del 10 de junio de 2004 se ordenó la apertura del expediente CU030450293.
5. Que el día 30 de junio de 2004, la Jefe del Grupo Interno de Infracciones de la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, propone sancionar con multa a la sociedad Aduanas Avia Ltda, de conformidad con el artículo 483 numeral 3.2 con multa de dos millones trescientos veinticuatro mil pesos.
6. Finalmente a través de la Resolución 1755 del 8 de septiembre de 2004 la Jefe de la División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Cartagena impone una sanción a Aduanas Avia Ltda por la suma de Dos Millones Trescientos Veinticuatro Mil pesos (\$2.324.000) por no entregar debidamente firmada la declaración de exportación a la autoridad aduanera dentro del término establecido en el artículo 281 del decreto 2685 de 1999.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

Constitucionales: Artículos 6, 13, 29, 209 y 338 de la Carta Política.

Legales: Art. 1, 2, 3, 34, 35, 36, 84, 132, 135 a 139, 142 y 206 del C.C.A.; arts. 2, 231 parágrafo 1, 281 y 3232 del Dto. 2685 de 1999; Concepto 75 de 2002.

Señalan que han sido infringidas las citadas disposiciones constitucionales y legales al haberse impuesto una sanción injusta a la actora cuando era claro que lo solicitado por la DIAN lo posee en forma inmediata porque es la DIAN la que obliga que los usuarios utilicen el sistema para sus operaciones, solo en casos de contingencia se autoriza la no utilización del sistema y actuaciones manuales, máxime si se tiene en cuenta que la administración de Cartagena fue la pionera para la implementación de SYGA exportaciones.

Que se vulneró el derecho fundamental del debido proceso, porque por una parte la prueba principal del proceso, es el sistema y la DIAN en su fallo nombra varias sentencia respecto del debido proceso, pero desconoce que la prueba fundamental es la implantación del sistema que al implementarlo no era acorde con la legislación puesto que los pases que se hacen para poder obtener un DEX hacen que tenga la vigilancia directa de la DIAN en forma inmediata así que no se hacía necesario aportar los documentos físicamente.

DEFENSA

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

Aduce que las disposiciones que imponen la obligación de presentar la declaración de exportación quince (15) días después de presentado el manifiesto de carga, no contravienen las disposiciones constitucionales que el demandante considera violadas, porque el hecho que la declaración de exportación quede alojada en el sistema SYGA, no permite justificar el incumplimiento de una obligación expresa, toda vez que la misma ley radica dicha obligación en cabeza de los declarantes autorizados, reconocidos e inscritos ante la autoridad aduanera.

Agrega que no se puede pretender la aplicación para efectos de eximir de la sanción, un oficio contentivo de la opinión de un alto directivo de la Dian, que desde el punto de vista jurídico no tiene fuerza vinculante que posibilite, legitime, y obligue a tomar una decisión favorable al administrado.

En cuanto al violación al debido proceso, manifiesta que no ha existido tal violación porque la DIAN en ningún momento ha desconocido que la información se encuentre en los

Rad 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda SIA
Ddo DIAN

sistemas informáticos, lo que ha hecho ha sido actualizar las consecuencias jurídicas de una norma, establecida para tal fin.

Que en este caso no aplica el principio de favorabilidad, establecido en el artículo 520 del Dto. 2685 de 1999, toda vez que en el presente caso, la División de Liquidación Aduanera, expidió la decisión de fondo el día 8 de septiembre de 2004; y la norma que derogó fue expedida el día 21 de diciembre de 2004, es decir después de haberse expedido la decisión de fondo.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendada 14 de mayo de 2012, negó las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Frente al cargo de violación al debido proceso por inaplicación de los conceptos acerca del sistema SYGA y demás resoluciones concomitantes, concluye el *A quo* que los hechos sucedieron en vigencia de las normas anteriores, por lo que si la demandante pretendía que se inaplicara dicho artículo, tenía la carga de demostrar las razones por las cuales era merecedor de tal excepción, lo cual no hizo, por lo que no hubo violación al debido proceso.

De otro lado afirma la juez de primera instancia, que el oficio de fecha 23 de agosto de 2004, suscrito por el Subdirector de Comercio Exterior de la DIAN, no puede ser aplicado, como quiera que el mismo no fue aportado al expediente, siendo éste una carga de la actora: por consiguiente considera que la parte demandante incumplió con la obligación de no imprimir ni entregar debidamente firmada dentro del término establecido (15 días) la declaración de exportación a la autoridad aduanera. (fl. 240-250)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante por conducto de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación manifestando lo siguiente:

Que está demostrado que la sociedad actora como declarante autorizado a pesar de haber entregado la información físicamente fuera del término, también es cierto que la información física no hace parte sino del archivo, porque una vez se genera la Declaración de Exportación Definitiva la información es conocida por todas las autoridades competentes y la entrega del documento físico es solo un formalismo ya que el proceso inicia y termina con la utilización del SYGA. Que la demandante con su actuar no causó ningún perjuicio al Estado por lo que no puede ser acreedor a la sanción que se le está imponiendo.

Rad 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda SIA
Ddo DIAN

De otro lado, trae a colación copia simple del oficio del 23 de agosto de 2004, dirigido al Dr. Oscar Franco Charry, Director de Aduanas Nacionales – DIAN.

Así mismo advierte que en el presente asunto existe una nulidad por falta de competencia, dado que la administración competente para imponer sanciones en la comisión de infracciones administrativas aduanera es la que tiene jurisdicción en el domicilio fiscal de infractor, en este caso la administración aduanera de Bogotá.

Finalmente solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia. (fl. 252-265)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Por parte demandante.

Reitera los argumentos expuesto en el recurso de apelación. (fl. 276-289)

Por parte demandada.

Solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (fl. 274-275)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 26 de septiembre de 2012, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. (fl. 271)

Luego, por auto del 25 de enero de 2013, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 273)

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

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1 del Artículo 133 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo en Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante el cual negó las pretensiones de la demanda.

Rad 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda SIA
Ddo DIAN

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. **001755 del 8 de septiembre de 2004**, por medio de la cual se impone una sanción por infracción administrativa a la sociedad Aduanas Avia Ltda.
- Resolución No. **002495 del 13 de diciembre de 2004**; por la cual se resuelve el recurso de reconsideración que confirma la decisión inicial. Todas ellas proferidas por la entidad demandada.

Caducidad.

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. **002495 del 13 de diciembre de 2004**, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, se notificó a la actora el día 21 de diciembre de 2004 y la demanda se impetró el día 21 de abril de 2005; es decir dentro del término dispuesto en el numeral 2º del artículo 136 del C.C.A.

Cuestión Previa

Antes de abordar el estudio del caso concreto, resulta pertinente para la Sala advertir que la sociedad actora en su escrito de apelación, trajo a colación entre otros argumentos, el cargo de nulidad del proceso por falta de competencia, dado que a su juicio la aduana competente para tramitar la correspondiente infracción era la de Bogotá y no la de Cartagena, por lo que señala que la actuación administrativa desarrollada en esta ciudad está viciada de nulidad absoluta.

Al respecto la Sala después de revisar la demanda en cita y el expediente administrativo allegado por la administración aduanera de Cartagena, encuentra que la sociedad demandante en ningún momento alegó este cargo ni en sede administrativa, ni en la demandada, por lo que a criterio de esta Corporación, este nuevo argumento no puede ser analizado en este escenario dado que no tuvo la oportunidad de ser controvertido por la contraparte, y mucho menos de ser enjuiciado por el juez *A quo*, circunstancia que a la luz del ordenamiento legal atenta contra el principio de justicia rogada y derecho al debido proceso y defensa de la demandada, como quiera que no se le permitió defenderse frente a este cargo de nulidad. Además, es menester destacar que el objeto del recurso de apelación (art. 350 C.P.C.) es que el superior jerárquico estudie los asuntos decididos en la providencia de primera instancia y no analizar situaciones nuevas que no fueron aducidas por ninguna de las partes ante el *a quo*.

En ese orden, este Tribunal no estudiara el cargo en mención dado que no fue alegado oportunamente y en consecuencia se abstendrá de emitir pronunciamiento de fondo.

Rad 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda SIA
Ddo DIAN.

Así las cosas el debate jurídico en este caso, se centrara únicamente en el cargo relativo a la aplicación del oficio de fecha 23 de agosto de 2004, al caso de referencia.

Problema Jurídico.

Para la Sala se presentan los siguientes interrogantes

¿Existe responsabilidad de la Sociedad Aduanas Avia Ltda SIA por no presentar la Declaración de Exportación Definitiva debidamente suscrita dentro del término legal a la entidad demandada?

¿Tiene fuerza vinculante para los funcionarios de la Administración Aduanera, la aplicación de los oficios proferidos por la oficina jurídica de dicha entidad? En caso afirmativo, corresponderá determinar si el oficio de fecha 23 de agosto de 2003, dirigido al Dr. Oscar Franco Harry, director de aduanas tiene aplicación en el caso bajo estudio.

Para dar respuesta a lo anterior el Tribunal analizara cada uno de los problemas jurídicos planteados de forma separada.

Análisis del Caso.

- ¿Existe responsabilidad de la Sociedad Aduanas Avia Ltda SIA por no presentar la Declaración de Exportación Definitiva debidamente suscrita dentro del término legal a la entidad demandada?

El artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, consagra la responsabilidad de las sociedades de intermediación aduanera dentro de las actuaciones surtidas ante la administración aduanera en el siguiente tenor:

Artículo 22. Responsabilidad de las Sociedades de Intermediación Aduanera.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras, serán responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán en las controversias de valor, únicamente cuando declaren precios inferiores a los precios mínimos oficiales, o cuando declaren precios diferentes a los consignados en la factura aportada por el importador con los ajustes a que haya lugar.

Artículo 23. Atestación de la información contenida en las Declaraciones y Formularios.

La presentación y suscripción de las declaraciones a través del Sistema Informático Aduanero, o de formularios oficiales aprobados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o de cualquier otra actuación que se surta ante las autoridades aduaneras, por parte de los representantes acreditados por las Sociedades de Intermediación Aduanera, conlleva la atestación por parte de éstas acerca de la veracidad de la información en ellos contenida.”

De lo anterior se desprende que la Intermediación Aduanera es una actividad fundamental y decisiva en materia de operaciones de Comercio Exterior, por lo que su responsabilidad y obligaciones deben estar acorde con esa importante labor.

En efecto, en materia de Exportación, las Sociedades de Intermediación Aduanera tiene bajo su cargo una serie de obligaciones tales como las contempladas en el Artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, así como también las estatuidas en el título VII, Capítulo II del decreto en mención.

Así las cosas las fallas que pueda tener una Sociedad de Intermediación Aduanera en el cumplimiento de su labor le genera las responsabilidades a las que anteriormente se hizo referencia.

En esa medida las sociedades de intermediación aduanera, como colaboradores de la administración, les asiste el deber de verificar la información contenida en los documentos que suscriban con sus representantes legales, para de esta manera acreditar correctamente la información recaudada durante el procesos de importación y exportación que se susciten por parte de sus representantes.

Rad 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda SIA
Ddo. DIAN

En ese orden se advierte que en el proceso de exportación el ordenamiento estableció en su artículo 281 del decreto de referencia antes de su modificación, que la exportación es definitiva cuando el declarante imprime, firma la declaración de exportación y la presenta ante la administración aduanera dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción del manifiesto de carga. Veamos el texto legal:

Artículo 281. Cumplidos los trámites señalados en los artículos anteriores, la autorización de embarque con el número del manifiesto asignado por el sistema informático, se convierte en Declaración de Exportación Definitiva. El declarante procederá a imprimir y firmar la Declaración, la cual deberá ser entregada a la Aduana junto con las copias para las entidades competentes que requieran adelantar trámites posteriores. Este trámite deberá surtirse dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción del Manifiesto de Carga.

En ese sentido, atendiendo lo dispuesto en la normatividad relacionada, la Sala destaca que al proceso se allegó copia de la Declaración de Exportación No. 0620020030034879 de fecha 28 de agosto de 2003 (fl. 119-120)

Así mismo, en el manifiesto de carga visible a folio 122 observa esta judicatura que los documentos se recibieron ante la administración aduanera vía electrónica el día 03 de septiembre de 2003; mientras que los documentos físicamente se allegaron a la administración el día 30 de septiembre de 2003 (fl. 121), es decir fuera del término establecido en la norma de referencia.

En ese orden de ideas, el numeral 3.2 del Artículo 483 del Decreto 2685 de 1999, establece claramente la infracción en la que incurren los declarantes en el régimen de exportación y sanciones aplicables por *"No imprimir ni entregar debidamente firmada la Declaración de Exportación a la autoridad aduanera, dentro del término establecido en el artículo 281 de este decreto. Que dice: "señala como obligación de los declarantes en el régimen de exportación. "Declaración Definitiva" cumplidos los trámites señalados en los Artículos antes citados, se tiene que la autorización de embarque con el número de manifiesto asignado por el sistema informativo, se convierte en Declaración de Exportación Definitiva"*.

En virtud de lo anterior y aplicado al caso bajo estudio, el Declarante debía imprimir y firmar la declaración de exportación, la cual a su vez debía ser entregada a la Administración Aduanera dentro del término establecido en la norma en comento, por lo que al no cumplir con esta obligación se hizo merecedor de la sanción impuesta por la demandada, dado que radicó en ella toda la responsabilidad de culminar el proceso de exportación, presentado la documentación en físico ante la aduana respectiva.

Rad 000-2005-01000-02
 Dte Aduanas Avia Ltda SIA
 Ddo. DIAN

Así las cosas dando respuesta al problema planteado, si existe responsabilidad de la entidad demandante por no presentar dentro del término legal la declaración de exportación definitiva ante la administración aduanera.

- **¿Tiene fuerza vinculante para los funcionarios de la Administración Aduanera, la aplicación de los oficios proferidos por la oficina jurídica de dicha entidad? En caso afirmativo, corresponderá determinar si el oficio de fecha 23 de agosto de 2003, dirigido al Dr. Oscar Franco Harry, director de aduanas tiene aplicación en el caso bajo estudio.**

Ahora bien, pese a que la recurrente reconoce el incumplimiento de la obligación señala que para el día 23 de agosto de 2001, la administración aduanera profirió un **oficio** en el que entre otros argumentos señaló que la obligación consagrada en el artículo 281 del Dto 2685 de 1999, perdía su razón de ser en la medida que la DIAN contaba con la información de las operaciones de comercio exterior de manera anticipada; sin embargo, destaca la Sala que el oficio de referencia no fue allegado en copia auténtica, por la parte recurrente, ni mucho menos se observa quien lo suscribe.

En atención con lo desatado hasta el momento, la Sala encuentra pertinente traer a colación la Circular No. 0175 del 29 de octubre de 2001, proferida por la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales y que fue relacionada en los actos acusados, donde se precisó la política general de la administración en materia jurídica.

Es así que en dicho acto administrativo enfatizó que tipo de acto tiene el carácter vinculante para su aplicación por parte de los funcionarios de la administración aduanera y son proferidos por la oficina jurídica de la entidad en el siguiente tenor:

"Obligatoriedad de los conceptos:

En materia tributaria, el artículo 264 de la Ley 223 de 1.995 establece lo siguiente:

"Los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la Subdirección Jurídica (hoy Oficina Jurídica) de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en los mismos. Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas a su amparo no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias. Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cambie la posición asumida en un concepto previamente emitido por ella deberá publicarlo".

Los conceptos que expide la Oficina Jurídica de la DIAN, constituyen la expresión de manifestaciones, juicios, criterios o dictámenes sobre la interpretación de las normas tributarias, aduaneras, de comercio exterior o de control de cambios, ya sea

que hayan sido solicitados por los particulares o a instancia de las Administraciones, para satisfacer necesidades o requerimientos de las mismas.

Tales conceptos que constituyen criterios auxiliares de interpretación de la Ley no se convierten en actos o decisiones administrativas que afecten la esfera jurídica de los administrados, en el sentido de imponerles deberes u obligaciones u otorgarles derechos no contemplados en la Ley. Ahora bien, en el evento en que dichos conceptos posean un alcance normativo por la obligatoriedad de aplicación para la Administración o por la posibilidad o exigencia de sujeción a ellos para los administrados, podrán ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia, las actuaciones de los particulares fundamentadas en los conceptos vigentes, deben ser respetadas por la Administración sin perjuicio de las facultades de fiscalización en virtud de las cuales puedan llegar a determinarse irregularidades o inexactitudes cometidas por parte de los contribuyentes o usuarios, en detrimento de los intereses del Estado.

Así mismo, el párrafo del artículo 11 del Decreto 1265 de 1999 estableció:

"...los conceptos emitidos por esta oficina sobre la interpretación y aplicación de las leyes tributarias o de la legislación aduanera o en materia cambiaria en asuntos de competencia de la entidad, que sean publicados, constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y su desconocimiento podrá acarrear sanción disciplinaria."

Por su parte el Honorable Consejo de Estado, señaló en sentencia de diciembre 5 de 1.997 que *"los conceptos constituyen interpretación oficial para los funcionarios de la DIAN, son obligatorios en cuanto con ellos no se desconozca el ordenamiento jurídico superior, pero mediante ellos no se puede legislar"*.

En esa medida la Circular en cita consideró en últimas que *"la obligatoriedad para los funcionarios de la Administración de aplicar dichos conceptos obedece al propósito de la unificación de los criterios interpretativos de la Ley tributaria, aduanera y cambiaria; a la necesidad de otorgarles un grado evidente de seriedad y certeza y evitar, por este medio, la Administración pueda inducir a un error al contribuyente, desconociendo los criterios adoptados y sirvieron de guía de sus actuaciones, cuyos pilares son los principios que deben regir las relaciones entre el Estado y los particulares"*.

Atendiendo lo dispuesto previamente, para esta Sala de Decisión no exista la menor duda, que los conceptos administrativos, son actos que por su naturaleza, mientras no contravenga las normas superiores, tienen fuerza vinculante para los funcionarios de la administración aduanera en su aplicación, lo que a su vez permite colegir que los **oficios** proferidos por la administración por mandato legal y jurisprudencial no tienen el carácter

Rad: 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda SIA
Ddo DIAN

de vinculante para ser aplicado a los contribuyentes, dado que este tipo de actos se expiden cuando no reviste mayor esfuerzo investigativo o hermenéutico; además de acuerdo con las directrices de la DIAN, este tipo de actos se presumen que no son obligatorio, toda vez no fueron señalados en la recitada circular .

En efecto la Dian mediante oficio No. 73050 de agosto 29 de 2006, señaló la diferencia entre los conceptos y oficios concluyendo:

“Lo anterior significa que la DIAN por intermedio de la Oficina Jurídica, está autorizada por mandato legal para interpretar de manera general y abstracta las normas de carácter tributario, aduanero y cambiario, facultad que tiene su más acabada expresión en los conceptos, de cuya naturaleza jurídica. fuerza vinculante y publicidad, se ocupa el numeral 3.3. de la Circular Nro. 0175 del 29 de octubre de 2001 sobre seguridad jurídica, expedida por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales. Anexamos fotocopia de las páginas 1, 6, 7, 8, 9 y 19 de la Circular, para mayor ilustración.

*En desarrollo de dicha facultad doctrinaria, se emiten **oficios** cuando en criterio de este Despacho, el problema jurídico planteado por el consultante, no reviste mayor esfuerzo investigativo o hermenéutico, bien porque la solución se encuentra en la misma ley, en el reglamento o en un concepto proferido previamente, que solo amerita alguna explicación o comentario adicional, sin que en manera alguna, su alcance legal difiera de lo expuesto en la Circular mencionada.*

Finalmente en lo concerniente a la publicidad, conviene reiterar lo dicho en el Concepto No. 049 (018898) del 2 de abril de 2002:

“Sobre el punto es de advertir que cuando la norma hace referencia a publicación está refiriéndose a un medio por el cual se divulgue su contenido a los funcionarios de la administración tributaria; en este sentido las publicaciones de carácter interno de la Administración Tributaria cumplen la función de divulgar al interior de la entidad la doctrina oficial y surte los efectos de publicación a que hace referencia el parágrafo del artículo 11 del Decreto 1265 de 1999.”

En esa medida, aterrizando al caso particular el **oficio del 23 de agosto de 2001**, a juicio de la Sala no tiene el carácter de vinculante tal como lo determinó el Juez de primera instancia, dado no existe norma, ni concepto jurídico que así lo determine, pues, el ordenamiento solamente le ha dado fuerza vinculante a los conceptos que emita la administración aduanera en sus decisiones, sin que ello implique reemplazar las normas vigentes, pues atendiendo la naturaleza jurídica que reviste la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la ley y la jurisprudencia permiten la aplicación de estos conceptos siempre y cuando estén acorde con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Rad 000-2005-01000-02
Dte Aduanas Avia Ltda. SIA
Ddo DIAN

En ese orden y no siendo obligatoria la aplicación del oficio alegado por la parte recurrente, el cual, además no reposa en debida forma en el expediente administrativo, la Sala encuentra pertinente confirmar la decisión de primera instancia, puesto la infracción cometida por la sociedad actora se encuentra plenamente acreditada con base en los documentos allegados al proceso. No sobra recordar que incumbe a la partes demostrar los supuestos de hechos alegados en el proceso, tal como lo prevé el artículo 177 del C.C.A.

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

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 14 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO