



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1299
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JENNYS JULIA TORRES
DEMANDADO	: E-S-E CENTRO DE SALUD CON CAMAS GIOVANNI CRISTINI
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2008-00118-01
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 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 : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **Jennys Juliao Torres**
Demandado : **ESE Centro de Salud Giovanni Cristini**
Expediente : **13-001-33-31-006-2008-00118-01**
Tema : **Caducidad de la Acción**

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura y en atención a lo dispuesto en los artículos 115 de la Ley 1395 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, procede a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 13 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena que declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

1. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La señora Jennys Juliao Torres, actuando a través de apoderada judicial, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la ESE Centro de Salud Giovani Cristini, con el fin de que se acceda a lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar que el acto administrativo, resolución 184 del día 27 de junio de 2007 expedida por el gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD GIOVANI CRISTINI, mediante el cual se declaró insubsistente en el cargo de jefe de control interno de la ESE GIOVANI CRISTINI a la señora JENNYS JULIAO TORRES, no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante, mientras no se realice su comunicación y/o notificación en legal forma, de acuerdo con los hechos y fundamentos de derecho manifestados en el libelo demandatorio en especial la sentencia C- 957 de 1999.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD GIOVANI CRISTINI o a quien la reemplace en el evento de liquidación, a reintegrar a mi poderdante JENNYS JULIAO TORRES, en el mismo cargo que venía desempeñando, en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.

TERCERO: Que se condene a la entidad EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD GIOVANI CRISTINI o a quien la reemplace en el evento de liquidación, al pago de los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca su reintegro.

CUARTO: Para efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del empleado que demanda.

QUINTO: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

HECHOS

Se afirma como soporte fáctico lo siguiente:

Expresa la demanda que la señora Jennys Juliao Torres prestó sus servicios en la ESE Centro de Salud Giovani Cristini en el cargo de jefe de control interno desde el 6 de mayo de 2004, siempre de manera diligente y eficaz.

Narra que mediante la Resolución 184 de 27 de junio de 2007 el gerente de la ESE Centro de Salud Giovani Cristini, declaró insubsistente a la demandante del cargo de jefe de control interno.

Manifiesta que por ser el cargo de libre nombramiento y remoción la ley le permite al nominador desvincularla de la administración a través de acto administrativo sin motivación, pero no sin motivos, los cuales debían quedar consignados en su hoja de vida, con el único objeto de que pudiese ejercer el derecho de defensa y contradicción del acto administrativo

que la declaró insubsistente.

Afirma que el acto que declaró la insubsistencia no fue comunicado, ni notificado debido a que justo el día 27 de junio se encontraba incapacitada por una cirugía (histerectomía abdominal total) que se había practicado en días pasados, por lo que la ESE Giovanni Cristini ordenó él envió de una carta con fecha 27 de junio de 2007 a través de la empresa de correos Servientrega, envió al que le correspondió la guía número 781383062.

Añade que jamás recibió comunicación alguna que le informara del acto administrativo que la declarara insubsistente en su casa ni en ningún otro sitio y tampoco fijó el edicto de que trata el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.

Indica que si miramos detenidamente la guía número 781383062 de fecha 27-062007 cuyo remitente es la ESE GIOVANI CRISTINI y cuyo destinatario la señora JENNYS JULIAO TORRES, con la cual supuestamente se enviaba copia del acto administrativo que la declarada insubsistente o en su defecto citación para ser notificada personalmente de dicho acto, (sinceramente no sabemos pues el sobre jamás llegó a su destino) encontramos debajo del cuadro REMITENTE NOMBRE LEGIBLE Y SELLO aparece rubrica clara con el nombre COSME B, que cree pertenecen al señor COSME MATIAS BUEL VAS DIAZ, empleado de la ESE, encargado de la mensajería. Pero luego nota con pasmosa extrañeza como debajo de la casilla de EL DESTINATARIO RECIBIA CONFORMIDAD, donde debía reposar firma de la interesada o de cualquiera de sus familiares que aparece la firma de HILDA BARRAZA y HORA DE RECIBO 2:33 PM, al parecer corresponde a la señora HILDA PATRICIA BARRAZA HERNANDEZ, también empleada de la ESE GIOVANI CRISTINI. A continuación me pregunto ¿porque donde debe reposar el nombre de mi cliente, si fue ella precisamente quien según la ESE se negó a recibir, aparece por el contrario, el nombre de uno de sus funcionarios, será que la empresa de correos Servientrega se equivocó y en vez de llevar el sobre a la dirección del destinatario, la devolvió a la dirección del remitente, o será ésta una maniobra engañosa para disfrazar la no comunicación en legal forma del acto administrativo de desvinculación de mi poderdante?

Concluye manifestando que él solicitó revocatoria del acto administrativo a través del cual fue declarada insubsistente y su reintegro el día 23 de octubre de 2007, recibiendo respuesta en sentido negativo y manifestando a su vez que la petición de reintegro no procede debido a que el cargo que ella ocupaba posee un titular idóneo y con el lleno de los requisitos legales para el ejercicio de sus funciones.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violan las siguientes normas:

"TEMPORALIDAD DE LA ACCIÓN: Considero estar en termino para iniciar la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la ESE Giovanni Cristini. muy a pesar de que han pasado más de cuatro meses desde el momento de la declaratoria de insubsistencia del cargo de la señora Yennis Juliao Torres, debido a que como quiera que el acto jamás se comunicó en debida forma y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo Art. 48 del CCA que prevé las consecuencia de la falta de notificación de las resoluciones que ponen fin a una actuación administrativa, en el caso concreto esa notificación que menciona la norma se asemeja a la comunicación que debe hacerse de todo acto de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, la cual tampoco se realizó en debida forma. Preceptúa la norma refiriéndose a la notificación, comunicación o publicación de los Actos Administrativos: Falta o irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada. convenga en ello o utilice en tiempo los recursos legales.
Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46. (...)

Ahora bien tampoco produce efectos jurídicos la declaratoria de insubsistencia del cargo de mi poderdante debido a que por su condición de incapacitada al momento de la expedición de la decisión de separarla de su cargo; el empleador debía pedir permiso al Ministerio de la Protección Social de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 so pena de que la terminación del contrato sea declarada ineficaz.

La ineficacia implica el hecho de que el acto jurídico no produce efectos jurídicos y si el acto administrativo tenía como única razón la de declarar insubsistente a mi poderdante y este no produce efectos por expresa disposición legal. quiere decir que tal situación se asemeja a la inexistencia del acto, pues este no puede modificar legalmente situación jurídica alguna. Sabemos que los actos administrativos están encaminados a crear modificar o extinguir situaciones jurídica y este acto de declaratoria de insubsistencia no puede modificar situaciones porque esta, repito expresamente prohibido en la ley entonces podemos decir que el acto es inexistente, que jamás nació por lo que le da mi poderdante la posibilidad de demandado en cualquier tiempo.

DE LA PUBLICIDAD NOTIFICACIÓN Y COMUNICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La notificación del acto administrativo, se considera como una diligencia externa a formación o nacimiento de dicho acto, por lo tanto no incide en su existencia ni en su validez, pero afecta su eficacia u oponibilidad, cuando las Entidades del Estado ha impuesto a través de los mismos deberes y obligaciones frente a los administrados.

Al respecto la Corte Constitucional en múltiples sentencias se ha pronunciado con relación al tema de la publicación de los actos de la administración especialmente en sentencia 0- 957 de 1999.

'De lo anterior se deduce que el acto administrativo general o particular existe desde el mismo momento en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante, mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación.'

La razón por la que el legislador se ha tomado especiales molestias en delimitar de manera absolutamente clara, formalista y rigurosa la publicación, notificación y comunicación de los actos administrativos es porque quiere que los actos administrativos sean revestidos de los principios de la publicidad, contradicción debida proceso y se constituyan en verdadera garantía del derecho de defensa.

Un acto de la administración es público cuando ha sido conocido por quien tiene derecho a oponerse a él y restringir el derecho de defensa, sin justificación, resulta violatorio del artículo 29 de la Constitución Política ósea del DEBIDO PROCESO.

El conocimiento de los actos administrativos, por parte del directamente afectado, no es una formalidad que puede ser suplida de cualquier manera, sino un presupuesto de eficacia de la función pública administrativa - artículo 209 C. P. y una condición para la existencia de la democracia participativa - Preámbulo, artículos 1 ° y 2 C.P.

De ahí que el Código Contencioso Administrativo regule, en forma prolija, el deber y la forma de publicación de las decisiones de la administración, deteniéndose en la notificación personal - artículo 44-, en el contenido de esta artículo 47-, en las consecuencias de su omisión, o irregularidad, - artículo 48 y en sus efectos- artículo 51. Porque los actos de la administración sólo le son oponibles al afectado, a partir de su real conocimiento es decir, desde la diligencia de notificación personal o, en caso de no ser ésta posible, desde la

realización del hecho que permite suponer que tal conocimiento se produjo, ya sea porque se empleó un medio de comunicación de aquellos que hacen llegar la noticia a su destinatario final - artículo 45 C.C.A.-, o en razón de que el administrado demostró su conocimiento - artículo 48 *Ibidem*-.

Art. 48.- FALTA O IRREGULARIDAD DE LAS NOTIFICACIONES. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ello o utilice en tiempo los recursos legales.

Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo 46. (...)

Toda esta normatividad analizada conjuntamente y aplicada al caso en marra nos llena de argumentos más que suficientes para sostener que a mi poderdante jamás se le notifico el acto administrativo de su desvinculación de la administración en debida forma y mucho menos respetando las formalidades propias que el legislador ha establecido para la notificación de todos aquellos actos que ponen fin a una actuación administrativa y de contera con este accionar la ESE GIOVANI, cercena su derecho a conocer las decisiones que la administración toma y que la afectan directamente, su derecho de defensa y contradicción y su derecho al debido proceso, todos ellos de estirpe constitucional y de la categoría fundamentales para el ciudadano en Colombia.

LA IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Se analizará a continuación la posición jurisprudencial:

- a) La Sentencia SU-250 de 1998 dijo que la motivación de los actos administrativos es una elaboración jurídica relativamente actual. Se mencionó en dicho fallo la crítica que hizo Eduardo García de Enterría a la discrecionalidad: "Particularmente importante es la exigencia de motivación de los actos discrecionales, que ha establecido la nueva LPC, corrigiendo en este punto con acierto el antiguo artículo 43 LPA, que la omitía"

Resaltó la Corte que la discrecionalidad no se puede confundir con la arbitrariedad. Por eso el actual Código Contencioso Administrativo colombiano estableció la razonabilidad de las decisiones discrecionales en el artículo 36: "En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada, a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

En octubre de 1975 la Sala de Consulta del Consejo de Estado aceptó la tesis de que en un Estado de derecho no hay facultades puramente discrecionales. "Pero, en consecuencia, no hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la

justiciabilidad de los actos en que se desarrollan, y acabarían con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma: en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completa por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está" (sic).

b) En la Constitución de 1991, la motivación de los actos administrativos, como expresión del principio de publicidad, surge del artículo 209 "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...".

En la Sentencia SU-250 de 1998 se explicó que la motivación hace parte de la necesaria publicidad de los actos administrativos. Se dijo: La Corte Constitucional ha sido exigente en el deber de motivar los actos administrativos.

En la Sentencia C-054 de 1996, se dijo que la motivación "no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración".

La motivación responde al principio de publicidad, entendiendo por tal la instrumentación de la voluntad como lo enseña Agustín Gordillot quien resalta su importancia así: "La motivación del acto, contenida dentro de lo que usualmente se denomina "los considerandos" del acto, es una declaratoria de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad. De la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo en ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales.

Por tratarse de una enunciación de los hechos que la administración ha tenido en cuenta, constituye frente a ella un "medio de prueba en verdad de primer orden", sirviendo además para la interpretación del acto. (...)

En conclusión, resulta claro que la Corte ha admitido, en varias ocasiones, que la autorización dada por el legislador para no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la

Constitución, lo cual, de otro lado, no significa que tal autorización sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.

(.-.)

DESVIACIÓN DE PODER

El señor gerente de la ESE GIOVANI CRISTINI doctor HERNANDO ANTONIO RICARDO TAPIA al expedir la Resolución 184 del día 27 de junio de 2007, no perseguía los fines ordenados por la normatividad (mejoramiento del servicio público), lo que perseguía era simplemente desvincular a la doctora JENNYS JULIAO TORRES para saciar apetitos burocrático y político y disponer del cargo a su antojo, a pesar de que la demandante siempre fue una funcionaria ejemplar y entregada a su labor en defensa de los intereses de la ESE GIOVANI CRISTINI y tal afirmación lo corrobora su impecable hoja de vida.

SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR INSUBSISTENTE DEL CARGO UN SERVIDOR PÚBLICO ESTANDO INCAPACITADO.

Violación al Artículo 4 de la Ley 776 de 17 de Diciembre de 2002.

El acto administrativo Resolución 184 del día 27 de junio de 2007 expedida por el gerente de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD GIOVANI CRISTINI, mediante el cual se declaró insubsistente en el cargo de jefe de control interno de la ESE GIOVANI CRISTINI a la señora JENNYS JULIAO TORRES. fue producto de la discriminación hecha por su estado de salud, lo cual da cuenta su hoja de vida y el impecable servicio que prestaba como jefa de Control Interno de la demandada, además de su propios compañeros. Al encontrarse la señora Jennys Juliao Torres incapacitada, estaba su empleador la ESE GIOVANI CRISTINI obligado conforme el artículo 4' de la ley 776 de 17 de diciembre de 2002 a reincorporarla en su cargo.

La norma citada reza: "REINCORPORACIÓN AL TRABAJO AL TERMINAR EL PERÍODO DE INCAPACIDAD TEMPORAL, LOS EMPLEADORES ESTÁN OBLIGADOS, SI EL TRABAJADOR RECUPERA SU CAPACIDAD DE TRABAJO, A UBICARLO EN EL CARGO QUE DESEMPEÑABA, O A REUBICARLO EN CUALQUIER OTRO PARA EL CUAL ESTÉ CAPACITADO, DE LA MISMA CATEGORÍA".

2. LA DEFENSA

La entidad demanda no contestó la demanda.

3. SENTENCIA APELADA

La Juez Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha trece (13) de febrero de dos mil doce (2013) a través de la cual declaró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción y denegó las pretensiones de la demanda, destacándose de la sentencia del a quo, entre otras cosas, lo siguiente:

Considera la juez de primera instancia que muy a pesar de que el acto acusado no era oponible a la hoy demandante, por no conocer su contenido, esta el 23 de octubre de 2007 presento escrito de agotamiento de la vía gubernativa con solicitud de revocatoria de la Resolución N° 184 de 27 de junio de 2007, por medio de la cual se declaró insubsistente el cargo por ella desempeñado, lo que supone que a tal fecha la actora tuvo conocimiento o se dio por enterada del contenido del acto administrativo aquí demandado, y que previamente no se le había notificado en debida forma tal y como lo dispone el artículo 48 del CCA.

Así mismo considera, que para efectos de contabilizar el término de caducidad de la acción aquí interpuesta teniendo claro que la solicitud de revocatoria de un acto, no da lugar a la aplicación del silencio administrativo, se ha de entender en escenario favorable que la Resolución 184 de 27 de junio de 2007, le fue notificada a la actora el día en que presento la solicitud de revocatoria de dicho acto, dándose por enterada del mismo, debiéndose contabilizar el plazo de caducidad de la acción a partir del día siguiente, es decir, a partir del día 24 de octubre de 2007.

De acuerdo a lo anterior, el término para demandar el aludido acto administrativo de insubsistencia, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, corría hasta el 25 de febrero de 2008, tal como lo establece el artículo 136 inc 2 del CCA y, se reitera, en escenario *pro damato*.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del trece (13) de febrero de dos mil trece (2013), manifestando su inconformidad bajo los siguientes argumentos:

Expresa que la Resolución 184 de 27 de junio de 2007, no está firmado por su nominador, así las cosas la actora no tenía por qué dar por sentada la autenticidad del mismo si la

obtuvo sin firmar, sencillamente porque dicho acto firmado por su empleador jamás le fue notificado.

Ahora bien suponiendo que si estuviere firmada la Resolución 184 en su artículo tercero, parte resolutive establece que "la presente Resolución rige a partir de la fecha de su comunicación"; ello quiere decir que al no establecer los recursos que cabían contra la misma, se tiene que contra ella no procedía recurso alguno; luego entonces, no entendemos cómo es que la juez de primera instancia considera que la solicitud de revocatoria directa presentada el 23 de octubre de 2007, constituye recurso legal contra el acto enjuiciado, si contra dicho acto no había recurso alguno, por disposición expresa del mismo.

5. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 25 de junio de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 376); y, con providencia adiada en agosto 28 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 378).

En esta oportunidad procesal la parte demandada a través de apoderado presento sus alegatos solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, pues es claro que para la época de la presentación de la demanda habían transcurrido más de cuatro meses, tiempo dentro del cual se debía promover la acción (fl 379- 381)

El Agente del Ministerio, en esta oportunidad no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 13 de febrero de 2013, por medio de la cual se declara probada de oficio la excepción de caducidad de la acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

- Resolución 184 de 27 de junio de 2007, por medio de la cual se declaró insubsistente del cargo de jefe de control interno a la aquí demandante.

PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico a resolver en el caso que ahora nos ocupa, se circunscribe a determinar si se configuró la excepción de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento contra el acto demandado o si por el contrario, esta infundada tal como lo alega la parte demandante.

TESIS DE LA SALA

En esta oportunidad la Sala confirmará la sentencia de primera instancia al configurarse la caducidad de la acción, según el análisis que a continuación se realiza.

ANÁLISIS DEL CASO

Se pretende con esta acción la nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento de la señora Jennys Juliao Torres en el cargo de jefe de control interno en la ESE Centro de Salud Giovani Cristini.

La juez de Primera Instancia denegó las pretensiones de la demanda al encontrar probada la excepción de caducidad de la acción, en atención a que la actora presentó solicitud de revocatoria directa el 24 de octubre de 2007 y la demanda fue presentada el 1 de julio de 2008, encontrándose vencido el término de 4 meses establecido para las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, que venció el 25 de febrero de 2008.

La impugnante argumenta que es un error de la juez de primera instancia declarar la caducidad, pues la única intención de la demanda es que se declare nulo el acto acusado que no fue notificado en forma legal.

Descendiendo en el caso bajo examen se tiene que contra el acto acusado no procedía recurso alguno razón por la cual la demandante debía acudir ante esta jurisdicción desde el momento en que se enteró o tuvo conocimiento de la Resolución que la declaraba insubsistente.

Para la Sala es claro que la demandante alega que el acto acusado no fue notificado en debida forma, sin embargo en el expediente aparece demostrado que la parte interesada interpuso solicitud de revocatoria directa el 23 de octubre de 2007, fecha en que se entiende que se enteró del contenido del acto acusado configurándose la situación prevista en la parte final del artículo 48, que no es otra forma de notificación que la de conducta concluyente.

En caso similar el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa manifestó lo siguiente:

“Las causales de nulidad de los actos administrativos están contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Y dentro de esas causales está prevista la expedición de los actos administrativos con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa. El artículo 16 del Decreto 2126 de 2003, como se precisó exige que se notifique al garante el acto que deja sin efecto una facilidad de pago. La falta de notificación implica que el acto administrativo no surte efectos legales, a menos que la interesada, dándose por suficientemente enterada de la decisión convenga en ella o utilice los recursos legales. Eso fue lo que ocurrió en este caso, puesto que la parte demandante acepta haber recibido las copias de los actos demandados el 2 de enero de 2006. Por lo tanto, en esa fecha, se produce la notificación por conducta concluyente, toda vez que la aseguradora tuvo pleno conocimiento de la decisión de la Administración, a fin de ejercer las acciones pertinentes en defensa de sus intereses”¹ (Subrayas fuera del texto)

En virtud de lo anterior la Sala no comparte el argumento expuesto por la apelante al pretender hacer una interpretación textual de la notificación por conducta concluyente, aduciendo que la revocatoria directa no es un recurso y por lo tanto hasta la fecha no ha sido notificada del acto que la declara insubsistente.

Para reforzar la tesis que aquí se plantea el tratadista Luis Berrocal Guerrero ha definido la conducta concluyente de esta manera:

“La notificación por conducta concluyente se deduce de actos o manifestaciones de la persona, con relación a la decisión administrativa que la ha afectado, e indican de forma inequívoca que tiene conocimiento de la misma.”²

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, CP. Martha Briceño de Valencia, Bogotá 23 de febrero de 2012.

² Berrocal Guerrero, Luis Enrique. “Manual del Acto Administrativo”. Quinta Edición. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, D. C., 2009, págs. 269 y 270. Posición reiterada en sentencia del H Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B CP; Bertha Lucia Ramirez de Paez, Bogotá 1 de Julio de 2009.

Es de resaltar que la solicitud de revocatoria directa no hace parte del agotamiento de la vía gubernativa ni mucho menos interrumpe el termino de caducidad³, razón por la cual desde el momento en que se supone que tiene conocimiento del acto acusado empieza a correr el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento tal como lo ha expresado el H. Consejo de Estado:

"En cuanto a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de impugnación de actos administrativos el numeral 2º del artículo 136 C.C.A., modificado y adicionado por la Ley 446 de 1998, en lo pertinente dispuso:

*"La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso. (...)"*⁴

Así las cosas, esta Sala de decisión encuentra que le asiste la razón a la juez de primera instancia al considerar probada la excepción de caducidad de la acción. En virtud de lo anterior se confirmará el fallo que aquí se revisa.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 002 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 trece (13) de febrero de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena,

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, CP: Marco Antonio Velilla Moreno, Bogotá 17 de abril de 2008.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. CP: Bertha Lucia Ramirez de Páez, Bogotá 26 de junio de 2008

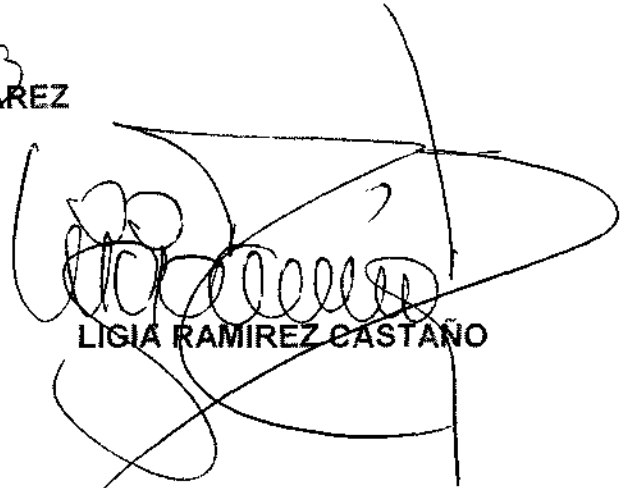
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

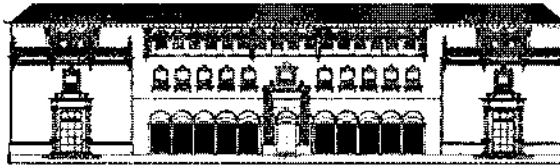
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

(Las anteriores firmas corresponden al expediente No. (13-001-33-31-006-2008-00118-01))



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1300
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: JOSE DE JESUS MENCO JORGE
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIUOD E DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2009-00171-01
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

SALA DE DECISIÓN 002

Sentencia de segunda 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**
Demandante : **José de Jesús Menco Jorge**
Demandado : **Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional**
Expediente : **13-001-33-31-009-2009-00171-03**
Tema : **Caducidad de la acción de Reparación Directa**

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 emanado del Consejo Superior de la Judicatura y en atención a lo dispuesto en los artículos 115 de la Ley 1395 de 2010 y 18 de la Ley 446 de 1998, procede a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 30 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

El señor José de Jesús Menco Jorge, actuando a través de apoderado judicial, instauró demanda de reparación directa contra la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional, con el fin de que se acceda a lo siguiente:

“1.1.1: Declarar responsable a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional del daño moral causado al señor patrullero JOSÉ DE JESÚS MENCO JORGE con la privación ilegal de la libertad por abuso y extralimitación de las funciones de los servidores públicos adscritos a la Seccional de Policía Judicial de Cartagena (Bolívar) quien en falso operativo de fecha 12 de marzo de 2007 sobre la avenida la cordialidad a la altura del peaje del Municipio de Bayunca- Departamento de Bolívar, lo aprehendieron, capturaron, trasladaron y recluyeron

en los calabozos de la SIJIN de la ciudad de Cartagena (Bolívar).

1.2

1.2.1: Condenar a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional del daño moral causado al señor PT: JOSÉ DE JESÚS Menco JORGE con la privación ilegal de la libertad por abuso y extralimitación de las funciones de los servidores públicos adscritos a la Seccional de Policía Judicial de Cartagena (Bolívar) quien en falso operativo de fecha 12 de marzo de 2007 sobre la avenida la Cordialidad a la altura del peaje del Municipio de Bayunca- Departamento de Bolívar, lo aprehendieron, capturaron, trasladaron y recluyeron en los calabozos de la SIJIN de la ciudad de Cartagena (Bolívar).

1.2.2: Condenar a la entidad demandada para que ajuste las sumas que resulte deber de conformidad con el índice de precios al consumidor, en aplicación del artículo 178 del CCA.

1.2.3: Ordenar a la entidad demandada a cumplir el fallo en el término de treinta (30) días, de conformidad con el artículo 176 del C.C.A

1.2.4: Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar a favor del demandante los intereses comerciales y moratorios, de conformidad con el artículo 177 del C.C.A, efecto para el cual se deberá tener en cuenta la sentencia C-188 de 1999, de la Corte Constitucional, mediante la cual declaró inexecutable las expresiones “durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria” y “después de este término”.

1.2.5: Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar al poderdante todos los derechos que resulten probados durante el proceso aunque no se hallan expresado en las pretensiones, haciendo uso de las facultades ultra y extrapetitas.

1.2.6: Condenar a la entidad demandada a pagar costas y agencia de derecho, según lo establece el acuerdo N° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

HECHOS

Se afirma como soporte fáctico lo siguiente:

Expresa la demanda que el día 12 de marzo de 2007, siendo aproximadamente las 22:30 horas en carreteras al Municipio de Bayunca- Bolívar la Seccional de policía Judicial de Cartagena – Bolívar al mando del señor teniente AVENDAÑO FLECHAS FRANCISCO ALBEIRO y el señor intendente MARTÍNEZ SIERRA FABIO MIGUEL capturaron y trasladaron a los calabozos de la SIJIN Cartagena al señor PT Menco Jorge José de Jesús, junto con otros dos policías por el punible de cohecho.

Narra que el P.T JOSÉ DE JESÚS Menco Jorge, es miembro activo de la Policía Nacional, en el grado de patrullero del nivel ejecutivo, adscrito para la época de los hechos a la Policía de Carreteras.

Manifiesta que en los calabozos de la SIJIN Cartagena, fue recluido con prendas y uniforme N° 3ª, y posteriormente le quitaron la correa y cordones de los zapatos, compartiendo celda con otras personas capturadas por delitos de homicidio y personas solicitadas en extradición.

Afirma que durante el tiempo de permanencia en los calabozos de la SIJIN fue incomunicado, insultado, amedrantado, torturado psicológicamente y le dispensaron tratos indignos y violatorios del fuero legal y constitucional que le asistía por su calidad de miembro activo uniformado de la Policía Nacional.

Añade que permaneció en los calabozos de la SIJIN los días 12, 13, 14 de marzo de 2007, siendo este último día trasladado a la Fiscalía de turno en Cartagena para diligencia de indagatoria, en la cual se tuvo como resultado que no existía mérito para vincularlo al proceso accionado por la Seccional de Policía Judicial de Cartagena SIJIN DEBOL, de la misma manera ordeno su reincorporación de manera inmediata al servicio activo de la Policía Nacional.

Concluye manifestando que la policía Nacional delega a la oficina de Control Disciplinario Interno del Departamento de policía de Bolívar, para que de apertura a la investigación disciplinaria que dé con la responsabilidad del PT Menco Jorge José de Jesús, la cual culmina con fallo de exoneración de toda responsabilidad disciplinaria.

2. LA DEFENSA

La entidad demanda contesto la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que la captura en flagrancia del actor se dio dentro del marco legal establecido, pues al momento de su captura se encontraba acompañado del PT JESSER JOSE SAYAS ZAPATERO y el agente EDER ENRIQUE BOLAÑOS, cuando estos se reunieron con los infantes de marina, que momentos antes habían incautado al primero de los nombrados, con un arma sin salvoconducto, con el fin de obtener la devolución de la misma, a cambio de \$ 150.000 que le fueron ofrecidos al Infante de Marina Claudio Román Morales; por lo cual con posterioridad a tales hechos, la Fiscalía Seccional 14 ordeno precluir la investigación iniciada contra el actor, por el delito de porte ilegal de armas y cohecho por dar u ofrecer, no implica necesariamente que exista una falla del servicio en cabeza de la entidad demandada, pues la Policía Nacional en cumplimiento de sus deberes constitucionales de garantizar el ejercicio de las libertades públicas, puede poner en funcionamiento el aparato coercitivo del Estado realizando capturas, allanamientos y operativos tendientes al esclarecimiento de los hechos punibles.

3. SENTENCIA APELADA

La Juez Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011) a través de la cual denegó las pretensiones de la demanda, destacándose de la sentencia del a quo, entre otras cosas, lo siguiente:

Considera la juez de primera instancia que no se estructuraron los elementos de la privación injusta de la libertad, toda vez que la Fiscalía General de la Nación a través de su seccional en cumplimiento del estatuto penal punitivo para la época de los hechos, no definió la situación jurídica del actor, por no ser procedente, por lo que a su vez fue escuchado en indagatoria ordeno su libertad inmediata.

Así mismo considera, que respecto de la captura sufrida por el actor, se encuentra que se ajustó a la legalidad, hecho que surge del acta de legalización de la captura y que no fue desvirtuada por la parte demandante. No se demostró que dicha entidad haya actuado con extralimitación de sus funciones o que la detención del actor hubiere sido arbitraria, por no existir pruebas en su contra o no presentarse los presupuestos para la realización de una captura en flagrancia.

De acuerdo a lo anterior, manifiesta que hay inexistencia de una privación injusta y de una captura ilegal, no se encuentra demostrado el daño antijurídico alegado en la demanda.

4. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), manifestando su inconformidad bajo los siguientes argumentos:

Expresa que de las pruebas obrantes en el proceso se puede constatar que el señor José de Jesús Menco Jorge fue objeto de una privación ilegal de la libertad y de una detención arbitraria al no comprobársele ningún tipo de delito ni ninguna sanción disciplinaria en su contra, que por el contrario con el actuar que tuvo la Policía Nacional al dejarlo en un calabozo por más de tres días junto con personas de todo tipo de antecedentes penales y poniendo a su compañera y familia a pasar por momentos difíciles, y al mismo patrullero Menco ya que además de los gastos que le tocó hacer para su defensa, su buen nombre y honra se vieron mancillados con el proceder de la Policía Nacional.

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. DEMANDANTE:

Manifiesta que la captura realizada al actor no obedeció a una orden judicial, y a través de la indemnización se le deben resarcir los daños ocasionados por la detención ilegal, las falsas y calumniosas informaciones que se hicieron, situación que se encuentra probada y se enmarca dentro de la órbita del daño antijurídico.

2. DEMANDADO:

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

3. MINISTERIO PÚBLICO

Solicita que se declare probada de oficio la excepción de caducidad de la acción y denegar las pretensiones de la demanda, haciendo el siguiente análisis temporal:

Los hechos se produjeron entre el 12 y 14 de marzo de 2007, es decir la acción caducaba el 15 de marzo de 2009.

Sin embargo el demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial el día 12 de marzo de 2009; la procuraduría expide constancia de agotamiento de este requisito de procedibilidad el 13 de abril de 2009.

Así las cosas a partir del 14 de abril de 2009 se reanuda el término de caducidad, al cual le restaban 3 días para su vencimiento, es decir vencía el 16 de abril de 2009 y la demanda solo fue presentada hasta el 26 de mayo de 2009.

6. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 19 de julio de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 328); y, con providencia adiada en septiembre 26 de 2012, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 330).

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 8 de marzo de 2013 (folio 372).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 30 de noviembre de 2013, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico a resolver en el caso que ahora nos ocupa, se circunscribe a determinar si las entidades demandadas son administrativamente responsables de los perjuicios materiales y morales sufridos por el PT. José de Jesús Menco Jorge, como consecuencia de su captura por parte de miembros de la Policía Nacional.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

Antes de entrar a resolver el problema jurídico, se hace necesario el estudio previo de la caducidad de la acción de reparación directa y la forma de contabilización de la suspensión de dicho término, por haberse presentado solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público.

Al respecto, es menester tener en cuenta que al tenor del numeral 8° del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo la acción de reparación directa *“caducará al vencimiento del plazo de (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa”*.

Es necesario resaltar que en el presente caso tal como lo dijo la juez de primera instancia, no se está enjuiciando una privación injusta de la libertad en virtud de decisión tomada por la autoridad judicial, sino que se le está endilgando responsabilidad a la Fuerza Pública por el desconocimiento de las normas para efectuar una captura, bajo el régimen de falla probada, quedando deslindado todo lo que tiene que ver con la actuación judicial.

En este orden de ideas, la caducidad se cuenta sin que la investigación judicial tenga incidencia en el conteo de ese término porque se reitera, se trata de una falla del servicio imputable a la Fuerza Pública, que no una actuación arbitraria e injusta de autoridad judicial que pueden ser enjuiciadas como lo regula el artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de justicia, en virtud de lo cual, el termino se contabilizara a partir de los hechos que comprenden la captura y posterior liberación del demandante, fuente de la responsabilidad que a título de falla, se le enrostra a la autoridad pública demandada, que en este caso es únicamente el Ministerio de Defensa- Policía Nacional.

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 instituyó la realización de una audiencia de conciliación ante el Ministerio Público, como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción de reparación directa.

En este sentido, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 y el Decreto 1716 de 2009 indican que la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el termino de caducidad de la acción, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio “o” hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley “o” hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la misma ley “o” hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo

anterior, "lo que ocurra primero".

Descendiendo en el caso bajo examen relata el accionante que el día 12 de marzo de 2007 sobre la avenida la cordialidad a la altura del peaje del Municipio de Bayunca, lo aprendieron, lo capturaron, trasladaron y recluyeron en los calabozos de la SIJIN de la ciudad de Cartagena, permaneciendo los días 12,13 y 14 de marzo de 2007, este último día la Fiscalía de turno en diligencia de indagatoria resolvió que no existía mérito para vincularlo al proceso accionado por la seccional de Policía Judicial de Cartagena SIJIN DEBOL, estos hechos aparecen acreditados además, con los documentos que reposan a folios (49-53)

Así las cosas, al día siguiente, es decir el 15 de marzo de 2007 empezaba a correr el término de dos (2) años para presentar la acción de reparación directa.

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

*"No obstante, esta Corporación ha expresado, en diferentes ocasiones, que si bien el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho o la omisión, cuando no puede conocerse, en el mismo momento, cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina que el perjuicio de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello[1]. Con mayor razón, entonces, debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquélla en que el daño ha sido efectivamente advertido."*¹

Ahora bien, tenemos que a partir del 15 de marzo de 2007 le iniciaba a contabilizar al actor el término de caducidad de dos (2) años para que ejercitara la acción de reparación directa, es decir, hasta el 16² de marzo de 2009, sin embargo el día 12 de marzo de esa anualidad, faltando cuatro (4) días para que operara la caducidad, el actor presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 21 Judicial para asuntos Administrativos, quien expidió certificación de no conciliación el día 13 de abril de 2009, por lo tanto, a partir del día 14 de abril de esa misma anualidad, se reanudaba el término que faltaba para que se configurara la caducidad de la acción. Así las cosas faltando cuatro (4) días para el vencimiento de dicho término, el accionante tenía hasta el 17 de abril de 2009 para presentar la demanda, no obstante solo lo hizo hasta el 26 de mayo de 2009, como se puede apreciar en la constancia plasmada a folios 2 y 9 (reverso) operando la caducidad de la acción.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 26 de enero de 2004. MP Alir Eduardo Hernández Enríquez 25000-23-26-000-1995-00814-01 (18273)

² Ver Calendario- Día 15 de marzo de 2009 (Domingo)

Por lo demás, teniendo en cuenta que la Sala encuentra probada la excepción de fondo de caducidad, que impide formular nuevamente las pretensiones de la demanda, se confirmara el fallo que aquí se revisa pero, por las razones expuestas en esta providencia.

De otra parte, atendiendo los criterios establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la demandante en este proceso.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: MODIFICASE la Sentencia de fecha treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en el sentido de declarar probada de oficio la excepción de caducidad de la acción.

SEGUNDO: CONFÍRMESE la sentencia en lo demás.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

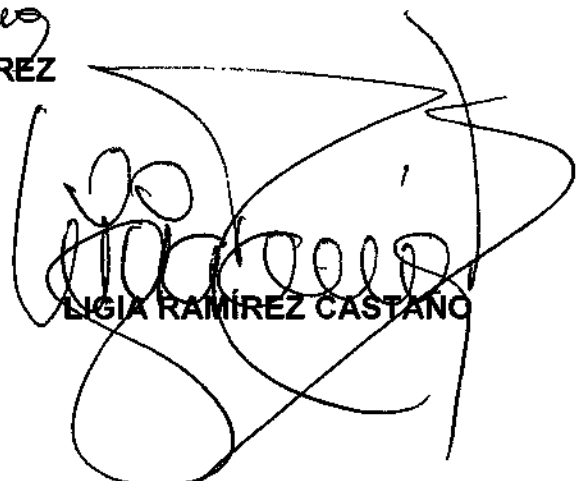
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

(Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-009-2009-00171-03)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1301
(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	: CARLOS CESAR CORTES MATTOS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2010-00289-01
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



259
10

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Cartagena de Indias, D.T. y C., once (11) de octubre de dos mil trece (2013).

-SALA DE DESCONGESTIÓN 002-
MAGISTRADA PONENTE: MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ.

CLASE DE ACCIÓN : REPETICIÓN.
DEMANDANTE : DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.
DEMANDADO : CARLOS CESAR CORTES MATTOS
EXPEDIENTE : 13001-33-31-003-2010-00289-01
TEMA : Prueba del pago

Procede la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante Acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado, contra la sentencia de fecha 30 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias dentro del proceso promovido por el Distrito de Cartagena, en ejercicio de la acción de repetición contra el Señor Carlos Cesar Cortes Mattos, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

1) Relató la entidad accionante que *"Que se declare responsable al señor Carlos Cesar Cortes Mattos de los perjuicios ocasionados al Distrito de Cartagena de Indias, por el hecho de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Bolívar en providencia del 28 de abril de 2005, por concepto del pago de una multa por no cancelar oportunamente el anticipo del contrato No. 3092-02-2000"*.

2) *"Que se condene a Carlos Cesar Cortes Mattos a cancelar a favor del Distrito de Cartagena de Indias, la suma de Ochenta y Tres Millones Ciento Treinta y Cinco Mil Novecientos Noventa y Un Pesos (83.135.991,00) MCTE, en atención a la conciliación judicial antes señalada"*.

3) "Que se condene al Dr. Carlos Cesar Cortes Mattos, a cancelar intereses comerciales a favor del Distrito de Cartagena de Indias sobre las sumas que se pide repetir, contados a partir del día siguiente del pago total efectuado por la entidad hasta la ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso, o en su defecto hasta cuando el demandado reembolse en su totalidad lo pagado".

4) "Que se ajusten los valores antes mencionados tomando como base el índice de precios al consumidor, desde la fecha del pago efectuado por la entidad hasta a fecha de ejecutoria de la sentencia".

5) "Que se condene en costas al demandado".

6) "Que en caso de que la sentencia no sea apelada, se expida a favor de la entidad territorial demandante".

Las anteriores pretensiones tienen como fundamento los siguientes:

2. HECHOS.

Textualmente:

1.- "El día once (11) de septiembre de 1992, según los pormenores de la Escritura Pública No. 4121 de la Notaría Tercera del Circulo de Cartagena, el Distrito de Cartagena de Indias celebro con la Fiduciaria la Previsora LTDA.. contrato de fiducia mercantil, cuyo objeto fue constituir una fiducia mercantil sobre los recursos que el fideicomitente (Distrito de Cartagena), entregue a la Fiduciaria, a título de fideicomiso con el fin de que esta lo administre, invierta y destine al plan maestro de acueducto y alcantarillado, incluidas sus etapas de rehabilitación, optimización y nuevo acuífero".

2.- "El Distrito de Cartagena de Indias, representado por la Fiduciaria la Previsora S.A. , en virtud del contrato de fiducia mercantil No. 4121 del 11 de septiembre de 1992, celebro un contrato de compraventa a precios fijos, con la firma Ferrostaal de Colombia LTDA. , No. 3092 – 02 – 2000, del 26 de noviembre de 2000, por valor \$721.683.369,00. En dicho contrato se pactó el pago así: el 40% equivalente a \$288.673.347,60, como anticipo, una vez perfeccionado el contrato y cumplido los tramites de legalización (según la cláusula tercera del contrato)".

3.- " El fideicomitente, (a través de la fiduciaria) no cumplió con el pago de dicho anticipo en su debida oportunidad. Dicho pago se efectuó el día 17 de agosto de 2001.

es decir con 174 días de retraso. El Dr. Carlos Cesar Cortes Mattos, se desempeñó como tesorero del Distrito de Cartagena de Indias, durante el periodo comprendido entre el nueve de marzo de 2001 hasta el 29 de diciembre de 2003, es decir que en momento que debía efectuarse el pago del anticipo del contrato de compraventa de precios fijos unitarios con la firma Ferrostaal de Colombia, dicho funcionario actuaba como tesorero distrital. Lo anterior con el certificado expedido por la Dirección Administrativa de Talento Humano de fecha 29 de abril de 2010”.

4.- “La sociedad Ferrostaal, el 17 de marzo de 2004, solicito la celebración de audiencia de conciliación prejudicial con el distrito de Cartagena, en relación con el pago de la multa por consignación tardía del anticipo, la cual correspondió a la procuraduría judicial 21 II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, despacho que celebros una audiencia de conciliación el 9 de junio de 2004, y en la cual el Distrito de Cartagena se comprometió a pagar a la sociedad Ferrostaal, la suma de 83.459.537,00 sin el reconocimiento de intereses ni honorarios”.

5.- “Dicha conciliación fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 28 de abril de 2005”.

6.- “La oficina de Asesora Jurídica mediante la resolución No. 0128 del 14 de marzo de 2008 dio cumplimiento a dicho fallo judicial”.

7.- “El hecho dañoso se concretizó en el pago indemnizatorio que asumió el Distrito de Cartagena, que tuvo como fundamento el actuar negligente y poco prudente de su agente, de manera que se configura en el presente caso el supuesto contemplado en el artículo 63 del Código Civil, de la culpa grave o dolo del mencionado tesoro del Distrito de Cartagena para las anualidades del 2001 a 2003, que con conocimiento de la ley y a sabiendas de que debía verificar la existencia de los recursos para realizar el posterior traslado de los mismos a la fiducia, a fin de que esta pudiera ejecutar los pagos con ocasión del contrato de compraventa había suscrito en nombre del fideicomitente, no lo hizo. Lo anterior de conformidad con las cláusulas tercera decima del contrato de fiducia celebrado entre el distrito de Cartagena”.

“La negligencia del ex funcionario, causo perjuicios a la entidad territorial ya que no efectuó los trámites para verificar la existencia de los recursos para realizar el posterior traslado de los mismos a la fiducia, es decir, asegurar los recursos que respaldaran el pago oportuno de los contratos que la fiducia contraería a nombre del fideicomitente y en virtud del objeto del contrato de fiducia, como fue el de compraventa de precios fijos unitarios celebrado entre Fiduciaria Previsora (en representación del Distrito) y la

sociedad Ferrostaal de Colombia LTDA., en donde se pactó el pago de un anticipo oportunamente. Esta clase de culpa configura una falla del servicio, ya que el no pago se debió a culpa grave – negligencia del ahora demandado”.

8.- “La relación de causalidad entre el daño causado al Distrito y la conducta del ex funcionario cuestionado, se encuentra más que demostrada por falla en el servicio de la administración, porque dicha omisión directamente ocasionó un perjuicio para la entidad al no verificar la existencia de los recursos para realizar el posterior traslado de los mismos a la fiducia, es decir al no asegurar los recursos que respaldaran el pago oportuno que la fiducia contraería a nombre del fideicomitente, como fue el de compraventa a precios fijos unitarios celebrado entre Fiduciaria la Previsora (en representación del Distrito) y la sociedad Ferrostaal de Colombia LTDA., lo que genero el reconocimiento en conciliación prejudicial de unos intereses moratorios a cargo del Distrito de Cartagena, por el no pago oportuno del anticipo del contrato de compraventa No. 3092-02-2000”.

9.- “El pago de las sumas conciliadas ante la Procuraduría Judicial 21 II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar el nueve de junio 2004, entre el representante de la sociedad Ferrostaal y el Dr. Eduard Dickens Hernández apoderado del distrito, se efectuó el 30 de abril de 2008, según comprobante de egreso No 8004336-8024053

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Revisado el expediente se observa que la parte demandada no presentó contestación de la demanda a pesar de que mediante escrito de fecha treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) (fls. 112) se le otorga poder al doctor Antonio Laitano Leal para que ejerciera la respectiva defensa.

4. SENTENCIA APELADA

El juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, en sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil once (2012) negó las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones.

“(…)

Atendiendo a la valoración probatoria de los documentos enlistados, se colige que la providencia que aprobó la conciliación celebrada entre el Distrito de Cartagena y la empresa Ferrostaal de Colombia LTDA., fue proferida el 28 de abril de 2005, y como quiera que el pago solo se efectuó el 30 de abril de 2008, ostensiblemente se evidencia

que feneció el término de 18 meses en que se debe dar cumplimiento a las condenas, contenido en el artículo 177 del CCA, y si a este último se le suma el término de caducidad de los dos años, también se tiene que la demanda presentada el 3 de agosto de 2010, supera este término.

Lo anterior significa que en el presente asunto, de acuerdo con la declaratoria condicionada de exequibilidad de la Corte Constitucional, que contempla dos eventos para comenzar a computar el término de caducidad, esto es, (i) a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o (ii) a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del Código Contencioso Administrativo, el presente asunto se adecua en la segunda regla, pues, si el auto aprobatorio de la conciliación fue del 28 de abril de 2005, el pago efectuado el 30 de abril de 2008, fue en forma tardía, y por ende, no es dable contabilizar el término de caducidad conforme el primer evento.

De manera que, contrario a lo sostenido en la demanda, lo que demarca el inicio del cómputo de la caducidad, si bien es el pago de la condena, en los eventos en que este supere el término de efectividad contemplado legalmente en el Código Contencioso Administrativo de 18 meses, se debe empezar a contar los dos años en el artículo 136 ibídem y 11 de la ley 678 de 2001, a partir del vencimiento de esta oportunidad, pues no es posible dejar esta institución procesal de orden público al arbitrio de la administración, dado que esta interpretación es lesiva del derecho del debido proceso que le asiste a los particulares que se desempeñan como servidores públicos.

En este orden el despacho comparte el criterio esbozado por la Corte Constitucional cuando afirma que para proteger el derecho al debido proceso del servidor presuntamente responsable en materia de repetición, el plazo con que cuenta la entidad para realizar el pago de las sentencias de condena en su contra, no debe ser indeterminado, pues ello implicaría someter la posibilidad de ejercer el derecho de defensa de dicho servidor a la voluntad de la administración, tal como en efecto se evidencia en el presente asunto, en la medida que no obstante mediar auto aprobatorio de una conciliación prejudicial que data del 2005, su pago tan solo se efectuó en 2008, es decir superando los 18 meses previstos en la ley, para dar cumplimiento a los fallos o condenas impuestas en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Surge de lo expuesto, que la Corte Constitucional como guarda de la constitucionalidad de las normas, declaró la exequibilidad condicionada del artículo 136 del CCA y 11 de la ley 678 de 2001, precisamente para evitar situaciones como la presente en la que la entidad territorial, da cumplimiento a su deber legal por fuera de los términos

contemplados, y sujeta la caducidad de la acción contra el demandado a su actuar, pues solo a partir de ese momento inicia a computar el termino de los 2 años contemplados legalmente.

Visto el panorama anterior, la demanda promovida por la entidad demandante en ejercicio de la acción de repetición, resulta extemporánea, en razón a que fue presentada por fuera del termino conferido por el artículo 136 del CCA, toda vez que el computo del termino de caducidad no puede quedar al arbitrio de la entidad cuando procede al pago incumpliendo los términos para la ejecución de la condenas, si no que en los eventos en los que sea vencido este, automáticamente después de los 18 meses, se inicia el cómputo de los dos años, sin distinguir la fecha efectiva en que tardíamente se efectúe el pago, lo cual se traduce en que ante el auto aprobatorio de la conciliación del 28 de abril de 2005, el computo de los dos términos a que se ha hecho referencia, frente a la demanda presentada el 3 de agosto de 2010, supera ostensiblemente la oportunidad para acudir a esta jurisdicción.

(...)

5. RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito visible folio 217 del expediente la parte demandante manifiesta lo siguiente:

(...)

incurre en yerro la juez de primera instancia al señalar que la fecha del auto aprobatorio de la conciliación prejudicial suscrita por el Distrito de Cartagena y la sociedad Ferrostaal, como la fecha a partir de la cual se debe computar el término de caducidad de la acción de repetición. Olvida la juez, que una cosa es la fecha del auto y otra muy distinta la fecha en la cual dicho auto se notifica o se pone en conocimiento de las partes interesadas.

En tratándose de conciliación prejudicial el auto aprobatorio o improbatorio se notifica por estado. En el expediente no reposa la constancia de la anotación del estado, de forma tal que se pueda determinar a partir de qué fecha el auto aprobatorio de la conciliación cobró ejecutoria, ni mucho menos el juez de primera instancia con un auto de mejor proveer solicitó a la secretaria del Tribunal certificación sobre dicha circunstancia.

También hay que tener presente que tratándose de conciliaciones prejudiciales las copias deben ser solicitadas por el interesado ante la respectiva corporación, de no ser así el expediente es devuelto ante el procurador que tuvo a cargo el trámite conciliatorio para que sea dicho agente quien las expida. Al parecer no se tiene certeza tampoco de cuando los beneficiarios o favorecidos con la aprobación de la conciliación solicitaron las copias, de forma tal que se pueda tener como hito para contabilizar el término de los 18 meses de que trata el artículo 177 del CCA.

Ahora bien, de que existe constancia en el expediente?, en el expediente y mas concretamente en los considerados de la Resolución 0128 del 14 de marzo de 2008, mediante la cual la Oficina Asesora Jurídica ordena las medidas tendientes al cumplimiento de una providencia judicial, se señala que solo hasta el día 11 de diciembre de 2007, fue recibido en la Alcaldía Mayor de Cartagena procedente de la Procuraduría judicial 21 II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, la copia del acta de conciliación prejudicial y la providencia aprobatoria debidamente ejecutoriada y como consecuencia lógica de presentación de tales documentos solo hasta el 14 de marzo de 2008, la Oficina Asesora Jurídica del distrito expide la Resolución ya atrás comentada

Resulta fácil afirmar, como lo hizo el ad-quo que la demanda fue presentada extemporáneamente, haciendo cálculos de 18 meses desde la providencia aprobatoria de la conciliación, pero recordando también mis clases de derecho procesal general, las providencias solo resultan vinculantes para las partes cuando son notificadas o publicadas y no antes, entonces no se explica cómo puede computarse el término de 18 meses desde la fecha de la providencia aprobatoria y no desde la fecha en que la misma se notificó por estado y sobre la cual no se tiene la fecha cierta en que se realizó.

Ahora bien, la fecha cierta en que el Distrito de Cartagena fue notificado del contenido de la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar, de aprobar la conciliación prejudicial celebrada con la firma Ferrostaal LTDA , lo fue el día 11 de diciembre de 2007, en virtud del oficio remitido por la procuraduría 21 delegada, haciendo el análisis hecho por la juez de primera instancia, al no tener certeza de la anotación del estado de la providencia aprobatoria, los 18 meses se empezarían a contar desde dicha fecha y se cumplieron el 11 de junio de 2009 y si desde dicho término empezamos a contar el término de caducidad de la acción de repetición de que trata el artículo 11 de la ley 678 de 2001 tenemos que la misma se cumplió el día 12 de junio de 2011, fecha para la cual ya la demanda de referencia se encontraba en trámite, habiendo cumplido inclusive con el requisito de la conciliación prejudicial en materia contenciosa.

(...)"

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de fecha veinticinco (25) de enero de 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente.

A. PARTE ACTORA

Guardó silencio.

B. PARTE ACCIONADA

Guardó silencio.

C. MINISTERIO PÚBLICO

Mediante escrito visible a folios 228 a 235 del expediente el ministerio público rindió concepto solicitando que se confirme el fallo de primera instancia y se declare probada la excepción de caducidad de la demanda de conformidad con las siguientes consideraciones:

"(...)

La providencia que aprobó el trámite conciliatorio surgió al mundo jurídico el 28 de abril de 2005. El pago de la obligación contenida en auto fue cumplido el 30 de abril de 2008, es decir tres (03) años y dos (02) días después de proferido el auto, por lo que el término de 18 meses otorgados por el inciso 4º del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo para el cumplimiento de la sentencia estaba vencido en demasía. Lo cual conduce a que el término para la contabilidad de la caducidad de la acción de repetición deriva del pago de esa sentencia inició su curso vencidos 18 meses es decir desde octubre del 2006.

Como quiera que el término de caducidad comenzó su curso en octubre del 2006, el vencimiento del mismo ocurrió en octubre del 2008, es decir, pasados dos años contados a partir del día siguiente del vencimiento del plazo de 18 meses para cumplir la sentencia, tal como lo señala la Corte.

Teniendo en cuenta que la demanda solo fue presentada el 3 de agosto de 2010, resulta claro que el término de caducidad de la misma se encontraba vencido, por lo que las pretensiones de la misma resultan improcedentes.

Esta procuraduría considera acertada la declaratoria de oficio de la excepción de caducidad, efectuada por el a-quo, por lo que recomendará que se confirme la sentencia de primera instancia.

(. .)”

II. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. Por auto de fecha 14 de agosto de 2012 se admitió el recurso de apelación
2. Por proveído del 25 de enero de 2013 se corrió traslado para alegar de conclusión.
3. El 16 de septiembre ingreso al Despacho para dictar sentencia.

III. CONSIDERACIONES:

Surtidas a cabalidad las demás etapas del proceso sin que se evidencie causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a dictar sentencia de segunda instancia, no sin antes resolver las siguientes cuestiones previas:

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 678 de 2001¹ esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en primera instancia².

2. CADUCIDAD.

En relación a la caducidad de la acción de repetición, esta sala realizará las siguientes precisiones, relacionadas con el fallo de primera instancia que declaro probada la excepción de caducidad de la presente acción:

En el asunto de marras, la juez *a quo* toma como base para determinar el término de caducidad de esta acción de repetición, la fecha de la providencia que resolvió aprobar el acta de conciliación prejudicial, proferida por este tribunal, sin tener en cuenta la fecha de notificación de la misma, lo cual en materia de caducidad de las acciones no es dable aplicar, ya que esta es una figura que esta instituida como una sanción que el

legislador impone al administrado como resultado de la inactividad de este para interponer ante la jurisdicción contenciosa las acciones respectivas con el objeto de hacer valer los derechos que considera violados por la administración.

La caducidad en su naturaleza misma implica una garantía para la seguridad jurídica y el interés general y es por esto que no puede estar sujeta a indicios, a inferencias, o a presunciones para su determinación. Por el contrario debe apoyarse sobre hechos ciertos y concretos que permitan dilucidar y evidenciar de manera inequívoca la negligencia del interesado, la cual a su vez se traduce en el paso de los términos y el tiempo estipulado por la ley para ejercer las acciones correspondientes ante la administración de justicia, teniendo en cuenta también que las normas que rigen esta figura son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento para el administrado.

Con respecto a este tema el honorable Consejo de Estado ha manifestado su posición en reiterados fallos manifestando lo siguiente:

"(...)

*El legislador colombiano instituyó la figura de la caducidad, **para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, como una sanción en los eventos en que determinadas acciones judiciales no se ejercen en un término específico**, esquema que se ha utilizado dentro del régimen de derecho público, particularmente para las acciones que se tramitan ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así, las partes tienen la carga procesal de impulsar el litigio dentro del plazo fijado por la ley, y de no hacerlo en tiempo, perderán la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.*

"(...)

Teniendo en cuenta todo lo anterior, para esta sala es imperativo decir que no es dable declarar como probada la acción de caducidad sin tener como base concreta y sólida una fecha concreta y necesaria para comenzar a contabilizar el término, la cual para el presente caso es la fecha de notificación de la providencia, ya que es desde este instante en donde esta nace a la vida jurídica la obligación de pagar la condena dentro de los 18 meses siguientes y al vencimiento de estos se debe comenzar a contar el respectivo término para iniciar interponer la acción que nos ocupa.

En el presente caso y revisado el expediente se tiene que a folios 184 a 158, reposa copia de la providencia de fecha 28 de abril de 2005, por la cual resolvió aprobar el acta de conciliación prejudicial de fecha 28 junio de 2004.

En dicho documento no aparece constancia de su notificación, en virtud de lo cual la juez de la instancia toma como base para contar los 18 meses que tenía la entidad condenada para el pago de lo reconocido en la sentencia la fecha en que fue proferida ésta para determinar si la presente acción esta caducada o no. Lo cual no era procedente pues se reitera al aplicar una sanción tan drástica como la caducidad de la acción, la cual limita el derecho de acceso a la administración de justicia debe realizar sobre bases ciertas no hechos supuestos de donde se deviene obligatorio analiza la controversia suscitada entre las partes de acuerdo a las pretensiones formuladas habida cuenta que no quedo acreditado en autos, la fecha de notificación de la providencia aprobatoria de la conciliación.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala se enfrenta a resolver si el señor Carlos Cesar Cortes Mattos debe responder patrimonialmente por el pago indemnizatorio efectuado por el Distrito de Cartagena de Indias a la Sociedad Ferrostaal LTDA, con ocasión de la consignación tardía del anticipo pactado por contrato celebrado entre la sociedad mencionada y el Distrito de Cartagena.

Para dar respuesta al problema jurídico planteado, es pertinente hacer previamente las siguientes precisiones.

4. MARCO JURÍDICO.

La Sala advierte que los hechos que dieron lugar a la presente demanda sucedieron con posterioridad a la ley 678 de 2001, ya que el auto que aprobó la conciliación prejudicial celebrada entre la Fiduciaria la Previsora S.A. y la Sociedad Ferrostaal de Colombia LTDA, es de fecha 28 de abril de 2005 esto es, en vigencia de la expedición de la Ley 678 de 2001², por lo tanto, dicha norma es aplicable al presente caso.

Conforme lo anterior se realizaran las siguientes precisiones con respecto al marco jurídico.

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 causado¹".

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

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 público 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 exfuncionario 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 siguientes:

- 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.
- 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, 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 2° 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 aquella 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 RELEVANTES PROBADOS.

Con las pruebas obrantes en el diligenciamiento se probaron los siguientes hechos relevantes.

- A través de la Resolución No. 0128 de 14 de marzo de 2008, el Distrito de Cartagena se comprometió a adoptar las medidas necesarias para el pago de *ochenta y tres millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil quinientos treinta y siete pesos (\$83.459.537.00)*, a favor de la sociedad *Ferrostaal de Colombia* por concepto de sanción moratoria por consignación tardía del pago del anticipo en

virtud de contrato de compraventa de precios unitarios fijos No.3092-02-2000
(Fls. 181-182).

- Comprobante de egreso No.8004336-8024053 del 30 de abril de 2008, donde consta el pago por la suma de \$83.459.537 a favor a favor de la sociedad *Ferrostaal de Colombia* (Fl. 170).
- El 09 de junio de 2004, en audiencia de conciliación constituida ante la procuraduría judicial 21 II ante el tribunal Administrativo de Bolívar, el Distrito de Cartagena de Indias y la sociedad *Ferrostaal de Colombia* , llegaron a un acuerdo conciliatorio respecto de la sanción por *consignación tardía del pago del anticipo en virtud de contrato de compraventa de precios unitarios fijos No.3092-02-2000* (Fl.195-196)
- Mediante auto calendado 28 de abril de 2005, esta Corporación aprobó el acuerdo conciliatorio celebrado el 09 de junio de 2004 entre la el Distrito de Cartagena de Indias y la sociedad *Ferrostaal de Colombia* (Fl. 184-189).
- Por otro lado, reposa en el plenario copia auténtica del manual específico de funciones y requisitos para los diferentes empleos de la Alcaldía de Cartagena de Indias (Fl.101).
- Copia del contrato de compraventa de precios fijos entre el Distrito de Cartagena y la Sociedad *Ferrostaal de Colombia LTDA* (fls.42-59)
- Certificado de la Dirección de Talento Humano del Distrito de Cartagena de Indias donde consta que el señor Carlos Cesar Cortes Mattos se desempeñó como tesorero del distrito desde el 09 de marzo de 2011 hasta el 29 de noviembre de 2003 (Fl. 36)

6. CASO CONCRETO.

Acorde con el estudio del marco normativo y jurisprudencial que rige el tema, procederá la Sala a verificar la existencia de los elementos que según lo dispuesto por los artículos 77 y 78 del C.C.A., deben concurrir para el ejercicio de la acción de repetición, a saber: I.) La existencia de una condena a cargo de una entidad pública de reparar los daños antijurídicos causados a un particular o la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño; II.) El pago de la suma por parte de la entidad pública a la víctima del daño y III.) Que la condena se haya generado a partir de la

conducta dolosa o gravemente culposa de un servidor o ex servidor de la entidad condenada o de un particular que ejerza funciones públicas.

Así entonces, procede la Sala a estudiar los elementos que de conformidad con dicha normatividad son necesarios para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición:

6.1. DE LA CONDENA O ACUERDO CONCILIATORIO.

Obra a folios 195 a 196, copia auténtica del acta de conciliación calendada 09 de junio de 2004, constituida ante la procuraduría judicial 21 II ante el tribunal Administrativo de Bolívar, el Distrito de Cartagena de Indias y la sociedad Ferrostaal de Colombia, llegaron a un acuerdo conciliatorio respecto de la sanción por *consignación tardía del pago del anticipo en virtud de contrato de compraventa de precios unitarios fijos No.3092-02-2000* (Fl.195-196).

Advierte la Sala, que a folios 184 a 189 del expediente, se encuentra copia auténtica del auto calendado 28 de abril de 2005, por medio del cual este Tribunal aprobó el mencionado acuerdo conciliatorio. Por consiguiente se considera que está acreditado el primer elemento para que proceda el ejercicio de la acción de repetición.

6.2. DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN DETERMINADA EN LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN.

En cuanto a este requisito, obra en el expediente comprobante de egreso No. 8004336-8024053 de 30 de abril de 2008 por la suma de \$ 83.459.537.00 del Distrito de Cartagena de Indias a favor de Ferrostal de Colombia Ltda. (folio 70), así mismo a folio 171 del expediente obra planilla de pago radicado con el No. 2008 E-E-54281 reporte No. 6391 por un valor a pagar de \$83.459.537.00 (folio 171), de igual manera obra autorización al Banco de Occidente para debitar de la cuenta de ahorro No. 830902169 las sumas antes referidas (folio 172) y finalmente obra Cheque No. 086454 del 2 de mayo de 2008 por la suma de \$83.459.537.00 pagadero a Ferrostal de Colombia Ltda. (folio 173)

Respecto a los documentos antes relacionados, ninguno da certeza que la entidad demandante haya efectuado el pago efectivo por las suma fijada en el acta de conciliación calendada el 9 de junio de 2004, constituida ante la Procuraduría Judicial 21 II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar y aprobada por providencia de fecha 28 de abril de 2005, de la misma Corporación Judicial.

Ahora bien, cabe anotar que el cheque No. 086454 de 2 de mayo de 2008 pagadero a Ferrostal de Colombia Ltda por la suma fijada en el acta de conciliación viene refrendado con una nota que señala que el mismo no es válido para transacciones, así las cosas razones suficientes para no brinda certeza que a la sociedad Ferrostal de Colombia se le haya efectuado el pago, o se le haya entregado el mencionado título valor.

Siguiendo el mismo hilo conductor, 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”⁶. (Negritas fuera de texto).

Se precisa que de conformidad con la jurisprudencia citada, el Comprobante de Egreso No. 8004336_8024053 del 30 de abril de 2008 da cuenta de la gestión que la entidad realizó para cancelar la suma de dinero conciliadas y aprobadas; sin embargo, la misma

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de noviembre de 2006, Exp 25 749 MP Ramiro Saavedra Becerra Demandante NACION, CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA-Demandado DAVID TURBAY TURBAY

resulta insuficiente para acreditar en debida forma que la entidad hubiere realizado el pago respectivo.

Por lo anterior, en el presente proceso no se acreditó 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 sociedad Ferrostal de Colombia Ltda. por consiguiente se denegaran las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala de Descongestión 002, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 30 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.


SEGUNDO: Sin condena en costas.

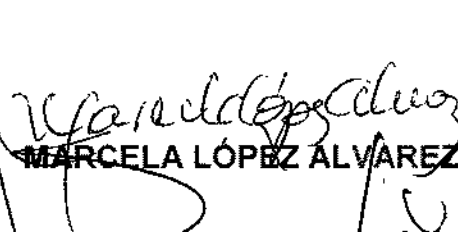
TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, enviar al juzgado de origen.

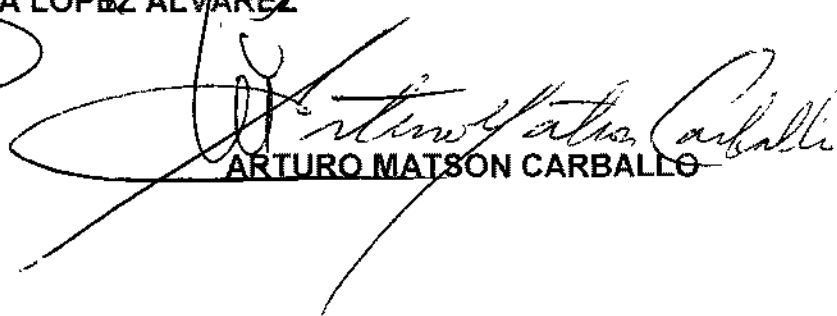
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1302
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2009-00348-01
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 GALVIS 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 : 13-001-33-31-013-2009-00348-01
Clase de proceso : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Corporación Colombiana de Logística S.A.
Demandado : Dian

Tema: Régimen de Tránsito Aduanero- Mercancía con menos peso.

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 demandada contra la sentencia del 30 de enero de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La sociedad CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A., 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 del Requerimiento Sancionatorio Aduanero No. 000034 del 27 de febrero de 2009; la nulidad de las Resoluciones Nos. 00945 del 20 de mayo de 2009 y 001657 del 24 de agosto de 2009, por la cual la demandada impuso sanción económica a título de multa en cuantía de \$30.359.000 MCTE, a la sociedad actora.

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

HECHOS

A continuación se resumen los hechos más relevantes:

1. Señala la libelista que La Administración Especial de Aduanas de Cartagena con fecha de 10 de marzo de 2007 aceptó y autorizó a la sociedad demandante la continuación de viaje No. 0600407M002825 con destinatario el Deposito Aduanero Consimex- Medellín, sobre las mercancías consistentes en 1.025 cartones conteniendo bolsos, llaveros, envases de acero, juguetes varias, artículos escolares, etc., los cuales venían embalados en el contenedor, TPCU8911443 procedente de Manzanillo (Panamá) debidamente sellado y precintado, traído al puerto de Cartagena por la naviera Compañía Chilena de Navegación Interoceánica CCNI.
2. Advierte que finalizado el régimen de tránsito aduanero con fecha 13 de marzo de 2007, la DIAN -Deposito Aduanero Consimex suscribió en el Acta de Inconsistencias la siguiente observación: "*SE RECIBEN VARIAS CAJAS ROTAS, SUMIDAS Y RECINTADAS. NOTA SE RECIBEN CUATRO (4) CAJAS MENOS.*" y en la planilla de recepción No. 112007000003884 de marzo 14 de 2007, se insertó la siguiente observación: "*DICE CONTENER 1025 CTNS LLAVEROS, BOLSAS, ENVASES DE ACERO, BANDEJAS METAL, JUGUETES VARIOS. ART. ESCOLARES, LONCHERAS, OLLAS, CUCHILLOS, CALCULADORAS, ETC.* Es decir sin insertar observación alguna sobre faltante de mercancías.
3. Con Requerimiento Especial Aduanero sancionatorio No. 000034 del 27 de febrero de 2009, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la empresa demandante por la suma de \$30.359.000 por la infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.
4. Que a pesar de la claridad y contundencia de los medios de prueba la DIAN optó por sancionar a la sociedad actora y para tal efecto profirió la Resolución 000945 V-20-2009, imponiéndole una sanción pecuniaria de \$30.359.000 por un supuesto incumplimiento al Régimen de Tránsito Aduanero 0600407M002825 de III-10-2007, por haber llegado la mercancía supuestamente con menos peso o menor cantidad de ésta, con relación a lo consignado en la declaración de tránsito aduanero. La sociedad sancionada presentó recurso de reconsideración el cual fue resuelto por la entidad demandada de manera desfavorable a través

de la Resolución No. 00001657 del 24 de agosto de 2009, confirmando la sanción impuesta.

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: Art. 6, 29, 83, 209 de la Carta Política.

Legales: Art. 84 y 85 del C.C.A., Art. 364 – 369 del Dto. 2685 de 1999; Art. 1, Arts. 509-512 y 519 del Dto. 1198 de 2000; inciso 2 del art. 1027 del Código de Comercio; Conceptos No. 600021-00754; 6200.001-07451, 62001-00738 proferidos por la DIAN; Art. 11, 21 de la Decisión No. 331 de 1993; Arts. 174-183 y 187, 264-279 del C.P.C.; Art. 11 de la Ley 446 de 1998.

Aduce que el proceso gubernativo está viciado de nulidad, por cuanto los actos administrativos se profirieron por funcionarios y organismos incompetentes, dado que el numeral 7 del artículo 1 de la Resolución No. 7 de 2008; señaló que *“La competencia para adelantar los procesos administrativos para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones aduaneras o para la expedición de liquidaciones oficiales, corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas o a la Dirección seccional de Impuestos y Aduanas, con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario”*. Por consiguiente, advierte que el domicilio de la sociedad demandante se encuentra en la ciudad de Bogotá D.C. y no en Cartagena, hecho que la llevó a inferir que existe una violación al artículo 29 y 83 de la Constitución Política, por cuanto la actuación irregular de los funcionarios al expedir las resoluciones acusadas atenta contra el debido proceso y los postulados de buena fe.

Agrega que se violó el debido proceso a la demandante, por cuanto la administración no profirió un requerimiento previo de información a fin de permitirle, conocer los hechos constitutivos de la presunta infracción para allegar las explicaciones y los medios de pruebas pertinentes.

Arguye, que la aduana de Cartagena de Indias a pesar de que los bultos o las unidades de carga se encontraron en perfectas condiciones exteriores, con un menor peso de 1.021.620 kg frente a lo consignado en el documento de transporte y sin observar huellas de violación de sellos o precintos de seguridad, inexplicablemente resolvió romper el precinto original 009187019, desocupando el Contenedor TPCU891144-3, para inspeccionar, supervisar, pesar y hacer un conteo unitario de las mercancías, concluido lo cual, procedió a cerrar el contenedor colocándole un nuevo precinto identificado con el número 010209, al igual que aprobó la Continuación de Viaje 0600407M002825 de 10 de marzo de 2009, indicando en su columna 20 un peso de 15.000 kg, esto es, 1.021.620 kg menos en relación con el peso indicado en el B/L PAONX-000486008-9 de 16.021.620 kg.

Rad 013-2009-00348-01
Dte Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

Explica, que en virtud de ello, gestionó y realizó la continuación de viaje de la Unidad de Carga TPCU891144-3 debidamente sellada con el nuevo precinto identificado con el número 010209 colocado por la DIAN y esa misma unidad fue entregada a la aduana de destino Depósito Consimex en la ciudad de Medellín, en el mismo estado en que la recibió, lo cual, la exonera de toda responsabilidad por los supuestos faltantes endilgados de manera irregular y atípica.

Que concluido el régimen, el depósito habilitado procedió a desprecintar la unidad de carga número TPCU891144-3, que contaba con el Precinto 010209 en perfectas condiciones; no obstante, dicho depósito levantó y suscribió el Acta de Inconsistencias en Depósito No. 045/2007 señalando "*SE RECIBEN VARIAS CAJAS ROTAS SUMIDAS Y RECINTADAS. NOTA: SE RECIBEN CUATRO (4) CAJAS MENOS*" y en la casilla denominada "*Peso Bruto*" insertó la cantidad de 14.854 kg, o sea, un menor peso de 1.167.62 kg, en relación con el peso en registrado en los documentos de viaje que es de 16.021 620 kg, pero un menor peso de 146 kg, respecto al validado por la aduana de partida que era de 15.000 kg, concluyendo que el precinto fue hallado intacto, sin hacer ninguna observación o reparo.

Frente a esto, considera pertinente cuestionar en donde se perdieron las cuatro (4) cajas que faltaron al tiempo de la conclusión del régimen, si como dan cuenta los documentos reseñados, el precinto colocado por la aduana de partida llegó en perfecto estado y, además, cómo puede ser posible que la Aduana de Cartagena de Indias aprobara la Continuación de Viaje 0600407M002825 sobre la totalidad de la mercancía que se decía embalada en el Contenedor TPCU891144-3.

Por otro lado, dice que las decisiones contenidas en los actos acusados desconocen la doctrina de la propia DIAN, según la cual, también se considera como "*bulto*" al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte, significando con ello que si el transportador entrega la unidad de carga en el lugar de destino en el mismo estado en que la recibió, valga decir, cerrada, sellada o precintada, no puede hacérsele responsable por el número de piezas, unidades o cantidad de mercancía que según los documentos de viaje dice hallarse embaladas o empacadas dentro del bulto o contenedor, pues la responsabilidad del transportador se limita a entregar el contenedor en el mismo estado en que lo recibió.

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

DEFENSA

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

Rad 013-2009-00348-01
Dte Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

Señala la demandada que no desconoce las consideraciones de tipo contractual presentes en este asunto, pero explica que su aplicación se circunscribe al momento en que se suscita la controversia y al presentarse una infracción aduanera las normas aplicables serán las consignadas en el Estatuto Aduanero y en los Acuerdos Internacionales que regulan la materia, por tanto, independientemente del contrato privado que celebre el transportador con el consignatario o con el operador logístico, este responderá por la cantidad de mercancía que se anuncie en la declaración de tránsito aduanero y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es real.

Alega, que en este caso no se cumple uno de los requisitos establecidos por la doctrina aduanera para considerar al contenedor como bulto, como es el hecho de que la mercancía viene consignada a más de una persona, como son la Corporación Colombiana de Logística S.A.,- Depósito Habilitado Consimex, lo que se prueba con la lectura del documento de viaje.

En lo que concierne a la supuesta configuración del silencio administrativo positivo, señala que la expedición del requerimiento especial aduanero por fuera de los treinta (30) días establecidos legalmente, no da lugar a la declaratoria del referido silencio administrativo, porque para dicho acto no se consagró de manera expresa esta consecuencia por la demora en su proferimiento.

Por otro lado señala que la Dirección Seccional de Cartagena si es competente para sancionar a la Compañía Colombiana de Logística, debido a que surgió de un control simultáneo, en el que se presentó una declaración de tránsito aduanero.

Finalmente, propone la excepción de "*Inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio*", basada en que los actos acusados tienen interés tanto para la sociedad accionante como para la Compañía Seguros Colpatria S.A., ya que esta última fue quien expidió la póliza que garantizaba a la DIAN la entrega de la mercancía transportada y el pago de los tributos aduaneros y demás obligaciones a cargo de la primera en la ejecución del régimen de tránsito aduanero, no obstante lo anterior, la empresa aseguradora no ha sido vinculada al proceso, por lo que considera que se encuentra configurada la excepción propuesta.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia calendada 30 de enero de 2012, concedió las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente tenor:

Con relación a la excepción planteada por la demandada concluyó que ésta no estaba llamada a prosperar toda vez que la Compañía de Seguros Colpatria ya hacía parte del proceso.

Rad 013-2009-00348-01
Dte Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

De otro lado señaló que la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena si era la competente para expedir los actos acusados, como quiera que de los documentos que reposan en el expediente administrativo no se observa que la mercancía por la cual se impone la sanción haya obtenido levante, en los términos del artículo 1 del Decreto 2685 de 1999.

Advierte que desde el momento en que se expidió el Decreto 2685 de 1999, el requerimiento de la información dejó de ser necesario y en su lugar el procedimiento a seguir es la formulación de requerimiento especial aduanero.

Concluye de las pruebas arrimadas al proceso, que es ostensible la diferencia de peso entre uno y otro documento, que no entiende como pudo la aduana de partida autorizar la continuación de viaje y como le pudo resultar igual el conteo físico de las cajas transportadas, por lo que no es de recibió las afirmaciones de la demandada al señalar que *"De lo anterior, es fácil determinar que la mercancía fue pesada y revisada de manera externa en el puerto, tal como quedó consignado en la continuación de viaje y que aún la mercancía se encontraba completa en peso cuando salió de la aduana de partida, por lo tanto, consideramos que no se encuentra violadas las normas mencionadas"*, toda vez que esta afirmación a su juicio resulta notoriamente contradictoria con el hallazgo consignado en el acta de continuación de viaje.

Asimismo aseveró que si la aduana de partida fue la encargada de sellar el contenedor con el precinto homologado No. 01029 y este en la aduana de destino, no se reportó como roto, adulterado o violado, como se colige de los documento que certifican la llegada de la continuación de viaje, señala que no se explica cómo pudo existir una diferencia de unidades y peso entre una y otra aduana, sin que se haya mediado manipulación de los sellos de seguridad.

En ese orden consideró que la demandante no incurrió en el supuesto de hecho que da lugar a la sanción que prevé el numeral 3 1.1 del artículo 497 del Dto. 2685 de 1999, esto es no entregó menor cantidad de mercancía al consignado en la declaración de importación. (fl. 308-329)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandada solicita que se revoque la sentencia bajo estudio, como quiera que el *a quo* desconoce la actuación realizada por la aduana de partida relacionada con la inspección de la mercancía, objeto de la continuación de viaje No. 0600407M002825 del 10 de marzo de 2007 debido que consideró que la DIAN no realizó un conteo físico de las cantidades transportadas y que el error de cantidad se presentó desde su origen.

Insiste en que la inspección efectuada es plena prueba de la cantidad de mercancía respecto de la cual fue autorizado su traslado es decir 1025 cartones de llaveros.

Rad 013-2009-00348-01
Dte Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

bolsos, envases de acero, bandejas de metal, juguetes varios, artículos escolares, poncheras, ollas, cuchillos, calculadoras, reloj de mesa, reloj despertador, reloj de pared, hasta la ciudad de Medellín depósito aduanero CONSIMEX. (fl. 331-336)

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

Reitera los argumentos expuestos en la demanda y solicita que se confirme la decisión de primera instancia. (fl. 362-398)

Parte demandada.

Se ratifica en lo expuesto en el recurso de apelación. (fl. 399-403)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de fecha 14 de agosto de 2012, se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. (fl. 359)

Luego, por auto del 8 de noviembre de 2012, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 361)

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 demandada contra la sentencia de fecha 30 de enero de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual concedió las pretensiones de la demanda.

Acto Acusado.

Se pretende la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Requerimiento Sancionatorio Aduanero No. 000034 del 27 de febrero de 2009, por el cual se propone imponer sanción al Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A.
- Resolución No. 000945 del 20 mayo de 2009, por medio de la cual se impone una sanción a un transportador en el régimen de tránsito aduanero.
- Resolución No. 001657 del 24 de agosto de 2009, 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. **001657 del 24 de agosto de 2009**, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, quedó ejecutoriada el día 28 de agosto de 2009 y la demanda se impetró el día 9 de diciembre de 2009; 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, destaca la Sala que la sociedad actora, en su introductorio solicitó que se declarara la nulidad del **Requerimiento Especial Aduanero No. 000034 del 27 de febrero de 2009**, proferido por la entidad demandada.

Por su parte el *a quo*, al emitir pronunciamiento de fondo decidió declarar la nulidad de este acto administrativo, por considerarlo contrario a derecho.

En esa medida advierte este Tribunal que no comparte la decisión de primera instancia, 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 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.

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

"Dicho requerimiento es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Consejera ponente CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ-Bogotá D. C. veintiocho (28) de junio de dos mil diez (2010)-Radicación número 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326)-Actor F. M. LOGISTICA LTDA SIA -Demandado MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Rad 013-2009-00348-01
Dfe Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera. ...".

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 inhibida para estudio de legalidad del Requerimiento Especial Aduanero No. No. 000034 del 27 de febrero de 2009, proferido por la demandada de conformidad con los motivos expuestos.

Problema Jurídico.

¿Es responsable el operador de transporte multimodal de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía en la aduana de destino con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación?

Para dar respuesta al anterior planteamiento resulta pertinente traer a colación la normatividad aplicable al caso, seguidamente verificar el material probatorio allegado al proceso, para finalmente adentrarse al caso concreto.

Marco Normativo

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

"Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso." (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

"Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía... (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todos los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...”

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, establece el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...”

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca

elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero..." (Subrayado fuera de texto)

Resulta pertinente también, advertir las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero. Veamos:

"Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes. .

...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:

3.1 Gravísimas...

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero..." (Subrayado fuera de texto)

De lo anterior se desprende que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

Lo probado

Observa la Sala que en sub lite, reposa la continuación de viaje No. 0600407M002825 del 10 de marzo de 2007, en el que se especifica el tipo de mercancía que ingresó al país consistente en "LLAVEROS, BOLSOS, ENVASE DE HACER, BANDEJA DE METAL, JUGUETES VARIOS, ART. ESCOLARES, LONCHERAS, OLLAS, CUCHILLOS, CALCULADORAS, RADIOS, RADIO RELOJ, RELOJ DE MESA, LÁMPARAS, RELOJ DESPERTADOR, RELOJ DE PARED; cantidad de bultos 1025 cartones, peso 16.021.620 KG. (fl. 62 Cdno de pruebas)

Rad 013-2009-00348-01
Dte Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

A folio 63 se evidencia el documento Andino de Transporte Multimodal No. CCL 202-1707, donde se manifiesta como peso de la mercancía de referencia el número 16.021.620 kg.

De la misma manera se aprecia el Conocimiento de Embarque (bill of lading) No. BL-PAONX-000486008-9 de fecha 09 de marzo de 2007, donde se evidencia que la mercancía se negoció en términos FCL/FCL y aparece como consignatario la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA y la COMERCIALIZADORA CALIPSO y CIA Ltda (fl. 64 ibídem)

Milita a folio 69 planilla de recepción del Depósito Consímex S.A.. donde se consignó como peso bruto de la mercancía 14854 kg; así mismo, reposa registro de finalización de cabotaje, en el que se anota entre otras cosas que se recibió un contenedor con 1021 cajas de las cuales varias estaban rotas, sumidas y recintadas. (fl. 70 ibídem)

Se allegó certificado de peso expedido por Consímex S.A., que señala entre sus observaciones que la mercancía se reciben varias cajas rotas, sumidas y recintadas y una nota que dice que reciben 4 cajas menos. (fl. 71)

A folio 72 milita acta de inconsistencia en depósito No. 045 de 2007 de fecha 13 de marzo de 2007, suscrita por el depósito Consímex S.A., en el que se describe la mercancía de referencia, pero además se consigna en las observaciones que *"se reciben varias cajas rotas, sumidas y recintadas. Nota: se reciben cuatro (4) cajas menos"*.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena de Indias) y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje 0600407M002825 del 10 de marzo de 2007, en la que quedó consignada que el número de piezas a transportar era de 1025 cartones con un peso de 16.021 620 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado tanto en el Documento Andino de Transporte Multimodal CCL 202-1707, así como también con el que se señaló en el Documento de Viaje BL - PAONX -000486008-9 de 09 de marzo de 2007. lo que permite inferir a esta corporación que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por 1025 bultos o cartones.

En ese orden de ideas, no obstante que los documentos de viaje de la mercancía objeto de controversia, así como también la continuación de viaje expedida por la aduana de partida señalan que la mercancía constaba de 1025 cartones, no puede perder de vista la Sala que el depósito habilitado en la aduana de destino, así como en la planilla de recepción, registro de finalización de cabotaje, certificado de peso, acta de inconsistencia, advirtieron que se recibía la mercancía con varias cajas rotas, sumidas y recintadas y además se recibían cuatro (4) cajas menos, lo cual resulta ser cierto, como

Rad 013-2009-00348-01
Dte Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

quiera que dentro del expediente administrativo, reposa certificado expedido por el representante legal suplente de la Comercializadora Calipso y Cía Ltda., en el que pone de manifiesto que la importación amparada en el conocimiento de embarque No. PAONX-000486008-9, llegó con un faltante de cuatro (4) cajas. (fl. 74)

Lo anterior no deja duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., pues es evidente que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menor cantidad a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Ahora bien es menester precisar que la parte actora en su introductorio señaló entre otros argumentos que los actos acusados contradicen la Doctrina de la DIAN dado que la mercancía de referencia es considerada como unidad de carga o bulto, la cual llegó sellada y precintada con su precinto virgen; además llegó bajo condiciones FCL/FCL o consolidado, por lo que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la demandante toda vez que en estos casos la demandada según su doctrina, considera bulto al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte.

Al respecto es menester advertir que el artículo 1 del Dto. 2685 de 1999, con la modificación introducida por el artículo 1° del Decreto 2101 de 2008, excluyó al contenedor del concepto de bulto, en el siguiente tenor:

“Artículo 1. Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina...”

...BULTO. Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte...”

No obstante, antes de la modificación, el texto inicialmente señalaba que bulto² *“Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”*. Normatividad ésta que se tendrá en cuenta como quiera que los hechos en este caso se causaron durante su vigencia

Por su parte la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que *“... Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin*

² Artículo 1 del Dto. 2685 de 1999 modificado por el Decreto 1198 de 2000

Rad 013-2009-00348-01
Dte Corporación Colombiana de Logística S A
Ddo DIAN

desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulfo..."

En esa medida aplicando la norma de referencia al caso concreto y de acuerdo con el material probatorio allegado; observa la Sala sin mayor discusión que la mercancía transportada por la sociedad demandante se contrató en términos FCL/FCL tal como se aprecia en el documento de viaje BL-PAONX-000486008-9.

Así mismo, que dicha mercancía se encuentra amparada en un solo documento de transporte y que se encuentra dirigida a dos consignatarios como son la Corporación Colombiana de Logística y la Comercializadora Calipso y Cía.

Es decir, en este último caso, si bien el transporte de la mercancía se dio en términos FCL/FCL y se encuentra amparada en un solo documento de transporte como lo indicaba la norma antes de su modificación, la misma no fue dirigida a un solo consignatario, por lo que en este caso, sobre la demandante recae la responsabilidad general que contempla el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Pues el beneficio que pretende la actora no tiene aplicabilidad en el sub lite, dado que al revisar los documentos presentados ante la administración aduanera, los mismos no cumplen con los lineamientos expuestos en la norma.

En ese orden, indistintamente del peso de la mercancía y de que los precintos no hayan sido adulterados, el documento de transporte allegado al expediente no cumple con los presupuestos legales para eximir de responsabilidad a la demandante.

Ahora a la luz de lo expuesto en la Resolución No. 000546 de 2010 en armonía con el principio de **favorabilidad**, se adicionó y modificó la Resolución 4240 de 2000, la cual dentro del Capítulo III *Trámite en la aduana de destino – Entrega de la carga y la declaración de tránsito aduanero al depósito habilitado o al usuario operador de la zona franca*", señaló en su artículo 3 lo siguiente:

"Artículo 3°. Modificase el literal d) y adicionase un párrafo al artículo 328 de la Resolución 4240 de 2000, los cuales quedarán así...

*...Párrafo. Para efectos de lo previsto en el literal b) del presente artículo, y con ocasión de la finalización de las operaciones de transporte multimodal en la aduana de destino, **no se consideran inconsistencias a cargo del transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro del contenedor, siempre y cuando se presenten las siguientes condiciones:***

a) El contrato de transporte se haya pactado en términos FCL/FCL.

b) Se acredite certificación del proveedor o de quien haya suscrito el contrato de transporte con el operador de transporte multimodal, asumiendo errores de envío o inconsistencias de orden logístico, y
c) No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga”.

(Subrayado y negrilla fuera de texto).

En el artículo 9° de la misma normativa quedó consignada su vigencia, dejándose constancia de que regiría a partir de la fecha de su publicación, esto es, el 26 de enero de 2010.

En efecto, aun aplicando las condiciones señaladas en esta última norma al caso bajo estudio, la Sala destaca que el contrato de transporte en el sub lite se pactó en términos FCL/FCL, que no hay señales de violación de los precintos o sellos homologados en el contenedor atendiendo lo expuesto por cada una de las partes, pero no se acreditó la certificación del proveedor donde asumió los errores de envío o inconsistencia de orden logístico; por lo que pese a esta nueva normatividad, la sociedad demandante no cumple incluso con estos últimos requisitos.

En ese sentido, para la Sala no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad demandante, dado que de las pruebas allegadas al expediente no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad, como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos expuesto en el texto normativo para exonerarla de la sanción impuesta.

Así las cosas y como quiera que el Juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda, esta Sala de Decisión después de analizar detalladamente el material allegado al proceso y los argumentos de las partes, encuentra pertinente revocar la sentencia de fecha 30 de enero de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena y en su lugar negar las pretensiones de la demanda, no sin antes advertir que se declarará inhibida frente a la pretensión de nulidad del Requerimiento Especial Aduanero No. 00034 de 27 de febrero de 2009

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: REVOCAR la sentencia 30 de enero de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión de Cartagena y en su lugar se dispone:

1. **INHIBIRSE** de pronunciarse respecto al Requerimiento Especial Aduanero No. 00034 del 27 de febrero de 2009, por el cual se propone imponer sanción al Operador de Transporte Multimodal CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. por los motivos expuestos.
2. **NEGAR** 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.

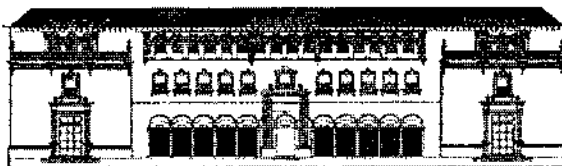
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

Nota: La presente hoja de firmas corresponde al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho. Dte. Corporación Colombiana de Logística S.A. Ddo. Dian Rad. 013-2009-00348-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1303
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: SOCIEDAD CESAR ARTURO HERNANDEZ S-I-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2005-00215-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE (27) 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 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 DECISIÓN No. 002

Cartagena de Indias D. T. y C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013).

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Clase de Acción **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicación **13-001-33-31-001-2005-00215-01**
Demandante **SOCIEDAD CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA L.**
Demandado **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL –DIAN–**

Tema: Sanción por no entregar declaración de exportación

La Sala 02 de Descongestión, del Tribunal Administrativo de Bolívar, debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 proferidos 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, procede a resolver la apelación interpuesta por la entidad demandada contra la sentencia de fecha veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA.

La Sociedad CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA., a través de apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE CARTAGENA – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN–, tendientes a obtener las siguientes:

PRETENSIONES



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

Como pretensiones la Sociedad demandante solicitó:

Que se declaren nulos en todas sus partes los siguientes actos administrativos:

a) Resolución No 001824 del 17 de septiembre de 2004, proferida por la División de Liquidación de la Administración Local de Aduanas de Cartagena – Administración Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante la citada Resolución se resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO: Imponer una sanción a CESAR ARTURO HERNANDEZ SIA LTDA, por la suma de nueve millones doscientos noventa y seis mil pesos (\$9.296.000.00), 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; y ordeno hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 3400000002, de la compañía ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA COOPERATIVA SOLIDARIA Nit. 860.524654-6.

(...) b) Resolución No. 2435 de 3 de Diciembre 2004, proferida por el Jefe de la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena, por medio de la cual se resolvió el recurso de Reconsideración contra la Resolución No.001824 del 17 de Septiembre de 2004, mediante la cual confirmó la Resolución No.001824 del 17 de Septiembre de 2004.

(...) 2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho se DECLARE que la sociedad ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA., no se obligada a cancelar a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, DIRECCIÓN DE IMPUSTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE ADUANAS DE CARTAGENA, suma de nueve millones doscientos noventa y seis mil pesos (\$9.296.000) ni los intereses generados por dicho valor.



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

3. Que para el evento de que durante el curso del presente proceso, se cancele por parte de de CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA., la suma impuesta como sanción y sus intereses, se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE ADUANAS DE CARTAGENA, a DEVOLVER a favor de CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA., el monto total de lo cancelado debidamente Actualizado, con intereses y corrección monetaria, a la fecha de la sentencia definitiva o del auto que resuelva el incidente de liquidación de perjuicios según el caso.

4. Que se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL, DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), ADMINISTRACIÓN ESPECIAL DE ADUANAS DE CARTAGENA, al pago de los perjuicios causados a CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA, con ocasión de la expedición de las resoluciones 001824 del 17 de Septiembre de 2004 y la 002435 de 3 de Diciembre de 2004, los cuales deben incluir el pago de los intereses corrientes causados en el evento que la compañía se vea precisada a cancelar, generados desde el momento en que se efectuó dicho pago hasta que se produzca su efectivo reembolso.

5. En igual sentido, como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos demandados y a título de restablecimiento del derecho se ORDENE a la DIAN suprimir o anular de sus registros la sanción impuesta a CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA, de manera que no figuren como antecedentes administrativos.

6.- De la misma manera, como parte del restablecimiento del derecho, se CONDENE a la DIAN al reconocimiento y pago de los gastos en que ha incurrido CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA con ocasión de este proceso, tales como gastos judiciales, honorarios de abogado, etc.



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

HECHOS

A continuación se transcriben los hechos más relevantes:

En calidad de Sociedad de Intermediación Aduanera, la empresa demandante tramitó ante la Administración Especial de Aduanas de Cartagena las declaraciones de exportación 0611981088181 de Agosto 13 de 2003 y 0611981089657 de Agosto 26 de 2003.

Las empresas transportadoras entregaron los manifiestos de carga correspondientes a las declaraciones antes mencionadas en las siguientes fechas:

No. Declaración	Transportador	Entrega Manifiesto
0611981087436	SEABOARD	Agosto 9 de 2003
0611981090493	SEABOARD	Agosto 21 de 2003
0611981088181	CIA TRANSPORT	Agosto 13 de 2003

El 16 de octubre de 2003, cuando ya se encontraban en poder de la Aduana las declaraciones de exportaciones junto con los manifiestos de carga, se procedió a realizar por parte de la sociedad de Intermediación Aduanera CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA, le entrega física de las copias de las declaraciones antes mencionadas a la División de Servicio de Comercio Exterior, para efectos que esta dependencia le enviara a su vez a las dependencias gubernamentales a las cuales deberían estas copias remitirse, como son el Ministerio de Comercio Exterior y el Departamento Nacional de Estadísticas (DANE).

El jefe del grupo interno de trabajo de exportaciones de la Administración de Aduanas de Cartagena envía a las oficinas de la División de Fiscalización Aduanera, el 19 de Mayo de 2004, los preliminares sobre unas inconsistencias dadas con las presentaciones extemporánea del documento de exportación (DEX), con la finalidad de dar apertura al expediente contra CESAR ARTURO



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

HERNÁNDEZ SIA LTDA, por una supuesta comisión de la infracción contenida en el art 483 Num. 3 2 del Decreto 2685/99, dentro del término establecido en el art 281 del mismo.

La División de Fiscalización de la Administración Local de Cartagena, con auto de apertura No. 50227 de Mayo 28 de 2004, abrió el expediente CU 030450277, con lo fundamento en los informes señalados en el párrafo anterior, remitido por la División de Servicio al Comercio Exterior con el cual se aportaron pruebas sobre el incumplimiento de la obligación establecida en el Art. 483 núm. 3 2 del Decreto 2685 de 1999, razón por la cual profirió el Requerimiento especial aduanero No. 00308, de Junio de 2004.

La División de Liquidación, mediante Resolución No. 1824 de Septiembre 17 de 2004, declara el incumplimiento de la obligación prescrita en el Art. 483 Núm. 3 2 del Decreto 2685/95, imponiendo sanción por NUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$9.296.000.00) a la sociedad CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA, por la infracción administrativa aduanera de las sociedades de intermediación aduanera en el régimen de exportación.

Finalmente mediante Resolución No. 002435 de Diciembre 3 de 2004, resuelve el recurso confirmando íntegramente de la Resolución No. 001824 de septiembre 17 de 2 004 por medio de la cual se impone una sanción por infracción administrativa a la sociedad CESAR ARTURO HERNÁNDEZ LTDA.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La parte demandante considera violadas las siguientes disposiciones:

- Constitución Política, Artículo 29.
- Código Contencioso Administrativo, Artículos 3 y 10.
- Código de Comercio, Artículo 1088.



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

- Ley 527 de 1999, Artículos 5 y 6.
- Decreto-Ley 2150 de 1995, Artículo 26.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN (Fis.6 a 15).

El concepto de violación expuesto en la demanda se circunscribe en los siguientes puntos:

1. VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 3 Y 10 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, ASÍ COMO DE LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DE LA LEY 527 DE 1999 Y EL ARTÍCULO 26 DEL DECRETO-LEY 2150 DE 1995 POR FALTA DE APLICACIÓN.

En la Resolución 1824 de septiembre 17 de 2004 y su confirmatoria no se aplicaron las directrices fijadas por los Artículos 3 y 10 del código contencioso administrativo, la ley 527/99 y el Decreto-Ley 2150/95, toda vez que para efectos de imponer la sanción, en ellas desconocieron los principios de celeridad y economía procesal.

El numeral 3.2 del Art. 483 del Decreto 2685/99, modificado por el Art. 38 del Decreto 1232 de 2001, en el cual se basa la sanción establece textualmente: *"no imprimir ni entregar debidamente firmada la declaración de exportación a la autoridad aduanera, dentro del término establecido en el art. 281 de este decreto"*.

Artículo 281 del Decreto 2685/99. **DECLARACIÓN DE EXPORTACIÓN DEFINITIVA:** cumplidos los trámites señalados en los artículos anteriores, la autorización de embarque con el número de manifiesto asignado por el sistema informático, se convierte en declaración de exportación definitiva. 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.



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

La conducta que reprocha esta infracción consiste básicamente en no entregar la documentación relacionada en el artículo anteriormente transcrito, dentro del término previsto para ello. También tiene como objeto el que se allegue por parte de la aduana, a las distintas dependencias de la administración central, en este caso DANE y Min. De Comercio Exterior, los datos y la información que reposan en las declaraciones de exportación para efectos estadísticos, información esta que se puede enviar sin necesidad de que el administrado presente copias físicas de la declaración de exportación (había sido enviada electrónicamente).

El Artículo 3o del CCA dispone: *"las actuaciones administrativas se desarrollaran con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, y en general, conforme a las normas de esta parte primera (...)"*

La finalidad del principio de economía es la mayor agilización en la toma de decisiones, procurando que los procedimientos se lleven a cabo dentro del menor tiempo posible y con el menor gasto. Por esta razón ha prohibido expresamente la exigencia de documentos y copias que no sean estrictamente necesarios. A la luz de la implementación y manifestación de nuevas tecnologías para la transmisión de información, se debe tener en cuenta un nuevo criterio respecto al principio de celeridad, toda vez que el envío y recepción de datos electrónicamente permite que los usuarios reciban y envíen informaciones requeridas en sus actuaciones frente a la administración con menor tiempo y gasto.

Así las cosas, y haciendo uso del Artículo 10 del CCA, se puede inferir que los funcionarios administrativos se encuentran en la obligación de hacer uso de la información enviada a ellos previamente por vía electrónica, por el principio de celeridad y economía procesal, más si se tiene cuenta que para el caso concreto, la información requerida y contenida en las Declaraciones de Exportación, tenía el propósito de ser enviada a otras dependencias de la administración.



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

Ley 527/99, Artículos 5 y 6 establecen:

Artículo 5- reconocimiento jurídico de los mensajes de datos. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.

Artículo 6-escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con mensaje de datos, si la información que este contiene es accesible para su posterior consulta.

(...)

Con todo lo anterior, es claro que la infracción impuesta la aquí demandante queda sin fundamento legal.

**2. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN
AL NO NOTIFICAR A LOS DECLARANTES INVOLUCRADOS.**

“En el caso de marras tenemos que se presentó un flagrante desconocimiento de este derecho, toda vez que la administración impuso sanción, por no entregar la declaración de exportación dentro del término previsto en el Art. 281 del Decreto 2685 de 1999, argumentando que al actuar la sociedad, en calidad de declarante dentro de la operación de exportación delegada por el exportador, esta conoce de antemano las obligaciones y sanciones a las que se encuentra sujeta, en caso de incumplimiento.

Según el Artículo 12 del Decreto 2685/1999 la intermediación aduanera es ambivalente, ya que aunque se reconoce a la intermediación aduanera un carácter de actividad mercantil y por lo tanto privada, de igual manera se le considera una actividad auxiliar de la función pública; esto limita las garantías constitucionales de los intermediarios aduaneros, desplegando para ellos un régimen de responsabilidades en el cual las obligaciones entre los diferentes sujetos que se desenvuelven dentro de la actividad aduanera, no están correctamente delimitadas, trayendo como consecuencia que las sociedades de intermediación



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

aduanera dentro de las operaciones de comercio exterior le sean impuestas sanciones por incumplimiento de las obligaciones que no pertenecen a su esfera de dominio.

El envío de copias de la declaración de exportación radica en cabeza de las sociedades de intermediación aduanera, pero depende en un primer momento de una persona ajena al declarante, como es el transportador.

Es necesario que se comuniqué por parte de la administración aduanera al declarante, en este caso a la sociedad de intermediación correspondiente, el cumplimiento de la obligación de entrega del manifiesto de carga por parte del transportador, para efectos de finalizar el trámite, en este caso la legislación aduanera adolece de este vacío.

Al no cumplir con la notificación en mención, implica violación al debido proceso, pues la sociedad de intermediación debe ser notificada de la existencia de la obligación, y consecuentemente tener la oportunidad de cumplirla, no se puede hablar de incumplimiento y por consiguiente de sanción.

Ahora, nótese como la Administración presume como hecho cierto, que la sociedad de intermediación aduanera sancionada, se debe servir de la notificación contenida en el sistema informático de la aduana-SYGA- para verificar la fecha de entrega del manifiesto de carga, pero no lo utiliza ella misma para verificar los datos contentivos de la declaración de exportación, y de esa manera enviarlos a las dependencias gubernamentales que los requieran."

3. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1088 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

" La Resolución 1824 del 17 de septiembre de 2004, dispone en su art. 2° hacer efectiva la póliza de cumplimiento de disposiciones legales No. 34000000002, expedida por la compañía aseguradora solidaria de Colombia, desconociendo de



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

plano, el principio netamente indemnizatorio de la póliza y los principios generales que rigen el contrato de seguro.

El pago del seguro por parte del asegurador a modo de indemnización, solo opera bajo el supuesto que el riesgo asegurable se hubiera materializado, y esta situación ocasionara un daño real y efectivo a la parte asegurada, en este caso la Administración de Aduanas Nacionales.

Vemos que de acuerdo a la naturaleza de la obligación que se considera incumplida por parte de la administración, como es la de no suministrar copias de la declaración de exportación, es posible ocasionar un perjuicio real y efectivo que se estime cuantificable monetariamente, requisito sine qua non para que proceda y se haga efectiva la indemnización.

Consideramos que las sanciones deben ser proporcionales a la infracción cometida de acuerdo a los principios del debido proceso, legalidad y necesidad."

DEFENSA (fls.57 a 66)

Revisada la actuación procesal, la parte accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal.

Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y, respecto a los cargos, sostiene que en lo atinente al primero de ellos, no fue alegado en vía gubernativa, por lo que la administración no tuvo la oportunidad de contradecirlos y ejercer su derecho de defensa, sobre estos puntos, proponen la EXCEPCIÓN DE HECHO NUEVO sobre la violación de estos cánones.

Sin embargo, afirma que el declarante, en este caso la sociedad de intermediación aduanera, de conformidad con los Artículos 3 y 10 citados, es el responsable de la obligación aduanera, en concordancia con lo expuesto en los Artículos 266 a 281 del Decreto 2685/1999, en los que se señala el procedimiento para iniciar y



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

terminar el proceso de una exportación, que controvertida en definitiva, le genera al declarante la obligación de imprimir y firmar la declaración, para entregarla a la aduana junto con las copias para las entidades que requieran adelantar trámites posteriores.

Por último establece que en las Declaraciones 0311981087436, 0311981090493, 0611981088181 y 0611981089657 existió una extemporaneidad de 34, 24, 29 y 29 días respectivamente, recordando que tenía 15 días para ello.

En cuanto al segundo cargo, la parte demandada se opone porque los Artículos 13 y 14 del estatuto aduanero les han otorgado a los declarantes la función de la intermediación aduanera. Por lo tanto, la autoridad aduanera le ha trasladado a la SIAS de intermediación, la tarea de servir como colaborador en la cumplida aplicación de las normas aduaneras.

Agrega que los funcionarios de las sociedades de intermediación aduanera, para cumplir con estas funciones deben prepararse y capacitarse en el conocimiento de la legislación aduanera, por lo tanto, se presume que conocen de las mismas, sus obligaciones y responsabilidades, por lo que no puede pretender que la DIAN, cree un procedimiento para notificarle unas actuaciones que ésta debe conocer de antemano por su función de colaborador en la función aduanera y como declarante del importador. Ahora, en este caso se ha impuesto una sanción y en ningún momento se viola el debido proceso por no notificarle actuaciones que son responsabilidad del intermediario conocer.

Agrega la DIAN que la demandante debía tener conocimiento del término de los quince (15) días que aplica para este caso, ahora mediante oficio No.286 de Julio 21 de 2004 se envió copia del requerimiento especial aduanero No. 000308-000314 FISC a la sociedad de intermediación aduanera con la finalidad de surtir la notificación por correo, lo que quedó plenamente cumplida como el acuse de recibo del correo certificado No. 60-50137 de Julio 21 de 2004, cuyo nombre y



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

sello de quien recibe es CESAR HERNÁNDEZ R. SIA LTDA, no apareciendo respuesta al requerimiento después de haberse notificado en debida forma.

En cuanto al tercer y último cargo, la demandada aduce que la sentencia C-160 (sino existió daño no puede haber sanción) es utilizada de manera indiscriminada por los administrados.

Termina diciendo que considerar que por el hecho de no generar un daño económico, el Estado no puede establecer mecanismo de orden legal que constriña al administrado a cumplir sus obligaciones, es dejarlo expuesto al libre albedrío del administrado, (como por ejemplo que la sociedad de intermediación fije plazos diferentes de manera unilateral al establecido en el procedimiento aduanero para cumplir con lo que la ley ha señalado), frente a la omisión de deberes impuestos por la ley para garantizar el ejercicio del control aduanero.

La parte demandada presenta excepción de fondo por **inepta demanda**, pues con la contestación de la demanda la parte accionante está alegando hechos nuevos no discutidos en vía gubernativa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls.213 a 236).

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante sentencia de fecha veintidós (22) de Julio de dos mil diez (2010), accedió a las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente:

El Juez de Primera Instancia, considero que "Siendo así las cosas, es claro 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



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

artículo 26 del Decreto 2685 de 1999, así como también, las establecidas en el título VIII, capítulo II del decreto en comento.

Por ello, su actividad tiene la naturaleza de auxiliar de la función pública aduanera, son personas especializadas en el tema, a quienes se les confían labores muy importantes en todo lo relacionado con el comercio internacional, labores que van desde el adelantamiento del trámite hasta la liquidación y pago de los tributos que gravan las importaciones, por lo que se espera una gestión cabal e impecable y de la que espera tanto la Administración como el importador o exportador, que se adelante responsablemente y consecuente con la importancia de la labor encomendada.

Las fallas que pueda tener una sociedad de intermediación aduanera en el cumplimiento de su labor le genera las responsabilidades a las que se hizo referencia.

Adentrándonos en el caso de marras, la administración funda la sanción impuesta a la sociedad actora en el hecho de haber enviado la demandante a la oficina de exportaciones de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena las declaraciones de exportación de manera extemporáneas a la fecha llmite establecido en el Art. 281 del decreto 2685 de 1999, es decir, por no imprimir ni entregar debidamente firmada la declaración de exportación a la autoridad aduanera poniendo al declarante de cara con la sanción establecida en el numeral 3.2 del Art. 483 del Decreto 2685 de 1999.

Pues bien, considera el despacho que le asiste razón a la parte accionante en el entendido que, si bien la administración de aduanas necesita que por parte de las sociedades de intermediación aduanera le presenten las declaraciones y demás documentos relativos al régimen de exportación en la forma y términos señalados en las normas, también lo es que, para el caso de las exportaciones, dicho trámite a la luz de lo señalado en el Art. 266 del decreto 2685 de 1999, se inicia con la presentación y aceptación a través de una solicitud de autorización de embarque,



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

de tal suerte que, la administración previo el procedimiento de embarque de la mercancía, debe conferir la respectiva autorización para que proceda el susodicho embarque, quiere decir ello que, la administración es conocedora de toda la información del procedimiento de exportación que adelanta la sociedad de intermediación aduanera.

Siendo las cosas de esa manera, resulta pertinente la aplicación de lo consagrado en el Artículo 3 y 10 del Código Contencioso Administrativo dado que dicha preceptiva lo que pretende es precisamente imprimirle mayor agilidad a los procedimientos tendientes a obtener una decisión, logrando ello con la menor utilización de tiempo y recursos por quienes intervienen en dicha actuación, de tal manera que, para el caso bajo estudio, sería la no exigencia de documentos o información que reposa ante la administración.

Pues bien, el mundo globalizado de hoy exige que las operaciones internacionales sean realizadas con la mayor brevedad posible, dado que el tiempo se volvió un factor económico en las operaciones comerciales, de tal suerte que, en tratándose de operaciones de exportaciones, éstas no pueden ser ajenas a ello, más aún cuando el modernismo precisamente ha implementado la utilización de los medios electrónicos, herramienta que el Estado Colombiano ha insertado en su legislación aduanera al contemplar que "la autorización de embarque con el número asignado por el sistema informático, se convierte en declaración definitiva (Art. 281 decreto 2685 de 1999), de tal manera que, si previo al embarque de la mercancía objeto de exportación, era menester que la administración de impuestos y aduana obtuviese toda la información sobre la exportación a realizar, pues sin ello no era posible la autorización de embarque, quiere decir que en efecto, la administración aduanera tenía en su poder la declaración de embarque con el número asignado por el sistema informático, se convierte en declaración de exportación definitiva.

Todo lo anterior, permite inferir que la administración de impuestos no solo tenía la información relacionada con las operaciones de exportación sino además, dicha información la obtenía previo al embarque de la mercancía, a fin de hacer los



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

análisis y estudios tendientes a dar la autorización y asignación del número del manifiesto que se convertiría en la declaración de exportación, de tal suerte que, si la información era necesaria para el manejo de las entidades que requerían adelantar trámites posteriores, la administración de impuestos perfectamente podía hacerles llegar dicha información como quiera que la misma ya era de conocimiento pleno de la autoridad aduanera, argumento que fue precisamente el implementado en la modificación introducida por el Decreto 4434 de 2004 al Artículo 281 del Decreto 2685 de 1999.

Por lo anterior, fuerza entonces concluir que la demandada violó por falta de aplicación de los artículos 3 y 10 del Código Contencioso Administrativo, razón por la que resulta procedente declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, por consiguiente, a título de restablecimiento del derecho se declarará que la sociedad actora no está obligada a cancelar a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – la suma de nueve millones doscientos noventa y seis mil pesos M/CTE, ni los intereses por dicho valor.

Por último, respecto de los perjuicios reclamados por el accionante, debe precisarse que, como en todos los casos en que se depreque el reconocimiento de perjuicios, la existencia e intensidad de estos deberá ser demostrada dentro del proceso por la parte demandante, de tal suerte que, podrá recurrirse, entonces, a la práctica de testimonios o dictámenes periciales, entre otros medios posibles que lleven al operador judicial a tener certeza sobre tales perjuicios, ejercicio probatorio que no fue llevado a cabo por parte del actor, sino que simplemente se limitó a solicitar el reconocimiento de los mismos amparados en norma legal pero sin que se allegara al plenario prueba de la configuración de tales perjuicios, motivos suficientes para denegar dicha pretensión.

De igual forma, no se condena en costas a la accionada como quiera que dentro del presente contencioso de nulidad subjetivo no se observó un actuar dilatorio ni temerario de parte de la demandada."



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

APELACIÓN (237 a 242)

Inconforme con la decisión del Juez de Primera Instancia, la entidad accionada interpuso recurso de apelación a través de su apoderada judicial argumentándolo de la siguiente manera:

"La norma que fundamenta la sanción impuesta a la Compañía CESAR ARTURO HERNANDEZ SIA está contemplada en el Artículo 483, numeral 3.2..."

Luego afirma que la norma no es caprichosa, ya que la inclusión de la información en el sistema informático es realizada desde su inicio por el Declarante, es decir, desde el momento de la Autorización de Embarque.

No puede considerarse que la DIAN desde el inicio de la operación conozca la información de la Declaración de Exportación, ya que solo conoce lo relacionado con la Autorización de Embarque, documento que no necesariamente, siempre se convierte en una Declaración de Exportación Definitiva.

En el evento que en el término de un (1) mes, contado a partir del otorgamiento de la Autorización de Embarque, no se exporte la mercancía, el declarante debía tramitar una nueva solicitud de autorización de embarque para realizar la exportación, esto conforme con el artículo 271 del Decreto 2685 de 1999, vigente para la época.

Continua argumentando, que no es solamente la incorporación en el sistema informático de la Autorización de Embarque, el trámite de exportación también implica a la compañía transportadora, quien una vez embarcada la mercancía debe transmitir electrónicamente la información del manifiesto de carga y el sistema informático asigna un número



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

Aclara que el declarante y el transportador son dos usuarios diferentes y los trámites son realizados en forma independiente ante la entidad, el declarante diligencia la autorización de embarque, y el transportador lo relacionado con la información del embarque de las mercancías.

Por ello, resalta que la legislación aduanera vigente establece la obligación de parte del declarante de imprimir, firmar la declaración de Exportación Definitiva y entregarla a la DIAN junto con las copias correspondientes.

Aduce que la DIAN tiene certeza de la existencia de la Declaración de Exportación Definitiva, cuando es firmada por el declarante y luego se entrega a la administración. Pues establece que sólo con la rúbrica del documento por parte de los mismos es que se informa a la DIAN sobre la culminación de los trámites.

Arguye que la consulta que haga la DIAN de la información incluida en el sistema informático aduanero, con relación a la Autorización de Embarque y del Manifiesto de Carga, para la época de los hechos no **sustituye** el hecho que se trate de una Declaración de Exportación Definitiva, ya que si toda la información es incluida por el Declarante, la DIAN no puede tomar la misma como un hecho cierto sin que sea rubricada por el Declarante.

Sostiene que para la época se imponía la impresión y la firma de los DEX, ya que no existía la transmisión y firma digital de los declarantes porque en ese momento la DIAN no podía imprimir directamente la información del sistema y asegurar que la misma correspondía al Declarante

Concluye diciendo que la DIAN no podía imprimir directamente del sistema y enviar al DANE y Ministerio de Comercio Exterior, las mencionadas copias, porque no existía certeza del origen del documento, de quien realmente había incorporado la información, por ello, considera que la sanción impuesta a la Sociedad Cesar Arturo Hernández SIA, si es legalmente procedente porque incumplió con la obligación de imprimir, firmar y entregar la Declaración de Exportación Definitiva



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

de la Exportación dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción del Manifiesto de Carga. Obligación que no era posible sustituir con la información incorporada en el sistema informático aduanero.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Unidad Administrativa Especial-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN (fls.272 a 276).

La parte accionada presentó alegatos de conclusión en esta instancia reafirmando lo expresado en el recurso de apelación.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Señor Agente del Ministerio Público en esta oportunidad procesal desistió rendir concepto de fondo (folio 287).

ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), se admite el recurso de apelación contra la sentencia de fecha veintidós (22) de Julio de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena (fl.269).

Por auto de fecha treinta (30) de junio de dos mil once (2011) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, vencido éste, al Ministerio Público, para que emita concepto si eventualmente lo solicitaba (fl.271).

Finalmente, según Informe Secretarial el proceso entra al Despacho para fallo el día dieciséis (16) de noviembre de dos mil once (2011) (fl.288).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA



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

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 veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010), profrenda por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Actos Acusados.

El actor solicita que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 001824 de Septiembre 17 de 2004, proferida por el Jefe de la División de Liquidación de Aduanas de Cartagena - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la cual se impone sanción económica a título de multa por NUEVE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$9.296.000.00) a CESAR ARTURO HERNANDEZ SIA LTDA 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.

- Resolución No. 002435 de Diciembre 3 de 2004, proferida por el Jefe de la División de Liquidación, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por la cual se resuelve un recurso de reconsideración, confirmando la resolución anterior

Caducidad.

La demanda se interpuso dentro del término legal, como quiera que la Resolución No. 002435 de Diciembre 3 de 2004, por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración y se confirmó la Resolución No. 001824 de Septiembre 17 de 2004, se notificó a la actora el día 09 de Diciembre de 2004, por lo que en principio



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

la Sociedad demandante tenía hasta el 09 de abril de 2005 como fecha límite para interponer la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Revisado el expediente, observa la Sala que la demanda se impetro el día 10 de febrero de 2005, es decir, dentro de los cuatro meses previstos en el numeral 2° del artículo 136 del C.C.A.

Problema jurídico.

Para la Sala surgen los siguientes problemas jurídicos a resolver:

¿La obligación de presentar físicamente la Declaración de Exportación Definitiva debidamente firmada dentro del término legal a la entidad demandada, incumplida por la sociedad demandante, vulnera la normativa consagrada en los artículos 3 y 5 del Código Contencioso Administrativo, por contar la entidad pública con dicha información en sus archivos electrónicos?

Marco Normativo.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, se tendrán en cuenta el Decreto 2685 de 1999 y las demás normas concordantes vigentes al momento de la expedición de los actos demandados, para ello, se acudirá al título III Capítulo I, que desarrolla todo lo atinente a la Intermediación Aduanera, fijando entre otro los siguientes aspectos.

“Artículo 12. Intermediación Aduanera.

La Intermediación Aduanera es una actividad de naturaleza mercantil y de servicios, ejercida por las Sociedades de Intermediación Aduanera, orientada a facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas legales existentes en materia de importaciones, exportaciones, tránsito aduanero y



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

cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.

La Intermediación Aduanera constituye una actividad auxiliar de la función pública aduanera, sometida a las regulaciones especiales establecidas en este Decreto...

Artículo 13. Finalidad de la Intermediación Aduanera.

La Intermediación Aduanera tiene como fin principal colaborar con las autoridades aduaneras en la recta y cumplida aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior, para el adecuado desarrollo de los regímenes aduaneros y demás procedimientos o actividades derivados de los mismos.

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 pecuniaras 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



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

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."

Por ello, es claro 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 sene 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, normas que además implican para este tipo de sociedades, su calidad de auxiliares de esta función pública.

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.

Por otro lado, los artículos 3 y 10 del Código Contencioso Administrativo, consagran.

**ARTICULO 3o PRINCIPIOS ORIENTADORES Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.*



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

En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados

El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

<Expresión tachada INEXEQUIBLE> En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo ~~de oficio~~ a petición del interesado

En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación, por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos <sic>.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento

Las autoridades deberán observar estrictamente los principios consagrados en este artículo al expedir los reglamentos internos de que tratan los artículos 10., de la Ley 58 de 1982 y 32 de este código. (las subrayas no son del texto)

Artículo 10º C.C.A.:



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

"ARTICULO 10. REQUISITOS ESPECIALES Cuando la ley o los reglamentos exijan acreditar requisitos especiales para que pueda iniciarse o adelantarse la actuación administrativa, la relación de todos éstos deberá fijarse en un lugar visible al público en las dependencias de la entidad

Los funcionarios no podrán exigir a los particulares constancias, certificaciones o documentos que ellos mismos tengan, o que puedan conseguir en los archivos de la respectiva entidad.

Agotado el marco jurídico pertinente, revisaremos el acervo probatorio.

Pruebas Recaudadas

- Copia auténtica de la Declaración de Exportación No. 0620020030030854 de fecha 01/08/2003, Inicial-1, y Declaración de Exportación definitiva, en la cual constan las características y valores de la mercancía.¹
- Copia auténtica del Manifiesto modificado, cuyo número de Radicación es 06211030003623 de fecha 2003/08/04.²
- Copia auténtica de la Declaración de Exportación No. 0620020030032792 de fecha 2003/08/14.³
- Copia auténtica de la Modificación de Carga, cuyo radicado es 0620020030003868, de fecha 2003-08-20.⁴
- Copia auténtica de la Declaración de Exportación con número de autorización de embarque, de fecha 2003/08/08 y declaración definitiva.⁵
- Copia auténtica del Manifiesto de Carga, cuyo número oficial es el 0620020030003752 de fecha 2003/08/13.⁶
- Copia auténtica de la Declaración de Exportación de fecha 2003/08/08 con autorización de embarque No. 0620020030031847.⁷
- Copia de la Modificación del Manifiesto de Carta, radicado bajo el número 062002003003747 de fecha 2003/08/12.⁸

¹ Ver folio 90-91

² Ver folio 94-96

³ Ver folio 97-98

⁴ Ver folios 101-103

⁵ Ver folios 104-105

⁶ Ver folios 107-108

⁷ Ver folios 109-110



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

- Copia auténtica de la Información Básica del Contribuyente ⁹
- Copia auténtica del Auto de Apertura de Expediente No 50277 de fecha 28/05/04.¹⁰
- Copia auténtica del Oficio No. DIDOC-0006A023-02860 de fecha 21 de Julio de 2004 - 013147, expedido por la Jefe de División de Documentación Aduana, de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, en la cual consta notificación por correo certificado, introducido al correo el día 21 de julio de 2004.¹¹
- Copia auténtica del Oficio No. DIDOC-006A023-002642 de fecha 02 de Julio de 2004 No. 01655, expedido por la Jefe de División de Documentación Aduana, de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, en la cual consta notificación personal: Req. 00308-000314 FISC.¹²
- Copia auténtica del Oficio No. DIDOC-0006A023-002641 de fecha 02 de Julio de 2004 No. 01655.¹³
- Copia auténtica del Requerimiento Especial No.308 de Junio 30 de 2004, expedido por la Jefe del Grupo de Infracciones de la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena División de Fiscalización Aduanera, en donde se propone una sanción al declarante en el Régimen de Exportación.¹⁴
- Copia auténtica del acuse recibo correo certificado firmado por una empleada de la sociedad Cesar Arturo Hernández R Sía Ltda, en fecha 07/22/04 ¹⁵
- Copia auténtica del Auto de Traslado No. 25 de Agosto de 2004 – 002047, expedido por el Jefe del Grupo de Infracciones de la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena ¹⁶
- Copia autenticada del Recurso de Reconsideración Contra la Resolución No.001824 de Septiembre 17 de 2004 ¹⁷
- Copia auténtica del Oficio No. DiDOC-0006A023-003730 de fecha 21 de Septiembre de 2004-016648, en la cual consta notificación personal introducida al correo el día 21 de septiembre de 2004¹⁸

⁸ Ver folios 113-114

⁹ Ver folio 117

¹⁰ Ver folios 115-116

¹¹ Ver folio 118

¹² Ver folio 119

¹³ Ver folio 120

¹⁴ Ver folios 121-130

¹⁵ Ver folio 134

¹⁶ Ver folios 149-152

¹⁷ Ver folios 153 a 157



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

- Copia auténtica del Oficio No. DIDOC-0006A023-003731 de fecha 21 de Septiembre de 2004-016649.¹⁹
- Copia auténtica de la Resolución No.001824 de fecha 17 de Septiembre de 2004 expedida por el Jefe de División de Liquidación Aduanera de la Administración de Aduanas Especial de Cartagena, mediante la cual impone una sanción por infracción administrativa aduanera de las sociedades intermediación aduanera en el régimen de exportación.²⁰
- Copia auténtica del Oficio No. DIDOC-0006A023-005194 de fecha 09 de Diciembre de 2004-021337, en la cual consta notificación por correo de conformidad con lo establecido en los Artículos 563 y 567 del Decreto 2685 de 1999.²¹
- Copia autenticada de la Resolución No. 002435 de fecha 03 de Diciembre de 2004, mediante el cual se resuelve recurso de reconsideración.²²

ANÁLISIS DEL CASO

Como primera medida debe recordarse que los actos administrativos demandados se centran en la imposición de una sanción por Infracción Administrativa Aduanera de las Sociedades de Intermediación Aduanera en el Régimen de Exportación, consistente, específicamente en no imprimir ni entregar debidamente firmada la Declaración de Exportación a la autoridad aduanera prevista en el Artículo 281 del Decreto 2685 de 1999, incurriendo en la falta prevista en el Artículo 483 numeral 3.2 del mismo decreto y como consecuencia de ello ordenó hacer efectiva la Póliza que garantizaba el cumplimiento de Disposiciones legales No 34000000002 de la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia Cooperativa Solidaria,

En el presente caso constituye un hecho probado, que no es objeto de discusión, que la Sociedad CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA, no allegó dentro del término legal, la declaración física de exportación firmada, a efectos de cumplir

¹⁸ Ver folio 163

¹⁹ Ver folio 165

²⁰ Ver folio 166 al 170

²¹ Ver folio 172

²² Ver folios 173 al 194



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

con lo previsto en el artículo 281 del Decreto 2685 de 1999, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 281. Declaración de Exportación Definitiva.

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.”

La omisión de tal actuación, configura la conducta que según las normas aduaneras, amerita sanción, tal y como se consagró en el artículo 483 num. 3.2, del mismo Estatuto, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 483. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los declarantes del régimen de exportación y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes:

(..)

3.2. 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 ”

Pues bien, sea lo primer reiterar que el juez de primera instancia declaró la nulidad de los actos administrativos que impusieron la sanción prevista en la norma anteriormente mencionada, por considerar que desconocieron los artículos 3º y 10º del C.C.A. No obstante, sobre el particular debe recordarse que el principio de especialidad impone a las autoridades la aplicación de normas especiales de preferencia a las normas generales, las cuales en todo caso serán tenidas en cuenta de manera supletoria ante la ausencia de disposiciones especiales que regulen determinados aspectos.

Sobre este tema en particular es importante recordar, que las normas aludidas del Código Contencioso Administrativo, contienen principios generales que deben regir las actuaciones administrativas, pero ello no impide que en reglas especiales de procedimiento, como el régimen aduanero y cambiario, se instituyan



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

determinados trámites que son necesarios para llevar a cabo funciones de control y vigilancia que desarrollan las distintas autoridades. Tal fue la finalidad del legislador, cuando en el artículo 3º del C.C.A., al consagrar el principio de economía, dejó a salvo aquellos eventos en que la ley exija expresamente documentos adicionales, como en el caso que nos ocupa.

En ese sentido, si bien la DIAN cuenta con la información electrónica de la Declaración de Exportación, la actuación exigida de entregar un ejemplar físico de la DEX, debidamente firmado, dentro de los quince (15) días siguientes, no resulta caprichosa y desproporcionada, teniendo en cuenta que las Sociedades de Intermediación Aduanera, como se precisó antes, tienen la connotación de ser particulares *auxiliares de la función pública* y en esa medida no pueden alegar, como se hace en la demanda, que la DIAN bien podría imprimir ella misma la información y remitirla a la Ministerio de Hacienda y al DANE, para el cumplimiento de sus funciones.

Así las cosas, la Sala no comparte el fallo proferido en primera Instancia toda vez que, la norma *especial* vigente, para la fecha en que sucedieron los hechos, le imponía la carga a las Sociedades de Intermediación Aduanera de imprimir y entregar debidamente firmada la Declaración de Exportación dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción del Manifiesto de Carga, actuación que como bien lo reconoce el recurrente, no cumplió oportunamente, incurriendo en la infracción cambiaria contenida en el numeral 3.2 del art. 483 del Estatuto Aduanero y haciéndose acreedora, de esta manera, de la sanción aplicada en los actos administrativos que hoy se enjuician.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, y al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, esta Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002**

De otra parte la Sala no condenará en costas en esta instancia, 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 ni mala fe en la conducta del demandado.

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: REVOCAR la sentencia de fecha veintidós (22) de Julio de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda y en su lugar DENEGAR las pretensiones de la demanda.

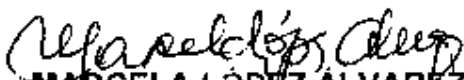
SEGUNDO: Sin condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: 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 ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Nota: La presente hoja de firmas corresponde al proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, promovido por la Sociedad CESAR ARTURO HERNÁNDEZ SIA LTDA contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Administración Especial de Aduanas de Cartagena Rad 13001-23-31-001-2005-00215-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1304
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: ALMACENES GENERALES DE DEPOSITO ALMAVIVA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2007-00335-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO(31) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, 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 001 -

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

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Almacenes Generales de Depósito Almaviva S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-001-2007-00335-00**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la Sociedad Almacenes Generales de Depósito Almaviva S.A., en adelante Almaviva S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que sean declarados nulos los actos administrativos denominados Resolución 001646 de 22 de agosto de 2006, por medio de la cual, la DIAN declara el incumplimiento de una obligación aduanera y ordena hacer efectiva una garantía; Resolución 001445 de 08 de junio de 2006, por la cual, se resuelve un recurso de reposición interpuesto

contra la anterior decisión, y Resolución 002439 de 19 de octubre de 2006, a través de la cual, se resuelve un recurso de apelación presentado contra la primera; actos proferidos por la División de Liquidación Aduanera y por el Administrador Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reconozca y pague a su favor las sumas a que haya lugar por concepto de costas, gastos y agencias en derecho.

HECHOS

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

Refiere el libelo de la demanda, que el día 08 de abril de 2005 la parte actora en su calidad de intermediaria aduanera solicitó a la entidad accionada que aprobara el régimen de tránsito aduanero a la mercancía amparada en el Documento de Transporte GLNC0096 de propiedad del importador Diageo Colombia S.A., la cual, se encuentra evaluada en la suma de ciento noventa y un mil ochocientos treinta y tres dólares con cincuenta y cuatro centavos (USD\$191.833,54) y se dejó consignado que la misma sería transportada por la Compañía Unión Andina de Transportes S.A., siendo aprobada el día 12 de abril de 2005 mediante autorización 00001432.

Señala la parte actora, que el día 13 de abril de 2005 se inició la operación de tránsito aduanero en el vehículo de placas CQN813, que según su dicho, contaba con escolta, pero a pesar de las medidas adoptadas, el día 14 de abril de 2005 la mercancía fue hurtada, constituyéndose tal hecho en una causal de fuerza mayor que impidió la finalización del régimen de tránsito aduanero. Tal situación fue informada a la DIAN al día siguiente por parte de la empresa transportadora, según consta en Oficio 012040.

Indica la demanda, que aún cuando la DIAN no inició ninguna investigación en contra del transportador por los hechos acontecidos, si procedió a declarar el incumplimiento del intermediario aduanero a través de la Resolución 001646 de 22 de agosto de 2006, decisión contra la cual, fueron interpuestos oportunamente los recursos de reposición y apelación, que fueron despachados desfavorablemente a sus intereses por medio de las Resoluciones 001445 de 08 de junio de 2006 y 002439 de 19 de octubre de 2006.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda señala que según la legislación aduanera la labor de las sociedades de intermediación aduanera en la operación de tránsito se concreta en verificar el cumplimiento de las disposiciones legales referentes a la misma, las cuales asegura llevó a cabo y se encuentran acreditadas con la autorización impartida por la entidad accionada.

Expone, que está demostrada la concreción de la fuerza mayor por lo siguiente: i) el hurto fue cometido por un tercero, ii) la empresa de transporte adoptó todas las medidas tendientes a evitar el hurto, iii) el hecho fue imprevisible e irresistible, toda vez, que no le era viable al transportador determinar la forma, hora y lugar en donde se cometería el siniestro y, iv) el hurto se presentó en un lugar donde no había presencia de la autoridad estatal para impedir que el ilícito se consumara, precisando además, que no le es dado a la autoridad aduanera pretender que el particular asuma una obligación que le es propia al Estado y mucho menos imponer una sanción con fundamento en una falencia del mismo.

Esgrime, que según conceptos emitidos por la DIAN, no es viable proceder con el cobro de los tributos aduaneros cuando una mercancía sometida al régimen de tránsito es hurtada, de lo que infiere que tampoco puede hacerse efectiva la póliza cuyo objeto es justamente el pago de tales tributos.

Por otro lado, esboza que el ente demandado incurrió en un error de omisión al no haberse pronunciado sobre el llamamiento en garantía solicitado, a pesar de que reunía los requisitos establecidos para ello.

Agrega, que la DIAN estaba en la obligación de archivar el proceso, toda vez, que operó el fenómeno conocido como prejudicialidad de que trata el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en atención a que con ocasión del hurto de las mercancías existe un proceso penal y, en consecuencia, el presente asunto sólo podrá reanudarse una vez finalizado aquél.

Finalmente, hace alusión a que en este caso la entidad accionada debió haber propuesto la efectividad de la garantía pero sobre un 40% del valor FOB de la mercancía sometida al régimen de tránsito aduanero, pero a su parecer, la interpretación de la DIAN se direcciona a procurar un mayor recaudo vía interpretación.

TRÁMITE

La demanda fue inicialmente repartida al Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.224), el cual, con auto de 25 de abril de 2007 (fls.226 – 227), declaró su falta de competencia para conocer del presente asunto y ordenó su remisión a este tribunal, que por medio de proveído del 08 de agosto de 2007 (fls.231 – 232), procedió a admitirla y, además, acogió la solicitud de llamamiento en garantía a la Empresa Unión Andina de Transportes S.A., siendo notificada al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales por intermedio de la Jefe del Departamento Jurídico de dicha entidad en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.246), al representante legal de la compañía transportadora (fl.241) y al Agente del Ministerio Público.

De forma oportuna, la empresa transportadora se pronuncia sobre la demanda (fls.248 – 256), manifestando su intención de coadyuvar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el reiterado argumento de que el hurto

constituye una fuerza mayor que deriva en la exoneración de su responsabilidad en la ejecución del régimen de tránsito aduanero.

De igual manera, dentro del término de fijación en lista, la entidad accionada se opuso a la demanda mediante escrito obrante a folios 290 a 305 del expediente, exponiendo que con la denuncia interpuesta por la empresa transportadora sólo se demostraría el hurto, pero no se acreditan los otros elementos que configuran la fuerza mayor, pues dicha prueba por si sola no es suficiente para acreditar las circunstancias exonerativas de responsabilidad.

Resalta, que desde el momento en que la sociedad de intermediación aduanera, como declarante autorizado, solicita a la DIAN la aceptación para la realización del tránsito, queda obligada a realizar el pago de los tributos correspondientes a la mercancía que no llega a la aduana de destino, por tanto, no puede alegar a su favor como eximente de responsabilidad, el hurto de la mercancía, pues con anterioridad y por mera liberalidad ha otorgado una garantía con la que se compromete a asumir el riesgo por la no llegada a la aduana de destino de la misma.

Por otro lado, esboza que en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 2685 de 1999, la administración conforme al artículo 357 del Estatuto Aduanero, liquidó el valor de los tributos aduaneros de la mercancía amparada en la Declaración de Tránsito 1432 de 12 de abril de 2005 y no el equivalente al 40% del valor FOB de la misma, ya que dicho porcentaje sólo se aplica en casos en que exista una garantía específica y el declarante sea diferente a una SIA, un UAP o un ALTEX.

Con auto de fecha 21 de abril de 2010 (fls.316 - 327), se abrió a pruebas el proceso y, seguidamente, mediante proveído adiado el 17 de enero de 2012 (fl.714), se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

La anterior decisión fue dejada sin efectos a través de providencia fechada el 29 de agosto de 2012 (fls.764 – 766), por no haber sido vinculada al proceso la Compañía Aseguradora Mundial de Seguros S.A., ordenándose a su vez su citación como litisconsorte en el presente asunto. La compañía aseguradora no se opone a la demanda y, por el contrario, coadyuva las pretensiones expuestas por la parte actora (fls.769 – 770).

Agotado el anterior trámite, nuevamente se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.779).

La empresa transportadora llamada en garantía reitera los argumentos expuestos en su primera intervención (fls.787 – 792); la parte accionada hace lo propio, a través de memorial visible a folios 793 a 804 del expediente, ratificando las razones que sustentaron su defensa; a su vez, la parte actora mantiene las consideraciones desarrolladas en el libelo de la demanda (fls.814 – 827). El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta corporación, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO¹.

¿Procede ordenar la efectividad de la póliza de garantía que ampara el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad actora en el régimen de tránsito aduanero autorizado, teniendo en cuenta su calidad de declarante y, además, que la misma no fue quien transportó la mercancía hurtada objeto de la operación aduanera?

¹ En este fallo se sigue en su integralidad lo expuesto en las siguientes sentencias: 16 de mayo de 2013, Exp. 005-2011-00159-01, 30 de mayo de 2013, Exp. 004-2005-01046-01, 30 de mayo de 2013, Exp. 013-2005-01264-02, entre otros, con ponencia del Magistrado Jorge Echever Fandiño Gallo.

Los motivos de inconformidad manifestados por las partes, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte demandante en su calidad de intermediadora aduanera y declarante de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero objeto de controversia.

El artículo 4° del Decreto 2685 de 1999², vigente para la época en que ocurrieron los hechos objeto de estudio, acerca de las obligaciones aduaneras señala:

“Artículo 4. Naturaleza de la obligación aduanera. La obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella.” (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 87 *ejusdem*, sobre la materia expone:

“Artículo 87. Obligación aduanera en la importación. La obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional.”

La obligación aduanera 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” (Subrayado fuera de texto)

² Por el cual se modifica la Legislación Aduanera

A su vez, el artículo 356 *ibidem*, para la época en que ocurrieron los hechos y antes de la modificación introducida por el Decreto 2883 de 2008, acerca de las responsabilidades originadas en el régimen de tránsito aduanero preceptúa:

“Artículo 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. (Subrayado fuera de texto)

Asimismo, el literal a) del artículo 357 del decreto en mención, acerca de la constitución de las garantías que amparan las obligaciones derivadas del adelantamiento del régimen de tránsito aduanero, dispone:

“Artículo 357. Garantías. Toda operación de tránsito aduanero deberá estar amparada con las garantías que a continuación se señalan:

a) Garantía a cargo del declarante, para respaldar el pago de tributos aduaneros y sanciones a que haya lugar

Cuando el declarante sea una Sociedad de Intermediación Aduanera, un Usuario Aduanero Permanente o un Usuario Altamente Exportador, la garantía global constituida con ocasión de su autorización o reconocimiento e inscripción, respaldará el cumplimiento de sus obligaciones como declarante en el régimen de tránsito aduanero.

En los demás casos, el declarante deberá otorgar garantía específica equivalente al 40% del valor FOB de la mercancía.” (Subrayado fuera de texto)

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el Estatuto Aduanero lo siguiente:

“Artículo 369. Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza con...

...c) La destrucción o pérdida total de la carga de que trata el artículo 367o. del presente Decreto...”

De las anteriores disposiciones, extrae la Sala, que las obligaciones aduaneras nacen por la introducción de la mercancía de origen extranjero al territorio nacional y que la misma es de carácter personal, lo que quiere decir, que es deber de cada una de las partes responder por el encargo que le fue encomendado y al cual se comprometió al momento de someterse al régimen de tránsito aduanero.

Además, se tiene, que los declarantes dentro del régimen de tránsito aduanero tienen dos (2) obligaciones específicas, cuales son, que la información consignada en la declaración de tránsito aduanero sea veraz y el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía sometida al régimen de tránsito, que no llegue a la aduana de destino.

De igual manera, se tiene, que este régimen especial culmina, entre otras situaciones, con la destrucción o pérdida total de la carga.

También debe resaltarse que las obligaciones de los declarantes y los transportadores en el régimen de tránsito aduanero son distintas y, por ello, cada uno debe respaldar su intervención en la operación aduanera con pólizas de garantías acordes con sus compromisos legales.

Sobre el tema objeto de la presente controversia, el H. Consejo de Estado en sentencia de 22 de enero de 2004, expediente 7416, dijo³:

“...En la ya citada sentencia de 18 de noviembre de 2001 (C.P. Dr. Eduardo Mendoza Martelo. Exp. 5541) la Sala diferenció la garantía que ampara la finalización del tránsito aduanero de la que asegura el pago de los tributos aduaneros, en términos que es también del caso reiterar en el caso sub-iudice.

En la ocasión en cita, la Sala señaló que de los artículos 4 del Decreto 2402 de 1991 y 3° del Decreto 1909 de 1992:

«... Se deduce que el transportador es responsable de las obligaciones que se deriven por su intervención, esto es, por la actividad que desarrolla. Luego, si su intervención se contruye a transportar una determinada mercancía de la Aduana de Partida para ser entregada en determinada fecha en la Aduana de Destino, conforme lo precisó el citado artículo 4°, la póliza se constituye para garantizar la terminación del régimen, esto es, para garantizar que la mercancía se entregará en la aduana de destino en la fecha autorizada para ello.

Y no podría entenderse de otra manera, pues no resulta lógico que el transportador se obligue a pagar los tributos aduaneros de una mercancía que no es suya, sino que simplemente transporta, a menos que también en él concurre la calidad de declarante...

...Entonces, concluye la Sala, que el declarante, que no sea a la vez transportador, debe responder por el pago de los tributos suspendidos: en tanto que el transportador, cuya actividad se limita únicamente al traslado de la mercancía, porque no es propietario ni importador, ni declarante, debe responder únicamente por la finalización del régimen.

Cabe resaltar que el artículo 1° del Decreto núm. 2295 de 1996 trae las definiciones que permiten interpretar las normas aduaneras y, que, no obstante que es posterior a la expedición de los actos administrativos acusados, sirve de ilustración en el presente caso. Es así como se dice

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. 7416, M.P. Camilo Arcimegas Andrué

que **“Declarante**. Es la persona jurídica que tiene el derecho a disponer de la mercancía directamente o en virtud de un contrato, razón por la que solicita tránsito aduanero y se responsabiliza por el pago de los tributos aduaneros suspendidos. ...»”

En otro pronunciamiento de fecha 06 de mayo de 2010, expediente 00333, sobre el mismo tema, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa precisó⁴:

“...el declarante es responsable de las obligaciones que se deriven por su intervención, esto es, por la actividad que desarrolla. Luego, si su intervención se contrae a responder 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 que no llegue a la aduana de destino, conforme lo precisó el citado artículo 357, la póliza se constituye para garantizar el pago de dichos tributos y las sanciones a que haya lugar.

Entonces, la garantía que ampara la finalización del régimen es diferente e independiente a la que garantiza el pago de los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la operación de tránsito aduanero

(...)

La obligación consistente en pagar los tributos aduaneros surgió por el incumplimiento del tránsito aduanero el cual impidió que la mercancía llegara a su destino final, de ahí que resultara evidente para la Administración que la aludida obligación fue incumplida por el tomador de la póliza, por lo que se configuró el siniestro amparado por la misma, de allí que la misma pasara a ser exigible.

La obligación aduanera nace por la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional y comprende el pago de los tributos aduaneros, los cuales se suspenden con el régimen de tránsito aduanero, hasta tanto la mercancía no llegue a la aduana de destino.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 06 de mayo de 2010, Exp. 2002-00333-01, C P. María Claudia Rojas Lasso

Para la Sala resulta ajeno al debate el hecho de que el transportador haya incumplido el tránsito aduanero por fuerza mayor o caso fortuito, pues como lo establece el artículo 356 transcrito anteriormente, el declarante es responsable por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía sometida a dicho régimen que no llegue a la aduana de destino y como se observa en el acto acusado, la obligación que se le demandó a la actora en éste, nada tuvo que ver con el cumplimiento de la finalización del régimen aduanero sino con la efectividad de la garantía que constituyó para garantizar el pago de los tributos aduaneros que fueron suspendidos durante dicho tránsito.

Entonces, concluye la Sala, que el transportador debe responder por la finalización del régimen de tránsito aduanero, en tanto que el declarante debe responder por el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía que no llegue a la aduana de destino; obligaciones que como se dijo anteriormente, se garantizan con pólizas diferentes..." (Subrayado fuera de texto)

Como se desprende de la jurisprudencia traída a colación, las obligaciones de los declarantes y transportadores son totalmente diferentes y, por ende, las pólizas constituidas para garantizar el cumplimiento de las mismas también lo son, por lo que se hacen efectivas siempre que éstos incumplan el deber aduanero que les corresponda, sin importar quien generó la infracción aduanera, pues como lo dispone el ordenamiento jurídico, la obligación aduanera nace con la introducción de la mercancía de origen extranjero a territorio nacional, otra cosa es que se postergue con ocasión del régimen de tránsito aduanero.

Por tanto, al concurrir los elementos de la responsabilidad del declarante, sea porque los datos consignados en la declaración de tránsito aduanero no son veraces o porque la mercancía objeto de la operación de tránsito no llegó a la aduana de destino, forzoso es concluir que se deban actualizar las

consecuencias jurídicas de ese hecho, es decir, que se haga efectiva la póliza mediante la cual, se garantizó la obligación aduanera correspondiente.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si realmente la parte demandante incumplió el régimen de tránsito aduanero objeto de análisis:

-fls.95 - 101: Certificados expedidos por la Alianza Empresarial para un Comercio Seguro BASC (Business Alliance for Secure Commerce), en el que consta que la Sociedad Almaviva S.A. fue evaluada y aprobada con respecto a los estándares de seguridad BASC en su operación como depósito aduanero y sociedad de intermediación aduanera en distintas ciudades del país.

-fl.333: A través de la Declaración de Tránsito Aduanero 00001432 de 12 de abril de 2005, la DIAN autorizó a la Empresa Almaviva S.A., en su rol de sociedad de intermediación aduanera y declarante de la mercancía importada y a la empresa de transporte Unidad Andina de Transportes S.A., para transportar una mercancía hacia el Depósito Zona Franca de Bogotá S.A., en dicho documento se registró la siguiente información:

62 Tipo, naturaleza y descripción de la mercancía	63 Cantidad de bultos	64 Numero de identificación de la unidad de carga	65 Precintable	66 Precinto número	67 Peso bruto declarado	68 Peso de carga verificado
1870 CAJAS DE WHISKY SCOTCH BLENDED	1 870,00	SUDU3740864	X	010430	14 960,00	15 010 kg
	1 X 20			DIAN		

-fl.357: Oficio 03863 de 18 de abril de 2005, suscrito por el Director de Almaviva Zona Franca, mediante el cual le informa a la DIAN Zona Franca acerca del hurto de la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero.

-fl.361: Denuncia Penal 393 presentada por el señor Oscar Giraldo Vargas ante el Departamento Policía Santander – Segundo Distrito de Policía Barrancabermeja – Unidad Investigativa SIJIN Barrancabermeja el día 15 de abril de 2005, quien se identifica como conductor del vehículo en que se transportaba la mercancía hurtada y pone en conocimiento de dicha autoridad la comisión del ilícito y anota que venía acompañado por un escolta.

-fl.362: Documento de Transporte B/L GLNC0096, en el que se deja consignado que la mercancía consta de 1.870 cajas de whisky con un peso de 14.960 kg.

-fl.482: Certificado expedido por la Alianza Empresarial para un Comercio Seguro BASC Capítulo Bogotá, en el que consta que la Empresa Unión Andina de Transportes S.A.S., se encuentra certificada por dicha entidad para su operación en la ciudad de Bogotá.

-fl.487: Oficio S-2011-004256 / DIJIN ADEPE – GRANT FSE de 20 de enero de 2010, emitido por la Dirección de Investigación Criminal e Interpol de la Policía Nacional, a través del cual, informa que la Empresa Unión de Transportes S.A.S., se encuentra vinculada al Frente de Seguridad Empresarial que lidera dicha entidad desde el 03 de septiembre de 2002 y participa activamente en las actividades y capacitaciones brindadas.

-fl.488: Formulario de Inscripción a los Frentes de Seguridad Empresarial de la Policía Nacional, de fecha 05 de agosto de 2002, en el que consta la integración de la Empresa Unión Andina de Transportes S.A.S. a dicha organización.

-fl.491: Formato Información Personal y Laboral (FIPYL) del señor Alfonso Galindo Pineda, en el que consta que se dedica a la labor de escolta.

-fls.495 - 497: Respuesta dada por la Compañía Unión Andina de Transportes S.A.S., al Oficio 2188 de 29 de junio de 2010 emanado de este tribunal, en la que afirma que el vehículo en el que se transportaba la mercancía hurtada de Placas CQN-813, venía escoltado por el señor Alfonso Galindo Pineda, quien también fue reducido a un estado de indefensión por los delincuentes que asaltaron el referido camión. En la misma respuesta afirma que tenían diseñado un esquema de seguridad compuesto por el estudio de seguridad de los conductores, control y verificación de planes de ruta y horarios, monitoreo satelital veinticuatro (24) horas, lo cual se realizó a través del control del tráfico vía Avantel y teléfonos celulares de los conductores, escoltas y puestos de control físico en las distintas rutas.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad demandante, pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera nunca llegó a la aduana de destino, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 1º del artículo 356 y en el literal c) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999.

A juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora consistente en que la mercancía amparada bajo el régimen de tránsito aduanero llegara a la aduana de destino, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Si bien es cierto, la parte actora alega la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito por el hurto de la mercancía; hecho que bajo su criterio implica que la mercancía se encuentre fuera de su esfera de control y que no se causen los tributos que correspondería pagar; la Sala no comparte tal posición, toda vez que como lo explica la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, resulta ajeno al debate el hecho de que el transportador haya incumplido el tránsito

aduanero por fuerza mayor o caso fortuito, pues la obligación del declarante es totalmente diferente a la de éste.

Se reitera, que la obligación aduanera de cancelar los tributos por parte del declarante nace con el simple hecho de ingresar mercancía extranjera a territorio nacional, pero esto puede ser pospuesto por la ejecución del régimen de tránsito aduanero, sin que se exima al declarante de pagar los tributos correspondientes cuando la mercancía llegue a la aduana de destino. Pero en caso de no ser así, claramente el ordenamiento jurídico dispone que ante el incumplimiento sobrevenga la efectividad de la póliza de garantía.

Aunado a lo anterior, se tiene, que las pruebas contenidas en el plenario no contienen la fuerza suficiente para desvirtuar el incumplimiento endilgado a la sociedad demandante, puesto que a la luz de la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, la denuncia penal y los restantes oficios que dan cuenta del hurto de la mercancía no constituyen por sí solos fuerza mayor o caso fortuito que pueda eximir de responsabilidad al declarante.

Sobre este tópico ha manifestado el alto tribunal, en sentencia de fecha 09 de julio de 2009, expediente 2001-01558, lo siguiente⁵:

“...En este caso no hay prueba alguna que demuestre la configuración de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad de la actora pues el hecho de hurto o de “piratería terrestre” que usualmente se presenta en las carreteras del país es previsible, es decir, debe ser tenido en cuenta con el fin de que el transportador tome las medidas necesarias, como por ejemplo: Despachar los vehículos en caravana, disponer de puestos de control, conectar alarmas, etc.. previsiones que no aparecen acreditadas por la parte actora, tal como lo sostiene el a quo.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 09 de julio de 2009, Exp 2001-01558, C P Dr. Marco Antonio Véliz Moreno

Además, la denuncia penal es prueba del hecho en sí, tal como lo reconocen la administración y el a quo, pero no constituye por sí sola causal eximente de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor y antes, por el contrario, su contexto demuestra la inexistencia de medidas preventivas por parte de la actora, respecto a la seguridad de sus trabajadores y de los bienes transportados al exponerlos al riesgo de ser atracados en las carreteras colombianas por bandas delincuenciales sin protección alguna, situación que se deduce de la narración de los hechos por parte del conductor, al mencionar que se transportaba solo por las carreteras de Lizama, lugar donde ocurrieron los hechos, pues según el denunciante únicamente lo acompañó un amigo antes de llegar a ese sitio.

Así las cosas, al no adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar exponer irreflexivamente a su conductor y los bienes transportados o a impedir las consecuencias de por sí, bastante peligrosas, no pueden ser de recibo los argumentos de la demandante, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia...

Y en pronunciamiento más reciente ha establecido⁶:

“...Entonces, la denuncia es el medio idóneo para promover la actividad del Estado. Y, pese a la seriedad y requisitos con que debe ser presentada no deja de ser un documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivos. En esa medida, el denuncia no es la prueba del hurto. Las pruebas del hurto serán las que se aduzcan y practiquen en el curso de la investigación penal y que, por supuesto, estarán orientadas a establecer el acaecimiento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que el denunciante plasmó en la denuncia y las que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Entonces, surge la inquietud de si es necesario que se adelante y concluya el proceso penal para que el contribuyente pruebe a la autoridad tributaria la deducción por pérdida de la mercancía, en casos de hurto. La Sala considera que no, porque el proceso penal, por muchas circunstancias no siempre

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 02 de febrero de 2012, Exp 16760 CP Hugo Fernando Bastidas Barcenás

termina con el fallo de fondo que determine la ocurrencia del hecho delictuoso y el sujeto responsable del mismo. Además, el procedimiento administrativo tributario no contempla la prejudicialidad para someter el proceso de revisión fiscal al proceso penal que se adelante.

Para la Sala, entonces, tanto en el procedimiento administrativo tributario como en el judicial que se adelante ante esta jurisdicción, se sigue aplicando el principio de la carga de la prueba, según el cual, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (artículo 177 del C.P.C.). De manera que, el que alega la pérdida de los bienes por hurto debe demostrar, al menos, la sustracción o el apoderamiento por parte de terceros, sin que baste la denuncia penal, pues, conforme se precisó, la denuncia es un simple documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivos..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Este mismo pronunciamiento permite desvirtuar el argumento de la parte actora, referente a que en el presente asunto la DIAN desconoció la figura jurídica de la prejudicialidad, pues tal como lo indica el máximo órgano de esta jurisdicción, el procedimiento administrativo tributario no contempla la prejudicialidad para someter el proceso de revisión fiscal al proceso penal que se adelante.

Aunado a lo anterior, para la Sala, el acompañamiento del vehículo por un escolta, no es suficiente para demostrar que la empresa transportadora adoptó todas las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del siniestro, debiendo acreditar la parte actora que dicha compañía ejecutó un esquema de seguridad conformado por varias alternativas tendientes a impedir la comisión del ilícito o, por lo menos, a minimizar sus consecuencias, de manera que si fallaba alguna, las siguientes pudieran suplirla.

Por otro lado, el cargo concerniente a la errónea liquidación por parte de la entidad accionada de la efectividad de la garantía, la cual, a juicio de la sociedad demandante, debía hacerse sobre el 40% del valor FOB de la

mercancía sometida al régimen de tránsito aduanero, no tiene ningún asidero jurídico, toda vez, que a la luz del artículo 357 del Decreto 2685 de 1999, tal situación es procedente cuando el declarante no reúna la calidad de sociedad de intermediación aduanera, usuario aduanero permanente o usuario altamente exportador, lo cual no ocurre en el caso de marras, ya que la sociedad demandante ostenta la calidad de intermediario aduanero.

Como ha quedado visto, está demostrado que la sociedad demandante incumplió las obligaciones que le asistían en el régimen de tránsito aduanero, razón por la cual, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

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

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Almaviva S.A., en contra de la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el remanente al demandante si lo hubiere y ARCHIVAR el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

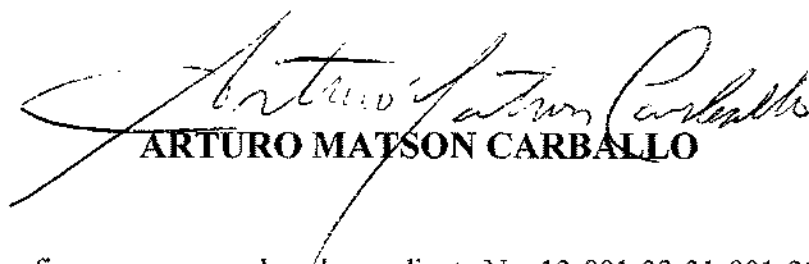
LOS MAGISTRADOS



JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-001-2007-00335-00.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1305
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: FREDDY RAFAEL PEREZ SIERRA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2009-00183-01
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 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 DECISIÓN 001-

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

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo
Medio de control: Reparación Directa
Demandante: Freddy Rafael Pérez Sierra y otros.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional
Expediente: 13-001-33-31-006-2009-00183-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2012 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada la caducidad de la acción y se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1. LA ACCIÓN.

Los señores Freddy Rafael Pérez Sierra y María Meza Rodríguez, en nombre propio y en representación de sus menores hijos Deiver David Pérez Meza, Estevenson David Pérez Meza, Kevis David Pérez Meza y Daniela Judith Pérez Meza, por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación –

Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

2. PRETENSIONES.

Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de las lesiones infligidas el 26 de noviembre de 2005 al menor Deiver David Pérez Meza con arma de dotación oficial accionada por un infante de marina.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- A título de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los libelistas.

- A título de daño físico, cien millones de pesos (\$100'000.000,00) a favor de la víctima directa.

Se dé cumplimiento al fallo conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

3. HECHOS.

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El 26 de noviembre de 2005, en la Vereda La Haya, jurisdicción del Municipio de San Juan de Nepomuceno (Bolívar), se le disparó el arma de dotación oficial al infante de marina Luís Villalba Cogoyo, hiriendo en el brazo y en su tórax al menor Deiver Pérez Meza.

Al lesionado le quedó alojado el proyectil cerca del pulmón, lo que no permitió a sus médicos tratantes establecer de manera inmediata el tipo de lesiones sufridas.

El 29 de enero de 2008 se le realizó al menor examen médico por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, en el que se determinaron los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral y las secuelas que le dejaron las lesiones referidas, razón por la cual debe contabilizarse el término de caducidad desde la fecha de dicha evaluación médica.

4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda (fls. 57-61, cdno. ppal.), se opuso a las pretensiones de la misma y señaló que los daños causados a los libelistas no le eran imputables por haber sido acaecido dentro del ámbito privado del militar involucrado en los hechos.

Propuso la excepción de caducidad por haber transcurrido más de dos (2) años entre el acaecimiento del hecho dañoso y la presentación de la demanda.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de 26 de julio de 2012 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 213-218, cdno. ppal.), se declaró probada la excepción de caducidad y, en consecuencia, se denegaron las

pretensiones de la demanda, tras considerarse que el término de dos (2) años con que contaban los accionantes para solicitar la reparación de los daños presuntamente causados con motivo de las lesiones causadas el 26 de noviembre de 2005 al menor Deiver Pérez con arma de fuego de dotación oficial, se encontraba expirado a la fecha de presentación de la demanda (16 de junio de 2009).

En ese sentido argumenta la *a quo* que el hecho dañino se concretó en forma instantánea en el momento en que la bala impactó la anatomía del menor lesionado y que en razón de la naturaleza de ese hecho lesivo, se advierte que el mismo fue conocido por los libelistas coetáneamente, en la fecha de su ocurrencia, máxime si se tiene en cuenta que el mismo día en que fue herido Deiver Pérez, recibió tratamiento médico, y que posteriormente fue remitido a exámenes médico legales mediante los cuales se estableció la incapacidad generada y las secuelas derivadas, siendo notificado a los actores el último dictamen médico legal el 10 de noviembre de 2006.

Indicó que aún si en un escenario favorable se tomara como fecha del conocimiento del daño el 10 de noviembre de 2006, el plazo máximo para demandar –incluidos los tres (3) meses del trámite de conciliación prejudicial-, venció el 10 de febrero de 2009, es decir, cuatro (4) meses antes de la presentación del libelo.

Agregó que no hay prueba que el proyectil que hirió al menor se haya alojado cerca de su pulmón derecho, o que los galenos hayan recomendado esperar a que evolucionara el organismo para extraerlo, ni mucho menos que la víctima haya estado sometido a tratamiento durante los tres (3) años posteriores a la lesión por no haberse podido establecer el daño sufrido, pues en los informes de medicina legal nada se dijo sobre esa situación de indeterminación del daño a la salud del paciente.

Concluyó que para la prueba del daño cuyo resarcimiento se reclama no tenía que esperarse dictamen de la junta de invalidez como se indicó en la demanda, y que por ello no había lugar a tomar como punto de partida para el conteo del plazo de caducidad, la fecha del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, emitido el 29 de enero de 2008.

6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 220-224, cdno. ppal.), solicitando que se revocara íntegramente, para lo cual adujo que el daño sufrido por Deiver David Pérez Meza no es de aquellos denominados instantáneos, pues en el momento del disparo no podían predecirse sus consecuencias o efectos, como quiera que el menor fue sometido a tratamiento y fue sólo hasta el 29 de enero de 2008, fecha en que fue emitido dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, cuando se tuvo conocimiento concreto y exacto del daño. Preciso que si bien en el 2006 se le realizaron exámenes por parte de medicina legal, a través de esos dictámenes se daban incapacidades pero no se precisó con exactitud el valor o porcentaje en que se vería disminuida la capacidad del lesionado.

De otra arista manifestó que presentó solicitud de conciliación prejudicial en forma oportuna, el 9 de abril de 2007, y que debido a la conducta dilatoria de la entidad demandada, la procuraduría autorizó reprogramar las diligencias en las siguientes fechas: 3 de mayo de 2007, 5 de junio de 2007, 9 de julio de 2007, 3 de septiembre de 2007, 7 de abril de 2008, 2 de abril de 2009 y 5 de mayo de 2009, y ante la inasistencia injustificada de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, el Ministerio Público expidió el acta de no conciliación y declaró fallida la audiencia el 5 de mayo de 2009, por lo que a

partir de esa fecha se reanudaron los términos.

Con sustento en lo anterior, concluyó que:

(i) Si se toma como punto de partida para la caducidad la fecha de ocurrencia de los hechos, es decir el 26 de noviembre de 2005, tendría que concluirse que el plazo para acudir a la jurisdicción no estaba vencido al momento de interposición de la demanda (16 de junio de 2009), porque desde la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial (9 de abril de 2007) y hasta la última fecha para la cual se reprogramó la diligencia de conciliación (5 de mayo de 2009), estuvieron suspendidos los términos.

(ii) Si la anterior tesis no es aceptada, debe tomarse como fecha inicial para el cálculo de la caducidad el 29 de enero de 2008, día cuando fue determinado y tasado con certeza el daño sufrido por el perjudicado directa, mediante dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez; escenario en el cual también habría de concluirse que la acción de reparación directa fue instaurada en forma tempestiva.

7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandada presentó alegatos de cierre, insistiendo en los argumentos planteados en la contestación de la demanda (fls. 230-232, cdno. ppal.).

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público conceptuó que debe ser confirmada la sentencia de primer grado, por cuanto entre la fecha de acaecimiento de los hechos (26 de noviembre de 2005) y la de presentación de la demanda (16 de junio de 2009),

han transcurrido más de los dos (2) años de que trata el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo (fls. 235-241, cdno. ppal.).

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿En los proceso de reparación directa instaurados a raíz de un hecho dañoso de estructuración instantánea, la caducidad debe contabilizarse a partir del acaecimiento o conocimiento del hecho lesivo, o desde la estimación de la gravedad de sus secuelas?

2. CADUCIDAD

Como lo ha decantado el Consejo de Estado¹, la caducidad ha sido entendida como el fenómeno jurídico procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia.

Es ésta una figura de orden público consagrada en pos de propender por la seguridad jurídica, que conlleva en cabeza de los interesados en ejercer el derecho de acción, la carga de hacerlo dentro de los plazos perentorios señalados en la ley para el efecto, so pena de la declaratoria, aún oficiosa, de la caducidad.

En esos términos fue definida la caducidad por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo: *“la caducidad comporta el término dentro del*

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 26 de marzo de 2009, expediente 1134-07, C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

cual es posible ejercer el derecho de acción, y constituye un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado.”²

En materia de reparación directa, la caducidad fue regulada en el artículo 136, numeral 8º, del Código Contencioso Administrativo, según el cual “*La reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.*”

Ahora bien, pese a que el precepto en cita señala que el término de caducidad empieza a correr a partir del acaecimiento del hecho dañoso, o desde el día siguiente, según la época de los hechos, tal forma de contabilización no es aplicable en los eventos en los que no es posible establecer, a ciencia cierta, cuándo ocurrió el hecho lesivo, pues en tales casos el término habilitante empieza a correr a partir de la fecha en que se tuvo conocimiento de la ocurrencia del daño.

Así mismo, con miras a determinar la fecha de inicio del término de caducidad debe hacerse la distinción entre los daños de estructuración instantánea, y los daños continuados, para lo cual resulta sumamente ilustrativo traer a colación la siguiente jurisprudencia:

La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera, se

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 24 de marzo de 2011, radicación 68001-23-15-000-2001-01188-02(1389-10), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

puede identificarse un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río con los perjuicios que en los ríos de las zonas se identifican e incluso se cumplen en el tiempo, como por ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esta puede producir en las poblaciones ribereñas.

En el desarrollo de esta Ley se describe la diferenciación entre el daño transitorio o puntual y el daño continuado o de largo alcance por el primero se entiende aquellos daños que resultan susceptibles de identificarse en un momento preciso de tiempo y que al ser producidos por causas que se pueden prever con los datos del hecho, el mismo no existe nuevamente en el momento en que se produce. A título de ejemplo puede citarse la muerte que se le causa a un ser humano, con exclusión de su reincorporación al medio ambiente.

En este tipo de daños, ante la pena observar que, sus víctimas pueden constatar su existencia desde el momento mismo en que este ocurre, como por ejemplo cuando existen personas con la lesión de la voz que al ser escuchado puede advertirse que ellas se dan cuenta de este hecho de manera que algún tiempo cuando las familiares escucharon un día a un ser querido, luego de una larga espera en que se pensaba que este estaba tan solo de vacaciones, en esta segunda hipótesis se resalta lo importante y significativo del término de la continuidad desde el momento en que se causó el daño por un lado en el tiempo también, más allá que las víctimas no cobren de este, y más bien, como lo ha sucedido la recuperación de esta recuperación debe hacerse desde el momento en que se causó el daño mismo.

En lo que respecta a los daños continuados o de largo alcance, se entiende por el aquel que se proyecta en el tiempo, sin de manera continua o intermitente. Se entiende la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o se se quiere de los perjuicios causados, sino del daño como tal. La doctrina lo conceptualiza únicamente en relación con conductas omisivas.

Adicional a lo anterior debe señalarse que la importancia para la caracterización de esta categoría de daño se observa principalmente, con relación de la continuidad del término de caducidad. En efecto, es igual que en la categoría de daños omisivos, también aquí lo que importa es la noticia que se tenga del mismo, y no un efectivo perjuicio, de modo que bastaría si no había se entiende a sí mismo en las víctimas no conocer la existencia del mismo. Sólo que en este caso, aunque las víctimas hayan tenido conocimiento de la existencia del daño antes de que éste haya estado de producirse, el término de caducidad, en atención a su propia naturaleza, se computará desde el momento en que tal el perjuicio tal en el tiempo.

Para hacer más preciso la anterior y resumiendo el ejemplo antes se dio la concreción que, en el caso de la contaminación de un río con vertidos de un tipo de sustancias contaminantes, el término de caducidad se computa desde el momento en que el daño producido de contaminación del agua se produce, o antes que se tenga noticia de éste, tiempo después de su creación, como en el caso el término de caducidad se computa a partir del momento en que se tuvo noticia del mismo. Si en cambio, esta noticia se tuvo antes de la creación del daño, este ejemplo de un tipo de efecto del término de la caducidad, ya que se se auto remediación o evitar, como se dice a partir del momento en que el daño producido se produjo.

“Los dos tipos de daño analizados (inmediato y continuo), como se observa, en relación con la acción de grupo, producen unas reglas bien particulares, que se proceden a sistematizar así:

- 1) El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, debe centrar su atención en éste, y no en los efectos o perjuicios que se generan, ni en la conducta que lo produce.*
- 2) El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, se debe contar desde el momento en que este se produce, o desde el momento en que se tenga noticia del mismo, en el caso de que estas dos circunstancias no coincidan*
- 3) El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, cuando éste es continuado, se cuenta desde el momento en que se deja de producir, a menos que se tenga noticia del mismo en un momento posterior, caso en el cual se hará a partir de allí.*
- 4) Las anteriores reglas no cambian, si se presenta una agravación del daño, toda vez que éste último, se supone, se ha producido con anterioridad, sea inmediato o continuo.”³*

Desde esta perspectiva, se advierte que lo relevante con miras a la determinación de la operancia de la caducidad, es la fecha de ocurrencia del hecho dañoso, cuando éste es instantáneo, o la fecha en que se deja de producir el daño continuado; a menos que se tenga noticia del hecho dañoso instantáneo o continuado en un momento posterior, caso en el cual se tomará la fecha en que se tenga conocimiento.

3. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación formulado por la parte accionante contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se denegaron las súplicas de la demanda.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de octubre de 2007, radicado 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero.

Como quedó dicho, los libelistas adujeron, como fundamento principal de su alzada, que sólo tuvieron conocimiento concreto y exacto del daño el 29 de enero de 2008, día en que fue emitido el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar sobre la disminución de la capacidad sufrida por la víctima directa en razón del hecho dañoso, señalando que en el momento del disparo no podían predecirse sus consecuencias o efectos, como quiera que el menor fue sometido a tratamiento médico por no haberse podido extraer el proyectil que lo impactó en el tórax.

Como argumento subsidiario aseveraron que aún si se tomara como fecha de inicio del término de caducidad la de ocurrencia del hecho lesivo, debe descontarse de tal plazo el periodo de tiempo transcurrido entre la solicitud de la conciliación extrajudicial (9 de abril de 2007) y la expedición del certificado de no conciliación (5 de mayo de 2009).

Para resolver sobre el primero de los razonamientos planteados por la parte recurrente, es menester determinar en primer lugar si el hecho dañoso invocado es de configuración instantánea o continuada y, en segundo lugar, cuándo tuvieron conocimiento del mismo los libelistas.

En esta dirección, se destaca que los demandantes pretenden que se declare responsable extracontractualmente a la entidad accionada de los perjuicios derivados de las lesiones causadas al menor Deiver David Pérez Meza con arma de fuego de dotación oficial accionada por un infante de marina el día 26 de noviembre de 2005, y en tal medida es obligada inferencia que el hecho dañoso alegado son las lesiones infligidas al menor aludido.

Ahora bien, las lesiones se produjeron con ocasión del disparo del fusil accionado por el militar que hirió a la víctima, hecho que fue determinado en

un solo momento, a través de un acto que tuvo una ejecución instantánea, lo que significa que el hecho dañino es de estructuración instantánea.

En torno a la fecha de conocimiento de la ocurrencia del daño, debe decirse que tal y como consta en los documentos hospitalarios aportados con el libelo, la víctima fue atendida el mismo 26 de noviembre de 2005 en el Hospital Local de San Juan Nepomuceno y en el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja con motivo de las heridas producidas con arma de fuego en el brazo y en el tórax (fls. 90, 91 y 93), lo que a las claras evidencia que los demandantes tuvieron –o pudieron tener- conocimiento del hecho dañoso el mismo día en que se produjo.

En ese orden de ideas emerge diáfano que para el 29 de enero de 2008, fecha cuando la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar emitió el dictamen del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y del grado de invalidez del menor lesionado (fls. 104-107, cdno. ppal.), los actores ya tenían pleno conocimiento del hecho dañoso, y que dicho dictamen lo que les permitió fue conocer la magnitud de las secuelas o efectos perjudiciales del daño que le fue causado a Deiver Pérez el 26 de noviembre de 2005, pero bajo ninguna consideración puede contarse la caducidad desde la fecha de la calificación de incapacidad porque, se reitera, la operancia de ese fenómeno preclusivo se determina desde la fecha cuando se produce el hecho lesivo o se tiene noticia del mismo, pero no a partir del día en que se determinan o cuantifican las secuelas que genera.

En efecto, el término de habilitación procesal se calcula a partir de la fecha de ocurrencia del hecho dañoso o desde que se tiene conocimiento del mismo, y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales, la finalización del tratamiento médico ordenado con motivo del hecho dañoso o la determinación de la gravedad de las secuelas.

Adicionalmente, debe puntualizarse que como bien lo precisó la *a quo*, no hay prueba que el proyectil que hirió al menor se haya alojado cerca de su pulmón derecho, o que los galenos hayan recomendado esperar a que evolucionara el organismo para extraerlo, ni mucho menos que la víctima haya estado sometido a tratamiento durante los tres (3) años posteriores a la lesión por no haberse podido establecer el daño sufrido, pues en los informes de medicina legal nada se dijo sobre esa situación de indeterminación del daño a la salud del paciente y lo que es más, en la epicrisis emitida por el Hospital Infantil Napoleón Franco Pareja lo que se indicó fue que no hubo necesidad de efectuarle cirugía (fl. 90, rvso. cdno. ppal.).

En ese orden de ideas, forzoso es concluir que el conteo del término de caducidad de la acción de la referencia debe hacerse a partir del 26 de noviembre de 2005, fecha de acaecimiento del daño consistente en las lesiones, que coincide con la de conocimiento del daño, sin que para ello obste que las secuelas de las heridas se hayan perpetuado en el tiempo con posterioridad al incidente, que el tratamiento médico haya finalizado meses después de la lesión o que la calificación del porcentaje de invalidez derivada se haya efectuado dieciocho (18) meses después, pues no puede confundirse el hecho dañoso con los efectos o consecuencias del mismo, pues sólo el hecho lesivo tiene relevancia para el conteo del término de caducidad para intentar la acción reparatoria; mientras que las consecuencias de dicho hecho sólo son relevantes para determinar la intensidad del daño y por esa vía tasar el resarcimiento correspondiente.

En ese sentido se pronunció el Consejo de Estado en providencia de 2010, en un asunto de similares características al *sub examine*, como pasa a verse:

No comparte la Sala las apreciaciones hechas por la parte demandante, en relación a que la acción no podía instaurarse hasta tanto se conociera

la magnitud del daño y las lesiones definitivas – secuelas- causadas con el hecho generador del mismo, toda vez que la conclusión, a la que se llegó con la valoración realizada por la junta médico laboral, fue únicamente respecto de las consecuencias de una lesión que había sido causada con anterioridad.

De otro lado, si bien se ha puntualizado en específicas oportunidades que por regla general el conteo del término de caducidad de la acción de reparación directa, empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales, lo cierto es que cuando no puede conocerse, en ese momento su existencia o realidad, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se le determina y el paciente tiene conocimiento de ello⁴; no obstante lo anterior, en el asunto sub examine, no se puede predicar esta última hipótesis, pues la parte demandante tuvo pleno conocimiento del daño en el instante en que sufrió el accidente; por lo tanto, la expedición del acta de la Junta Médica y la cesación de la prestación del servicio médico, no altera en modo alguno el cómputo de caducidad, por cuanto de los supuestos fácticos planteados en la demanda, se tiene certeza que el conocimiento del daño se produjo de manera simultánea con la producción del mismo.

Por consiguiente, la valoración médica y la finalización del tratamiento, en el asunto específico, no modifica el conteo de la caducidad, ya que como se señaló, los demandantes fueron conscientes y, por lo tanto, advertidos del daño desde la fecha en que se produjo el incidente, esto es, el 19 de mayo de 1996, sin que en el caso concreto el conocimiento de las secuelas del mismo, ni la cesación del servicio médico influyan en el cómputo del plazo de caducidad, máxime si se tiene en cuenta que la demanda se dirige a que sean indemnizadas las lesiones producto del accidente, no las que devienen de un yerro médico.

De otra parte, la caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidar situaciones jurídicas, que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica, ya que una vez configurada impide el acudir ante la Jurisdicción para que sea definida por ella determinada controversia. Al respecto la doctrina ha manifestado que dicha institución se ha creado “por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar las situaciones jurídicas, la caducidad que juega a ese respecto un decisivo papel, cierra toda posibilidad al debate jurisdiccional y acaba así con la incertidumbre que representa para la administración la eventualidad de la revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición. De allí que para evitar esa incertidumbre se haya señalado por el legislador un plazo perentorio, más allá del cual el derecho no podrá ejercerse, dándole aplicación al principio de que el interés general de la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 26 de abril de 1984, expediente 3393, C.P. Carlos Betancur Jaramillo y sentencia de 29 de junio de 2000, expediente 11676, C.P. Alier E. Hernández Enríquez.

colectividad debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada...”⁵

En efecto, el numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo dispone que la acción de “reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa...”

Así las cosas y teniendo claro que el hecho generador del daño en el presente asunto ocurrió el 19 de mayo de 1996, la parte actora podía presentar la demanda de reparación directa, hasta el 20 de mayo de 1998.

De acuerdo con el sello del Tribunal el libelo demandatorio fue radicado el 19 de enero de 1999, por lo cual se concluye, entonces, que la caducidad de los dos años prevista en la ley, operó o se consolidó, pues la demanda fue presentada cuando ya había expirado el bienio que la norma citada señala para tal efecto.”⁶

Por las anteriores razones se desestimaré el primero de los cargos planteados por la parte demandante en su alzada, no sin antes precisar que, en todo caso, debe tenerse en cuenta que con posterioridad a la lesión, al menor se le realizó dictamen médico legal por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Seccional Bolívar, mediante el cual se terminó la incapacidad generada de quince (15) días y se estableció que presentaba secuelas consistentes en deformidad física permanente, el cual fue notificado el 9 de noviembre de 2006 (fl. 92, cdno. ppal.). En tal medida, si en gracia de discusión pudiera considerarse que la caducidad debe contarse desde la determinación de la gravedad de las secuelas derivadas del hecho dañoso, debería computarse dicho término desde el 9 de noviembre de 2006, hipótesis en la cual también habría lugar a concluir que para la fecha de presentación de la demanda (16 de junio de 2009; fl. 8) ya había operado la caducidad de la presente acción de reparación directa.

⁵ BETANCUR Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo* Medellín: Ed. Señal Editora, quinta Edición, 2000 Pág. 151.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 de abril de 2010, radicado 85001-23-31-000-1999-00007-01(19154), C.P. Enrique Gil Botero.

De otra arista, para desestimar el segundo argumento planteado en la alzada, relativo a que el término de caducidad estuvo suspendido desde la solicitud de la conciliación extrajudicial (9 de abril de 2007) y la expedición del certificado de no conciliación (5 de mayo de 2009) por cuanto las audiencias de conciliación fueron reprogramadas sucesivamente ante la ausencia de la entidad accionada, basta señalar que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 dispone que *“la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”*, lo que significa que el trámite conciliatorio extrajudicial sólo interrumpe el término de caducidad hasta por tres (3) meses, nunca por un lapso superior a ese y, en tal medida, en el caso concreto la suspensión operó desde el 9 de abril de 2007 y hasta el 9 de julio de 2007, fecha a partir de la cual se reinició el conteo de la caducidad.

Desde esta perspectiva, resulta incontrastable que en el *sub judice* el término bienal de caducidad, incrementado en tres meses por razón del trámite de la conciliación extrajudicial, empezó a correr el 26 de noviembre de 2005, fecha de ocurrencia del hecho dañoso, y expiró el 26 de febrero de 2008.

Así las cosas, como la demanda fue presentada el 16 de junio de 2009 (fl. 8, cdno. ppal.), emerge diáfano que en el presente caso se estructuró la caducidad de la acción, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, pues no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandante fundamento para ello,

en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 26 de julio de 2012 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad y, en consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda.

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

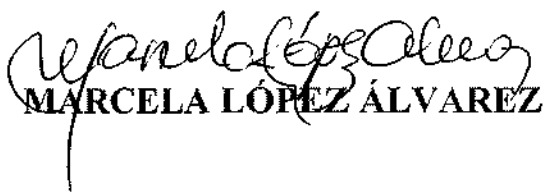
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha

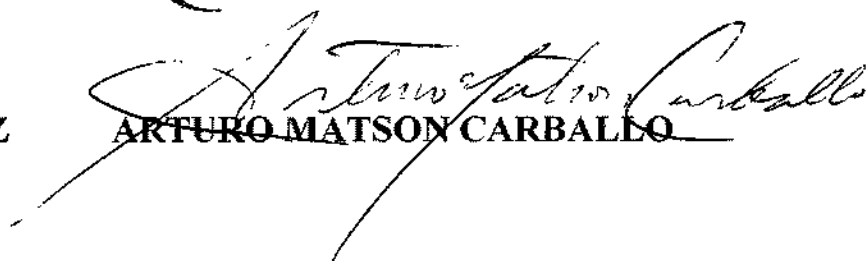
Los Magistrados,



JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado número 13-001-33-31-006-2009-00183-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1306
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: PANALPINA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2005-01768-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTICUATRO (24) 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. 1 –

Cartagena D.T. y C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Panalpina S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-23-31-004-2005-01768-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2012, por el Juzgado Adjunto del Juzgado Adjunto del Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Panalpina S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 000230 de 15 de febrero de 2005, mediante la cual, la DIAN le impone una sanción por entregar una

mercancía con menor peso y cantidad a la registrada en los documentos de viaje y, Resolución 000791 de 29 de abril de 2005, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por la División de Liquidación Aduanera y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que no incurrió en la infracción administrativa que se sanciona en los actos demandados y, por ende, que no debe ninguna suma de dinero a la entidad demandada por concepto de la aludida sanción. Además, pide que se ordene a la DIAN a devolverle las sumas de dinero que haya pagado o llegare a pagar por tal concepto, debidamente indexados o actualizados de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, junto con el pago de los respectivos intereses desde la fecha en que se hubiese efectuado el pago hasta la fecha en que se haga la devolución por parte de la entidad demandada.

Por último, requiere que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada y la sentencia se cumpla en los términos de los artículos 176 y 177 *ejusdem*.

HECHOS

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

Señala la parte actora, que mediante Continuación de Viaje 2282 de 04 de junio de 2004 le fue autorizado el traslado a la Zona Franca de la ciudad de Bogotá del Contenedor POCU0541901 que decía contener veinte (20) pallets y setecientas sesenta y nueve (769) cajas con desodorantes de aerosol, al amparo del Documento de Transporte Multimodal PONI.BUE00552212 de 04 de mayo de 2004, con fecha límite de operación hasta el día 10 de junio de 2002.

Afirma, que la unidad de carga arribó a su destino el día 08 de junio de 2004 y luego de ser desprecintada fue objeto de inspección física por parte de los funcionarios encargados de recibirla, quienes registraron como inconsistencia en el Acta 3141 de 08 de junio de 2002, haber encontrado un número total de ochocientos once (811) bultos y un peso de 7.990 kg, siendo que en la casilla 16 de la continuación de viaje se encuentran relacionados novecientos ochenta (980) bultos, de los cuales, veinte (20) son pallets y novecientas sesenta (960) son cajas, con un peso verificado de 8.014 kg.

Por lo anterior, el Grupo de Infracciones de la División de Fiscalización de la Administración Especial Aduanera emite el Requerimiento Especial Aduanero 000726 de 15 de diciembre de 2004, mediante el cual, propone imponerle una sanción al operador de transporte multimodal por incurrir en la infracción aduanera tipificada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Precisa, que a pesar de los argumentos expuestos en la respuesta al referido requerimiento, la DIAN decidió sancionarla a través de la Resolución 000230 de 15 de febrero de 2005, decisión contra la cual interpuso el respectivo recurso de reconsideración, que fue despachado desfavorablemente a sus intereses mediante Resolución 000791 de 29 de abril de 2005.

En el acápite del concepto de violación de las disposiciones citadas en la demanda, expone que realmente no se presentó un faltante en la finalización de la operación de transporte multimodal habida consideración que la mercancía llegó a su destino con el mismo precinto que fue autorizado por la aduana de partida, sin ninguna clase de rotura, adulteración o daño, lo que descarta el presunto faltante.

Arguye, que el contenedor no solamente fue el mismo que se presentó y registró ante la aduana de la ciudad de Cartagena de Indias al momento de su llegada a territorio nacional, sino que también fue el mismo que se declaró,

transportó y entregó en el punto de destino, bajo el régimen de transporte multimodal al amparado de la Continuación de Viaje 2282 de 04 de junio de 2004, el cual, debe ser considerado como un bulto a la luz de la Circular Externa 188 de 26 de julio de 2000, expedida por la DIAN.

Explica, que el ente demandado el limitar o restringir el alcance de la Circular 0188 de 2000 a los informes de inconsistencia a que se refiere el artículo 98 del Decreto 2685 de 1999, incurre en una clara extralimitación de funciones por cuanto las definiciones consagradas en el artículo 1° del Estatuto Aduanero se deben aplicar de manera general a todos los temas regulados por el mismo.

Por otro lado, dice que la multa que le fue impuesta se fundamentó en una norma que le es inaplicable, en razón a que la misma solamente atañe a los transportadores en las modalidades de tránsito, trasbordo y cabotaje, pero no a los operadores de transporte multimodal.

Agrega, que no puede aceptarse que por extensión de las normas de tránsito aduanero a las operaciones de transporte multimodal (artículo 389 del Decreto 2685 de 1999), le pueden ser aplicables las disposiciones sancionatorias previstas para el primero al segundo de los regímenes mencionados, ya que eso solamente tiene cabida en cuanto a la operación misma, más no en el campo sancionatorio, puesto que al amparo de los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y penas debidamente garantizadas por el artículo 29 de la Constitución Nacional, tanto la conducta y su correlativa pena, como los destinatarios y sujetos determinantes de la infracción deben estar expresamente señalados o consagrados en el ordenamiento jurídico, no solamente porque así lo prevé el artículo 476 del Estatuto Aduanero, sino porque la interpretación de la Corte Suprema de Justicia esta dirigida a concebir la analogía en materia punitiva o sancionatoria como una herejía jurídica.

Acto seguido, manifiesta que con fundamento en el artículo 5° de la Decisión 331 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no se le puede atribuir al operador de transporte multimodal ninguna responsabilidad por el supuesto faltante que se presentó en las mercancías relacionadas con el Documento de Transporte PONLBUE00552212 de 04 de mayo de 2004 y Continuación de Viaje 2282 de 04 de junio del mismo año, toda vez, que como bien se aprecia en la parte central del Documento de Transporte B/L 705646 de Pantainer Express Line se consignó la expresión “Shipper’s load, story and count”, o sea que el embarcador o cargador llenó, pesó y contó el contenedor, significando con ello que ni el transportador ni el operador de transporte multimodal intervinieron en esa operación y, que por lo tanto, no le asiste ninguna responsabilidad por la existencia de alguna diferencia o inconsistencia al respecto, más aún cuando el contenedor fue entregado a la aduana de destino con los precintos o sellos de seguridad intactos y sin huella de ser adulterados.

A su vez, plantea que el hecho que dio lugar a la sanción no se originó en un control previo o simultáneo a la presentación de la continuación de viaje, ya que la mercancía no fue inspeccionada físicamente en la aduana de partida, sino en un control posterior a la finalización del régimen, de acuerdo al acta de inconsistencias expedida por la Zona Franca de Bogotá y, además, porque la sociedad demandante tiene su domicilio principal en la ciudad de Bogotá, de lo que se infiere que la administración aduanera de Cartagena de Indias no tenía competencia territorial para proferir los actos enjuiciados.

Concluye diciendo, que al haberse superado el término para proferir el requerimiento especial aduanero a que hace relación el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, no sólo se configuró el silencio administrativo positivo de que trata el artículo 519 *ibidem*, sino que también trae como consecuencia que a los funcionarios de la aduana de Cartagena de Indias se les haya vencido el término dentro del cual se encontraban facultados para proferir los actos demandados.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por este tribunal mediante auto de 18 de enero de 2006 (fl.116), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Director Seccional en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.117) y al Agente del Ministerio Público.

Seguidamente, en virtud de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el proceso fue remitido a los mismos, correspondiéndole por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual, por auto de 28 de septiembre de 2006 (fl.133), aprehendió su conocimiento.

Dentro del término de fijación en lista la entidad demandada presentó contestación a la demanda (fls.134 – 149), pero de forma inmediata el juzgado declaró la nulidad de lo actuado a partir de la fijación en lista, por no haber sido vinculada al proceso como tercera interesada en las resultas del mismo a la Compañía Seguros del Estado S.A., que otorgó la póliza de garantía que ordenan hacer efectiva los actos acusados (fls.162 – 164). Acto seguido, por medio de proveído adiado el 21 de septiembre de 2009 (fls.165 – 166), se ordenó la vinculación de la empresa aseguradora.

En el nuevo término de fijación en lista la parte accionada presentó memorial contentivo de su defensa (fls.200 – 218), señalando que cuando la Circular 0188 de 2000 y el Concepto 016 de 19 de enero de 2001 hacen referencia a las inconsistencias que se presentan, se refiere al momento de arribo de la mercancía y no cuando ésta llega a su destino, por lo tanto, no serían aplicables a este caso concreto, ya que las inconsistencias motivo de discusión se detectaron al momento de su llegada a la aduana de destino.

Asimismo, pone de manifiesto que en este asunto es inaplicable la regla general que señala la competencia para la administración aduanera del domicilio fiscal del presunto infractor, sino la que establece que los procesos

sancionatorios que en desarrollo del control posterior o simultáneo a las operaciones de comercio exterior deban adelantarse por situaciones advertidas en una inspección física o documental dentro del proceso de tránsito aduanero, corresponde a la administración aduanera en la que se haya presentado la declaración de tránsito o continuación de viaje, por lo que considera que al cumplirse tales requisitos, la aduana de la ciudad de Cartagena de Indias si es competente para expedir los actos censurados.

Para finalizar, alega que los operadores de transporte multimodal son transportadores, quienes para efecto de desarrollar su objeto social deben utilizar medios de transporte de su propiedad o subcontratarlos con empresas transportadoras. Ello significa que las disposiciones legales que regulan el tránsito aduanero serán aplicables al transporte multimodal en aquellos eventos no regulados por la legislación para éste, lo cual incluye obviamente al régimen sancionatorio, en ejercicio de una armónica y sistemática interpretación de la norma aduanera en todo su contexto.

Por su parte, la compañía aseguradora dentro de la oportunidad legal, realiza su intervención dentro del proceso, presentando memorial mediante el cual coadyuva las pretensiones y hechos en que se sustenta el libelo de la demanda (fls.417 – 420).

Luego, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8366 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el proceso fue repartido al Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.421).

Mediante auto de fecha 13 de diciembre de 2011 (fls.423 – 424), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, acto seguido, con proveído de 28 de febrero de 2012 (fl.456), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte accionada reiteró los argumentos

expuestos en su defensa (fls.457 – 468); la parte actora hizo lo propio mediante escrito visible a folios 479 a 486 del expediente.

EL FALLO RECURRIDO

(fls.489 - 514)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, señala que al operador de transporte multimodal le correspondía verificar el peso de la mercancía transportada, lo cual no está acreditado en el informativo, toda vez, que la sociedad demandante se limitó a tomar los datos del Bill of Lading, sin proceder por sus propios medios a constatar el peso de la mercancía introducida al país.

En cuanto a que no puede ser sancionada la sociedad demandante por la comisión de la infracción aduanera que se le endilga, expone que en virtud de la remisión expresa a las normas de tránsito aduanero en los casos de operaciones de transporte multimodal, resulta legítimamente aplicable la sanción contemplada en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Por otro lado, plantea que a la luz del artículo 6° de la Resolución 5364 de 1999, la aduana competente para efectuar la investigación y posterior declaración del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, es la aduana de partida, que en este caso es la de la ciudad de Cartagena de Indias.

Asimismo, esboza que a pesar de haber incumplido la DIAN el término establecido para proferir el requerimiento especial aduanero, dicha falta no genera per se la caducidad de la acción sancionatoria, toda vez, que por ser un acto de trámite, su omisión no puede aparejar como consecuencia el silencio administrativo positivo, como si acontece con los actos que contienen

decisiones de fondo, de conformidad con el artículo 519 del Estatuto Aduanero.

Frente a lo anterior, concluye que al haber presentado la transportadora contestación al requerimiento especial aduanero el día 04 de enero de 2005, la DIAN contaba con un término perentorio de cuarenta y cinco (45) días para pronunciarse de fondo, plazo que concluía el día 09 de marzo de 2005, por lo que al haberse pronunciado la administración el 15 de febrero de 2005 a través de la Resolución 000230, se debe entender que dicho acto fue proferido de manera oportuna.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.516 – 541)

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

En primer lugar, expresa que no puede ser de recibo fundamentar en el peso la sanción impuesta, ya que si el asunto en discusión versa sobre la comisión o no de la infracción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, el peso no puede servir de base a la sanción, ya que no se trataba de carga a granel como lo exige la citada disposición.

Alega, que en cuanto a la cantidad, no se presentó realmente ninguna diferencia, concretamente en cuanto al número de bultos de la mercancía, teniendo en cuenta que el mismo bulto (contenedor) que se recibió en la aduana de partida, fue el mismo que a su vez se entregó en el punto de destino, con el mismo precinto sin ninguna clase de rotura, adulteración o daño, lo que descarta o hace presumir que se presentó el aludido faltante.

Anota, que en la medida en que no se trataba de carga suelta y que el mismo contenedor o bulto que se declaró en la Aduana de Cartagena de Indias para su

sometimiento al régimen de transporte multimodal, fue el mismo que se entregó en el lugar o punto de destino a la culminación del régimen, mal se puede en consecuencia argumentar o predicar la existencia de alguna inconsistencia al respecto, especialmente si se tiene en cuenta que de conformidad con la Circular Externa 0188 de 2000, los sobrantes o faltantes en el número de bultos solamente operan respecto de carga suelta, o de mercancía que llega embalada por unidades.

Reitera, que en este caso no participó como transportador de la mercancía sino como declarante y, añade, que las infracciones y sanciones previstas en el artículo 497 del Decreto 2685 de 1999 son inaplicables a los operadores de transporte multimodal, sino solamente a las modalidades de tránsito, trasbordo y cabotaje.

Insiste, en que con fundamento en el artículo 5° de la Decisión 331 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, no se le puede atribuir al operador de transporte multimodal ninguna responsabilidad por el supuesto faltante que se presentó en las mercancías relacionadas con el Documento de Transporte PONLBUE00552212 de 04 de mayo de 2004 y Continuación de Viaje 2282 de 04 de junio del mismo año, toda vez, que como bien se aprecia en la parte central del Documento de Transporte B/L 705646 de Pantainer Express Line se consignó la expresión “Shipper’s load, story and count”, o sea que el embarcador o cargador llenó, pesó y contó el contenedor, significando con ello que ni el transportador ni el operador de transporte multimodal intervinieron en esa operación y, que por lo tanto, no le asiste ninguna responsabilidad por la existencia de alguna diferencia o inconsistencia al respecto, más aún cuando el contenedor fue entregado a la aduana de destino con los precintos o sellos de seguridad intactos y sin huella de ser adulterados.

Para finalizar, esgrime que el proceso administrativo para imponerle la sanción objeto de análisis se adelantó por fuera de los términos que consagra el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999 y, resalta, que no puede ser de recibo

el argumento del *a quo* consistente en que en el caso concreto no estamos frente a un acto administrativo que ponga fin a una actuación administrativa. Que en la medida de que el requerimiento especial aduanero no se formuló dentro de los treinta (30) días siguientes a la verificación de la infracción aduanera, sino seis (6) meses después, se tiene, que se incurrió en violación del artículo 509 *ibídem*, propiciando además que los actos censurados se hubieran expedido extemporáneamente.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 18 de mayo de 2012 (fls.573).

Por medio de proveído de 27 de julio de 2012 (fl.576), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 03 de septiembre del mismo año (fl.578), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.579 – 585); la parte demandante por su lado, no presentó alegatos en esta instancia. El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO.

¿Carece de competencia temporal la administración aduanera para expedir requerimiento especial aduanero, cuando se profiere por fuera del término establecido en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999?

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

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos, resolviendo uno a uno los problemas jurídicos propuestos:

- **¿Carece de competencia temporal la administración aduanera para expedir requerimiento especial aduanero, cuando se profiere por fuera del término establecido en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999?**

La competencia es la atribución expresa conferida por la Constitución Política o la ley a las autoridades para actuar en determinada forma, materializando a través de sus decisiones la manifestación de la voluntad de la administración.

Desde la óptica del Estado de Derecho y su expresión más evidente que es el principio de legalidad, éste elemento es el inicio del proceso de formación del acto administrativo y a partir del cual se edifican las demás partes que lo estructuran, de suerte que sin la competencia no puede concebirse la más mínima expresión de voluntad del Estado.

De igual forma, la competencia involucra variantes que la determinan, como son el territorio, la función y el tiempo, que dan origen a la clasificación territorial, funcional y temporal de la misma. La primera, hace alusión al espacio geográfico sobre el cual pueden extenderse los efectos del acto y que limitan su exigibilidad. La segunda, se refiere al aspecto material que consulta la naturaleza de la función desplegada asignada a determinada autoridad. Por

su parte, la tercera se relaciona con la vigencia en que pueden desarrollarse las atribuciones otorgadas, de suerte que su duración está limitada en el tiempo.

Descendiendo al caso concreto, se observa, que la parte actora considera que la entidad accionada carece de competencia para expedir el requerimiento especial aduanero que dio origen a los actos administrativo demandados, advirtiendo que fue proferido por fuera del término legal establecido para ello.

Sobre este tópico, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de su jurisprudencia ha precisado¹:

“...en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado. El vencimiento de los plazos meramente perentorios puede implicar la responsabilidad personal del agente que se ha demorado en tomar la decisión pero no afecta la validez de la decisión misma. Ese tipo de plazos son los más comunes en el derecho procesal, como por ejemplo, el plazo para dictar la sentencia que instituye tanto el C.C.A. como el C.P.C. Así esté vencido el plazo, la sentencia es válida y eficaz, sin perjuicio de que pueda existir en un momento dado responsabilidad personal del funcionario judicial si el vencimiento del plazo ocurrió injustificadamente.

En general, las normas de competencia temporal, esto es, por razón del tiempo, que es el tema que subyace en un plazo legal para producir una decisión, deben interpretarse a favor de la competencia misma. Así, sólo cuando está expresamente previsto otro efecto, el vencimiento del

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de abril de 2012, Exp 17497, C P Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

plazo no comporta siempre y necesariamente un caso de silencio administrativo positivo y mucho menos de nulidad de los actos administrativos.

En el caso concreto no se discute, porque es un hecho reconocido por ambas partes, que la DIAN expidió el requerimiento especial aduanero por fuera del término de los 30 días a que alude el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999. Pero también es un hecho cierto, y no desvirtuado por la parte actora, que la DIAN inició la actuación administrativa para formular la liquidación oficial de revisión de valor dentro del término de firmeza de las correspondientes declaraciones de importación. Estas circunstancias de hecho indican que la DIAN actuó con competencia, pues lo hizo dentro de los plazos legalmente establecidos y, por tanto, no violó el derecho al debido proceso. El desconocimiento del término perentorio de los 30 días, como se comentó, podría implicar la responsabilidad personal del agente que expidió el acto de trámite pero jamás implica la nulidad de las actuaciones surtidas con posterioridad a la expedición de ese requerimiento, con mayor razón si el requerimiento se expide en otra de las oportunidades procesales que prevé la ley para el efecto..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Resulta menester entonces, traer a colación el texto del artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, para verificar si el mismo contempla de manera inequívoca la pérdida de competencia temporal, al no ser proferido el requerimiento especial aduanero dentro del término de treinta (30) días allí previsto:

"Artículo 509. Término para la formulación del requerimiento especial aduanero y contenido del mismo. Establecida la presunta comisión de una infracción administrativa aduanera, o surtidos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de una mercancía, o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales; la

autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para formular Requerimiento Especial Aduanero, el cual deberá contener como mínimo: la identificación del destinatario del requerimiento; relación detallada de los hechos u omisiones constitutivos de la infracción aduanera o propuesta de Liquidación Oficial, causal de aprehensión y avalúo de la mercancía; las pruebas practicadas, las normas presuntamente infringidas, término para dar respuesta al Requerimiento y sanción que se propone, si procede.”

Tal como quedó demostrado, no existe norma específica que consagre expresamente la pérdida de competencia temporal por parte de la autoridad aduanera, al proferir el requerimiento especial aduanero por fuera del término legal que establece el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la parte recurrente aduce que el tiempo para emitir el requerimiento especial aduanero debía ser contabilizado a partir de cuando se estableció la presunta comisión de la infracción aduanera, lo cual, ocurrió el día en que tuvo conocimiento que la mercancía arribó a la aduana de destino con un faltante de bultos respecto de la cantidad consignada en los documentos de transporte de la misma.

Para la Sala, este argumento hace clara referencia a la caducidad de la acción sancionatoria administrativa, que se encuentra regulada de manera general en el artículo 38² del Código Contencioso Administrativo, según el cual, esta se produce transcurridos tres (3) años de haberse presentado la infracción. De igual forma, está prevista de manera especial en materia aduanera en el artículo 478³ del Decreto 2685 de 1999, por el mismo término, con las variantes atinentes a que cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal el momento en que las autoridades

² “Artículo 38 Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”

³ “Artículo 478 Caducidad de la acción administrativa sancionatoria. 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”

aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo y, cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión.

En este caso, el momento en que la autoridad aduanera tuvo conocimiento de la infracción aduanera es el día 12 de junio de 2004, fecha en la que se levantó el Acta de Verificación 44, mediante la cual, se realizó la inspección de la Continuación de Viaje 2282 de 04 de junio de 2004, en la que se señaló que la mercancía arribó a la aduana de destino con cantidad inferior a la registrada, por tanto, la expedición del Requerimiento Especial Aduanero 000482 el día 15 de diciembre de 2004, se hizo dentro del término máximo para tomar la decisión de fondo en el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que se concluye, que este punto de la apelación no tiene vocación de prosperar.

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

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

*“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal.
Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de*

Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibídem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

“Artículo 374. Autorización de la continuación de viaje. Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía...” (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todo los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de

transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero. Dicha disposición reza:

“Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

“Artículo 356. Responsabilidades...

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.”

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e

informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, para la época de ocurrencia de los hechos, establecía:

“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...

...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:

3.1 Gravísimas...

3.1.1 Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso, tratándose de mercancía a granel o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Uno de esos deberes es precisamente entregar en la aduana de destino la mercancía que le ha sido encomendada, en las mismas condiciones que según la documentación aduanera que respalda la operación de tránsito, le fue proporcionada.

Aunado a ello, se tiene, que las disposiciones en cita, son suficientes para desvirtuar el argumento expuesto en el recurso de alzada, referente a que la autoridad aduanera está haciendo una aplicación extensiva a los operadores de transporte multimodal de la sanción prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

En primer lugar, porque el mismo artículo 372 de dicho compendio normativo, que describe las responsabilidades del operador de transporte multimodal, señala claramente que entre ellas se cuenta el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, situación que sin lugar a dudas permite inferir que el traslado de la mercancía de la aduana de partida a la aduana de destino corresponde realizarlo a dichos operadores.

En segundo lugar, porque el artículo 374 *ibídem*, dispone expresamente que el transporte de la mercancía en esta modalidad debe realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador, dejando abierta la posibilidad de subcontratar a una empresa transportadora para que le preste este servicio, sin que ello dé lugar a la exoneración de cualquier responsabilidad por la pérdida de la mercancía durante el recorrido entre la aduana de partida y la de destino.

Y en tercer lugar, porque es el mismo ordenamiento jurídico aduanero el que permite aplicar todas las disposiciones concernientes al régimen de tránsito aduanero a los operadores de transporte multimodal, entre las que figuran las sanciones que se pueden imponer a los transportadores en virtud del incumplimiento del referido régimen.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la conducta sancionable que se le endilga o, si por el contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal en el régimen aduanero bajo análisis.

-fl.242: Continuación de Viaje 0003784 con número de aceptación 2282 de 04 de junio de 2004, en la cual se consigna que la mercancía transportada consta de un contenedor con veinte (20) pallets y novecientas sesenta cajas (960) que contienen desodorantes en aerosol, con un peso verificado de 8.200 kg.

-fl.244: Documento de Transporte Multimodal PONLBUE00552212 de 02 de junio de 2004, del Contenedor POCU0541901 consignado a nombre de Panalpina y/o Zona Franca Bogotá – Districargo Operations S.A. y/o Waked International de Colombia Ltda. – Bodega 5. En dicho documento se señala que la mercancía consiste en veinte (20) pallets y novecientas sesenta (960) cajas con desodorantes en aerosol, con un peso de 9.875 kg.

-fl.250: Acta de Verificación 44 de 12 de junio de 2004, mediante la cual, se realizó la inspección de la Continuación de Viaje 2282 de 04 de junio de 2004, en la que se señaló que la mercancía arribó a la aduana de destino con cantidad inferior a la registrada, toda vez, que fueron autorizados veinte (20) pallets y novecientas sesenta (960) cajas y llegaron diecisiete (17) pallets y setecientos noventa y cuatro (794) cajas, lo cual corresponde a un faltante de tres (3) pallets y ciento sesenta y seis (166) cajas, registrando un peso de 7.990 kg.

-fl.253: Planilla de Recepción 4720044100044774 expedida por la DIAN, en la que informa que la mercancía en cuestión arribó a la aduana de destino conteniendo ochocientas once (811) unidades con un peso de 7.990 kg.

-fl.256: Acta de Inventario e Inconsistencias 3141 de 08 de junio de 2004, proferida por la Zona Franca Bogotá, efectuada sobre la Continuación de Viaje 2282 de 04 de junio de 2004, en la que se dejó constancia de que la mercancía objeto de controversia llegó con un faltante de tres (3) pallets y ciento sesenta y seis (166) cajas, con un peso total de 7.990 kg.

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia registrada en la Continuación de Viaje 0003784 con número de aceptación 2282 de 04 de junio de 2004, constaba de veinte (20) pallets y novecientas sesenta cajas (960) que contienen desodorantes en aerosol, con un peso verificado de 8.200 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Documento de Transporte Multimodal B/L PONLBUE00552212 de 02 de junio de 2004, del Contenedor POCU0541901, lo que permite inferir a esta Sala que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por novecientos ochenta (980) bultos.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Panalpina S.A., pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2º del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por la parte recurrente, se debe precisar que el hecho de que los precintos con los cuales fue sellado el contenedor en el que se embaló la mercancía para ser transportada, hayan llegado en buen estado, no indica que el operador de transporte multimodal se encuentre exonerado de la responsabilidad derivada del faltante de bultos que se registró

y comprobó en la aduana de destino, puesto que lo primero constituye una obligación adicional a la de entregar la mercancía en las mismas condiciones a las recibidas, cuyo incumplimiento da origen a una sanción diferente a la analizada en el asunto de marras.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones⁴:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002⁵, 22 de abril de 2004⁶ y 2 de marzo de 2006⁷ y, al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala:

«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al arribar la mercancía a la ciudad de Medellín, que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9.330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 1027 del C. de Co. establece que “Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe”, no lo es menos que el artículo 3 del Decreto 1909 de 1992 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía e, igualmente, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

De manera que no se puede exonerar de responsabilidad a las empresas de transporte respecto de la determinación del peso de la mercancía que transportan, pues, dentro del giro de la actividad que realizan, deben

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. sentencia de 02 de diciembre de 2010, Exp 2003-00302-01, C P María Claudia Rojas Lasso

⁵ Expediente 7165 M P Dra Olga Inés Navarrete Barreto

⁶ Expediente 7791 M P Dr Camilo Arciniegas Andrade

⁷ Expediente 8471 M P Dr Gabriel E. Mendoza Martelo

constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso de la mercancía, ya que se trata de mercancía sin nacionalizar; el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no exonera de responsabilidad aduanera porque no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la transporta sino por la omisión de verificar el peso de la mercancía que se compromete a entregar a la aduana de destino.

La Sala ya se había pronunciado sobre el tema aquí tratado de la siguiente manera:⁸

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto.

Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de

⁸ Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002, Magistrada Ponente, doctora Olga Ines Navarrete Barrero

mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida.

Tanto es así, que la Declaración de Tránsito Aduanero ostenta el mismo valor del manifiesto de carga. Si bien es cierto que en el caso de éste último es la empresa transportadora quien expide el documento y, por ende, es responsable de la veracidad del contenido del mismo, aunque en el caso en estudio no fue la actora quien elaboró y presentó ante las autoridades aduaneras la Declaración, no por ello puede eximirse de responsabilidad frente a la contravención aduanera que se le imputa. .»
(negrilla fuera de texto)

Para la Sala, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en esta última.

La actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante habida cuenta de que realizó el tránsito aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, sin inventariar y con el peso que figuró en Cartagena

Para la Sala no es válido el argumento expuesto por la actora, pues fue precisamente esta la omisión que acarreó la sanción. Como quedó visto, para que la actora en su calidad de transportadora pudiera exonerarse de responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba con que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la Aduana de Partida (Cartagena). Era

indispensable poner en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento, la diferencia advertida y que en la DTA se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.” (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora de entregar la mercancía completa conforme la recibió en la aduana de partida, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la omisión en que incurrió el operador de transporte multimodal en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de novecientos ochenta (980) bultos y no de ochocientos once (811) tal como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

Finalmente, se considera que las condiciones contractuales privadas que tienen que ver con la modalidad bajo la cual se celebra el contrato de transporte con el importador, no son oponibles a la autoridad aduanera en el ejercicio de su potestad de control sobre las operaciones aduaneras en el país, ya que se trata de una actividad legalmente regulada en el ordenamiento jurídico colombiano, como quedó explicado suficientemente en párrafos anteriores.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 30 de marzo de 2012 emitida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Panalpina S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

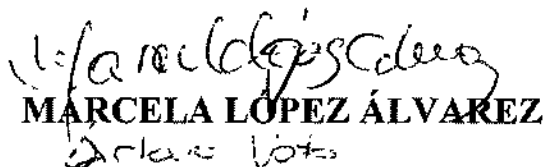
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Diana Voto



ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-004-2005-01768-01.



SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C., primero (1) de noviembre de dos mil trece (2013)

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-23-31-004-2005-01768-01
Demandante : Panalpina S.A.
Demandado : DIAN

A continuación me permito exponer las razones por las que aclaro la decisión adoptada por la Sala mayoritaria de Descongestión, plasmada en sentencia del veinticuatro (24) de octubre de 2013 en el asunto de la referencia, así:

Consideró la Sala entre otros argumentos, que dentro del presente asunto no había duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Panalpina S.A., puesto que la mercancía objeto de esta modalidad fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada. Así mismo, que la omisión en que incurrió la empresa transportadora en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de 980 cajas y no de 811 tal como fue entregada.

Pues bien en esencia la suscrita comparte lo decidido en la sentencia, sin embargo cabe precisar que la sociedad actora en su introductorio señaló entre otros argumentos que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora, toda vez que la mercancía de referencia ingresó al territorio nacional mediante contenedor que tiene un tratamiento de bulto o consolidado, dado que la modalidad del transporte se dio en términos FCL (Full Container Load) por lo que, dicho transporte se dio bajo su propia cuenta, riesgo y cantidad, sin la participación del agente o del transportador, tal como proviene el artículo 871, 1010, 1011, 1615, 1616 del Cco.; Circular 0188 de 26 de julio de 1999.

De otro lado, argumentó que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió, es decir, que la entregó en el Depósito Aduanero autorizado, el contenedor en buen estado, con el precinto de seguridad intacto y dentro del plazo autorizado en la Continuación de Viaje N° 2282 del 04 de junio de 2004, por consiguiente, esta mercancía es considerada bulto.

Conforme a lo anterior, se tiene que el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, dispone que **BULTO** "Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías

Aclaración de voto

Dte Corporación Colombiana de Logística S. A.

Ddo DIAN

Rad: 13-001-33-31-011-2007-00153-02

Página 2 de 2

acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte".

Para la suscrita es claro de acuerdo con el Decreto 2685 de 1999 y la Circular 188 de 2000, el contenedor puede ser considerado como bulto siempre y cuando éste se encuentre amparado en un solo documento de transporte; dirigido a un solo consignatario y se trate de carga consolidada y el contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

De las pruebas obrantes en el expediente se aprecia sin mayor duda que la mercancía en cita no cumple con los presupuestos para ser considerado como bulto el contenedor; como quiera que al revisar el documento transporte No. PONLBUE00552212 del 02 de junio de 2004 (fl. 29); se observa que éste se suscribió a nombre de dos consignatarios y no de uno como lo estableció la norma.

En ese orden aclaro mi decisión en el sentido que indistintamente que la mercancía haya llegado con menos cantidad a la aduana de destino, igualmente el documento de transporte no cumplió con los lineamientos expuestos en el Dto. 2685 de 1999 y la Circular 0188 de 2000, para ser considerado el contenedor como bulto y en consecuencia aplicarle el beneficio que ésta contiene frente al transportador de la mercancía, cuando la misma llega a su destino con inconsistencias; por consiguiente, pese a que los sellos prensados estaban intactos, el documento transporte no se diligenció de forma que permita considerar el beneficio, por lo que en este caso la infracción administrativa impuesta a la actora está ajustada al ordenamiento, al entregarse menos cantidad de mercancía que la consignada en los documentos que amparaban la operación; sin lugar a dudas incurre en una transgresión de la norma aduanera.

En esas condiciones aclaro mi voto.



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

Magistrada No. 003 de Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1307
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDINO GALLO
DEMANDANTE	: R-C-L CARGO TRANSPORTES S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2008-00169-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIEZ (10) 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. 1 -

Cartagena D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **RCL Cargo Transportes S.A.**
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**
Expediente : **13-001-33-31-009-2008-00169-02**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2012, por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por la Compañía RCL Cargo Transportes S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

ANTECEDENTES

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Requerimiento Especial Aduanero 000194

de 26 de noviembre de 2007, por medio del cual, la DIAN propone una sanción contra la parte demandante; Resolución 000166 de 30 de enero de 2008, mediante la cual, impone la sanción propuesta y, Resolución 000840 de 09 de mayo de 2008, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por el Grupo Infracciones Aduaneras, la División de Liquidación y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que cumplió con las obligaciones derivadas de su actuación en la operación de tránsito aduanero y, por tanto, no se encuentra obligada a pago alguno a favor de la DIAN en virtud de los actos enjuiciados. Además, pide que se declare que Seguros del Estado S.A., tampoco se encuentra obligado a realizar ningún pago como consecuencia de haber expedido la Póliza 073301969.

También requiere que en el evento que en el trámite del proceso se vea avocada al pago de las sumas mencionadas, se ordene al ente demandado devolvérselas debidamente indexadas de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor (IPC), certificado por el DANE entre la fecha del pago y la devolución real del dinero, junto con los intereses moratorios.

Por último, pide que se condene a la entidad accionada al pago de costas y agencias en derecho.

HECHOS

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

Señala la parte actora, que el día 18 de septiembre de 2007 la Aduana de Cartagena de Indias le aceptó y autorizó la Continuación de Viaje 0600407N011151 y número de aceptación 607013993. Relata que recibió en

la aduana de partida una unidad de carga sellada y con Precinto 01183030, consistente en el contenedor INKU2543225 de 40 pies y luego inició su recorrido hacia la ciudad de Bogotá, la cual entregó en el mismo estado con el precinto en perfectas condiciones.

Afirma, que el día 27 de septiembre de 2007 el Coordinador de Inspecciones Físicas de Zona Franca de la DIAN en Bogotá, informó a la Jefe del Grupo Interno de Trabajo de dicha zona franca que el día anterior se generó una inconsistencia por presentarse supuestamente faltante de bultos en la recepción del mencionado tránsito aduanero.

En virtud de ello, el ente demandado profirió el Requerimiento Especial Aduanero 000194 de 26 de noviembre de 2007, proponiendo una sanción en su contra por valor de treinta millones trescientos cincuenta y nueve mil pesos M/Cte (\$30.359.000,00), por haber incurrido en la infracción establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, pero a su juicio, dicho acto fue expedido pasados los treinta (30) días que establece el artículo 17 del Decreto 4431 de 2004 para ello.

Con posterioridad, por medio de Resolución 000166 de 30 de enero de 2008, la entidad demandada le impuso la sanción propuesta y, luego, a través de Resolución 000840 de 09 de mayo de 2008 confirmó la decisión anterior al resolver negativamente el recurso de reconsideración que había interpuesto la parte accionante contra el acto administrativo sancionatorio.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que la administración no tuvo en cuenta que la fecha real del Acta de Inventario e Inconsistencias 20079317 es el 27 de septiembre de 2007, por lo que sólo tenía plazo para formular el requerimiento especial aduanero hasta el día 13 de noviembre de 2007 y como sólo fue notificada hasta el 29 de noviembre de 2007, concluye que tal situación desborda desde todo punto de vista el cumplimiento de la normatividad aduanera.

Arguye, que fue vulnerado su derecho al debido proceso al no practicar la DIAN las pruebas solicitadas y aportadas en el recurso de reconsideración, que demuestran plenamente la existencia del cumplimiento de entrega de las mercancías a recibir, las cuales, señalan claramente que en la zona franca de Bogotá el embalaje de la mercancía corresponde a un bulto y, de igual forma, se ignoró que en la Carta de Porte de 21 de septiembre de 2007 y en documento denominado B/L 38461592007, se describe como cantidad de bultos un (1) contenedor de cuarenta (40) pies INKU2543225 debidamente sellado y precintado, lo que demuestra que no era carga a granel, siendo por lo tanto improcedente la verificación que de su peso se hizo en la aduana de destino.

Explica, que a la luz de los artículos 1° del Decreto 2685 de 1999 y 1027 del Código de Comercio, si el contenedor se recibe sellado y precintado y al momento de revisión en el lugar de destino la autoridad aduanera no encuentra ninguna novedad al respecto, mal haría en establecer anomalías que rompen con la respectiva consecución de las situaciones fácticas encontradas.

Que no es cierto que en el *sub examine* el contenedor en el que se transportó la mercancía objeto de debate no reúne los requisitos señalados en las disposiciones mencionadas, porque según venía dirigido a varios consignatarios, explicando que Monasterio Ltda., es el importador de la mercancía y se tiene como dirección de entrega de la misma Intertrading Zona Franca.

Por otro lado, dice que la administración aduanera para imponer la sanción se basa en un acta de inconsistencias inexistente, ya que señala el número 060051 de 11 de octubre de 2007, siendo que la supuesta inconsistencia se encontró el 26 de septiembre de 2007, además, reitera que no se transportaba carga a granel sino una unidad de carga.

Asimismo, anota que de conformidad con el artículo 29 de la Resolución 5644 de 2000, la competencia para adelantar el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones aduaneras corresponde a la autoridad del domicilio fiscal del encartado, siendo para el caso en concreto la ciudad de Bogotá. Significa lo anterior, que las decisiones adoptadas en los actos administrativos censurados no se ajustan a derecho, en vista de la incompetencia con la que actuó la aduana de Cartagena de Indias.

Concluye diciendo, que los datos consignados en la declaración de tránsito aduanero son responsabilidad del declarante y no del transportador, que por tanto, este último no participó en la elaboración de la referida declaración y sólo se limitó a recibir en la aduana de partida una unidad de carga sellada.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de 15 de diciembre de 2008 (fls.95 - 96), ordenándose la vinculación de la Compañía Seguros del Estado S.A., siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Director Seccional en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.101), al representante legal de la compañía aseguradora (fl.253) y al Agente del Ministerio Público.

Dentro del término de fijación en lista, la entidad accionada contestó la demanda (fls.256 - 274), oportunidad en la que expresó que el requerimiento especial aduanero es un acto de trámite que carece de una decisión definitiva creadora de una situación jurídica particular y concreta, el cual, según el Concepto Jurídico 224 de 2001 expedido por la DIAN, puede ser proferido después de transcurrido el término de treinta (30) días previsto para tal efecto.

En lo que concierne a la aplicación del concepto de contenedor como buño, señala que contrario a lo expresado por el demandante, no se cumple con uno de los requisitos establecidos por la doctrina aduanera para su procedencia,

como lo es el hecho de que la mercancía viene consignada a más de una persona, de manera que resulta inaplicable el referido concepto en el *sub examine*.

Alega, que de conformidad con lo establecido en el numeral 7.1 de la Resolución 7 de 04 de noviembre de 2008, expedida por la DIAN, la Dirección Seccional de Cartagena de Indias si es competente para sancionar a la sociedad demandante, debido a que la infracción cometida se detectó en ejercicio del control simultáneo de la operación aduanera.

Esgrime, que en el asunto de marras está demostrado que la parte actora actuó como transportador en el tránsito aduanero autorizado mediante DTA 0600407N011151, con seiscientos sesenta y seis (666) bultos contentivos de artículos de navidad con destino a la Zona Franca en Bogotá, donde llegó con un (1) bulto menos, que en esta clase de artículos es muy representativo, situación que encuadra claramente dentro de la descripción típica de la infracción administrativa prevista en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Que mientras la legislación aduanera mantenga como parámetro para medir el cumplimiento de la obligación aduanera a cargo del transportador, los datos consignados en la continuación de viaje, la información que en ella se consigne es la que marcará la pauta para determinar si el transportador cumplió con la entrega completa de la mercancía ante la aduana de destino, de manera que independientemente del contrato privado que celebre con el consignatario o con el operador logístico, por ley el transportador responde por la cantidad de mercancía que se anuncie en la declaración de tránsito aduanero y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es real.

Finalmente, propone la excepción de "*Ineptu demanda por falta de integración del litisconsorcio*", basada en que los actos acusados tienen interés

tanto para la sociedad accionante como para la Compañía Seguros del Estado S.A., ya que esta última fue quien expidió la póliza que garantizaba a la DIAN la entrega de la mercancía transportada y el pago de los tributos aduaneros y demás obligaciones a cargo de la primera en la ejecución del régimen de tránsito aduanero; no obstante lo anterior, la empresa aseguradora no ha sido vinculada al proceso, por lo que considera que se encuentra configurada la excepción propuesta.

Mediante auto de fecha 12 de octubre de 2011 (fls.431 – 432), el juzgado prescinde del periodo probatorio y, acto seguido, con proveído del día 26 del mismo mes y año (fl.433), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en su defensa (fls.434 – 442); la parte demandante hizo lo propio mediante memorial visible a folios 443 a 457; el Ministerio Público guardó silencio.

Luego, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8377 de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue repartido al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena (fls.459 - 460).

EL FALLO RECURRIDO

(fls.462 - 476)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* concedió las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, despacha desfavorablemente la excepción propuesta y, acto seguido, señala que sólo los términos para decidir de fondo son perentorios, dentro de los cuales no se pueden incluir extensivamente aquellos que sólo determinan trámites para el desarrollo del procedimiento administrativo aduanero, por lo que no puede deducirse que el término fijado en el artículo

509 del Decreto 2685 de 1999 para la formulación del requerimiento especial aduanero sea perentorio y, por tanto, su incumplimiento genere el silencio administrativo positivo que prevé el artículo 519 *ibidem*.

Plantea, que en el Documento de Viaje B/L 38461592007 aparecen registrados dos consignatarios, cuales son El Monasterio Ltda. / Intertrading-Zona Franca, con lo cual deja de cumplir el contenedor con la condición de venir consignado a una sola persona natural o jurídica para ser considerado como bulto.

Por otro lado, relata que del material probatorio allegado al expediente, se puede observar, que a la aduana de destino llegaron menos bultos de los consignados en la declaración de tránsito aduanero y/o cabotaje, por lo que el transportador estaría incurriendo en el supuesto de hecho contenido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Estatuto Aduanero. Sin embargo, pone de relieve que el Precinto 01183030 no fue violentado en el transcurso del régimen de tránsito, por lo que no se podría imputar responsabilidad al transportador por la falta de bultos, toda vez que al encontrarse los precintos en buen estado, se confirma que la carga no fue objeto de manipulación por parte del demandante.

A su vez, manifiesta que aunque la norma establece una sanción al transportador por la entrega de menos mercancía de la consignada, la imposición de la misma no puede responder a criterios de responsabilidad objetiva, porque el supuesto de hecho está sujeto a lo que se logre probar o demostrar en el proceso.

Concluye, que al encontrarse los precintos en buen estado no se puede establecer que el faltante se debió a la responsabilidad del transportador, toda vez, que recibió una carga en la aduana de partida con el Precinto 01183030 y la aduana de destino confirmó que este último llegó en buen estado, por lo que sería ilógico que si el contenedor permaneció sellado durante el tránsito, se

pueda imputar responsabilidad por un faltante que se generó durante su transporte.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN

(fls.478 – 481)

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

En primer lugar, expresa que el Estatuto Aduanero establece una clara obligación a cargo de quien realiza una continuación de viaje, la cual consiste en culminar el tránsito aduanero entregando la totalidad de la carga que salió de la aduana de partida, dentro del término otorgado para ello y en iguales condiciones, por tanto, considera que no puede el *a quo* desconocer la responsabilidad en cabeza del accionante, sólo por el hecho de que los precintos llegaron intactos al lugar de destino, mucho más cuando ésta es una de las obligaciones a cargo del operador de transporte multimodal dentro de una operación de tránsito, ya que los precintos deben llegar en las mismas condiciones en las que se encontraba desde la aduana de salida y el hecho de que estos lleguen adulterados o averiados acarrea la imposición de unas sanciones dentro del régimen sancionatorio aduanero.

Concluye reiterando, que mientras la legislación aduanera mantenga como parámetro para medir el cumplimiento de la obligación aduanera a cargo del transportador, los datos consignados en la continuación de viaje, la información que en ella se consigne es la que marcará la pauta para determinar si el transportador cumplió con la entrega completa de la mercancía ante la aduana de destino, de manera que independientemente del contrato privado que celebre con el consignatario o con el operador logístico, por ley el transportador responde por la cantidad de mercancía que se anuncie en la declaración de tránsito aduanero y está de su cuenta tomar medidas para constatar que esa cantidad es real.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación presentado por la parte demandada fue concedido por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante acta de conciliación judicial de fecha 13 de agosto de 2012 (fl.497).

Por medio de proveído del 22 de abril de 2013 (fl.509), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 12 de junio del mismo año (fl.511), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual, la parte demandante reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.512 – 515); la parte demandada a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.516 – 520). El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA.

La doctora Marcela López Álvarez, quien integra esta Sala de Decisión, manifiesta encontrarse incurso en la causal de impedimento establecida en el numeral 2º del artículo 150¹ del Código de Procedimiento Civil, toda vez, que conoció del presente proceso en primera instancia al fungir como Juez Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha expresado lo siguiente²:

¹ "Artículo 150. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

² Haber conocido del proceso en instancia anterior el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente " (Subrayado fuera de texto)

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 10 de julio de 2012, Exp. 000-2012-00059-00, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

“...Se aclara que la expresión “haber conocido el proceso en instancia anterior”, se refiere a quien estando investido de las calidades de funcionario judicial³ se haya pronunciado mediante providencia sobre el fondo de la controversia o sobre asuntos accidentales pero esenciales de la misma⁴...”
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Al ser revisado el expediente, se observa, que la actuación realizada en primera instancia por la doctora Marcela López Álvarez se circunscribe al auto admisorio de la demanda (fls.95 – 96), el cual, a juicio de la Sala, no se encuentra enmarcado en ninguna de las situaciones señaladas en la jurisprudencia previamente trascrita, motivo por el cual, no se aceptará el impedimento alegado por la magistrada.

PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es responsable el transportador de incumplir el régimen de tránsito aduanero, cuando entrega la mercancía con un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos que desde el inicio amparan dicha operación, teniendo en cuenta que los precintos colocados en el contenedor llegaron en buen estado a la aduana de destino?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de transportadora de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El régimen de tránsito aduanero se encuentra expresamente definido en el artículo 353 del Decreto 2685 de 1999, que a su tenor reza:

³ El artículo 125 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, señala que tienen la calidad de funcionarios los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales

⁴ En similar sentido Ver. LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio *Procedimiento Civil Tomo I* Dupré Editores Bogotá D.C., 2005 Pág. 234, AZULÁ Canache Jaime *Manual de Derecho Procesal Tomo II Temis S.A Bogotá D.C.* 2000 Pág. 272

“Artículo 353.- Definición. Es la modalidad que permite el transporte terrestre de mercancías nacionales o de procedencia extranjera, bajo control aduanero, de una Aduana a otra situadas en el territorio aduanero nacional.”

A su vez, el artículo 356 *ibídem*, para la época en que ocurrieron los hechos y antes de la modificación introducida por el Decreto 2883 de 2008, acerca de las responsabilidades originadas en el régimen de tránsito aduanero preceptuaba:

“Artículo 356.- Responsabilidades...

...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En lo que respecta a las causales de finalización del régimen de tránsito aduanero, señala el decreto, lo siguiente:

“Artículo 369.- Finalización de la modalidad. La modalidad de tránsito aduanero finaliza...

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...”

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, que en lo pertinente al caso bajo estudio, establece:

“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...

...3.1.1. Entregar la mercancía objeto del régimen de Tránsito Aduanero con menos peso o cantidad del consignado en la Declaración de Tránsito Aduanero...” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que la responsabilidad de las empresas transportadoras en el régimen de tránsito aduanero es una muy específica, cual es, entregar la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

De igual manera, se tiene, que este régimen especial culmina, entre otras situaciones, por la entrega de la mercancía con menos peso o cantidad de la descrita en la declaración de tránsito aduanero, es decir, con el incumplimiento del transportador.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si la parte actora se encuentra incurso en la conducta sancionable que se le endilga o, si por el contrario, cumplió a cabalidad con los deberes propios de los operadores de transporte multimodal en el régimen aduanero bajo análisis.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fl.107: Acta de Inconsistencias 060051 de 11 de octubre de 2007, diligenciada por la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Bogotá, en la que señala que la mercancía amparada en el DTA 0600407N011151 y Documento de Transporte 38461592007, arribó con cantidad inferior a la registrada, específicamente siete (7) bultos correspondientes a adornos de navidad, siendo recibidos sólo seiscientos cincuenta y nueve (659) bultos.

-fl.108: Oficio DO2308 de 27 de septiembre de 2007, suscrito por el Coordinador Inspecciones Físicas de la Zona Franca Bogotá, mediante el cual, pone de manifiesto que la mercancía amparada en Documento de Transporte 38461592007, llegó con un faltante de siete (7) bultos respecto a los consignados en la DTA, que eran seiscientos sesenta y seis (666), siendo efectivamente recibidos seiscientos cincuenta y nueve (659).

-fl.109: Declaración de Tránsito Aduanero 0600407N011151, la cual, en su casilla 61, consigna que la mercancía consta de seiscientos sesenta y seis (666) bultos.

-fl.110: Documento de Transporte B/L 38461592007, en el que consta que la mercancía importada constaba de seiscientos sesenta y seis (666) bultos con artículos de navidad.

-fl.116: Planilla de Recepción 032007100104316, en la que se deja constancia que la mercancía objeto de controversia presentó inconsistencias en el número de bultos recibidos.

-fl.117: Acta de Inventario e Inconsistencias 20079317 expedida por la Zona Franca Bogotá, en la que deja sentado que la mercancía materia de discusión a pesar de haber llegado con los precintos en buen estado presentó un faltante de siete (7) bultos, ya que en la DTA se registraron seiscientos sesenta y seis (666) y fueron recibidos seiscientos cincuenta y nueve (659).

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia fue declarada a través del DTA con número de aceptación 0600407N011151, en la que quedó registrado que el número de bultos a transportar era de seiscientos sesenta y seis (666).

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Documento de Viaje B/L 38461592007, lo que permite inferir a esta corporación que efectivamente

la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por seiscientos sesenta y seis (666) bultos.

Las anteriores pruebas, no dejan manto de duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad RCL Cargo Transportes S.A., pues salta a la vista que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2º del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Ahora bien, contrario a lo expuesto por la juez de primera instancia, se debe precisar que el hecho de que los precintos con los cuales fue sellado el contenedor en el que se embaló la mercancía para ser transportada, hayan llegado en buen estado, no indica que la compañía transportadora se encuentre exonerada de la responsabilidad derivada del faltante de bultos que se registró y comprobó en la aduana de destino, puesto que lo primero constituye una obligación adicional a la de entregar la mercancía en las mismas condiciones a las recibidas, cuyo incumplimiento da origen a una sanción diferente a la analizada en el asunto de marras.

En un caso similar al *sub examine*, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, hizo las siguientes precisiones⁵:

“...En sentencias de 7 de marzo de 2002⁶, 22 de abril de 2004⁷ y 2 de marzo de 2006⁸ y, al decidir acciones análogas a la presente, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto del cargo que vuelve a plantearse y lo desvirtuó con los razonamientos que reitera, por ser enteramente aplicables a la cuestión que en el sub-iudice se controvierte. Dijo la Sala:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 02 de diciembre de 2010, Exp. 2003-00302-01, C.P. María Claudia Rojas Lasso

⁶ Expediente 7163 M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero

⁷ Expediente 7791 M.P. Dr. Camilo Acamegas Andrade

⁸ Expediente 8471 M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo

«En el presente caso, si bien no puede imputarse a la empresa transportadora de manera directa el exceso del peso encontrado al arribar la mercancía a la ciudad de Medellín, que desde el embarque de la mercancía en la ciudad de Cartagena figuraba en 9.330 kilos, como consta en el Manifiesto de Carga expedido en la ciudad de partida, y aunque el artículo 1027 del C. de Co. establece que "Cuando las cosas a transportar consistan en contenedores, paletas, guacales y en general, unidades cerradas, selladas o precintadas, éstas se considerarán como unidad de carga y deberán ser entregadas por el transportador en el mismo estado en que las recibe", no lo es menos que el artículo 3 del Decreto 1909 de 1992 señala que son responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía e, igualmente, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

De manera que no se puede exonerar de responsabilidad a las empresas de transporte respecto de la determinación del peso de la mercancía que transportan, pues, dentro del giro de la actividad que realizan, deben constatar los datos consignados en la respectiva declaración de tránsito aduanero, especialmente el peso de la mercancía, ya que se trata de mercancía sin nacionalizar; el hecho de recibir y de entregar el medio de transporte precintado no exonera de responsabilidad aduanera porque no se le está sancionando por introducir mercancías al vehículo que la transporta sino por la omisión de verificar el peso de la mercancía que se compromete a entregar a la aduana de destino.

La Sala ya se había pronunciado sobre el tema aquí tratado de la siguiente manera.⁹

Recuérdese que las mercancías que se transportan bajo el régimen de Tránsito Aduanero son mercancías que no han sido inspeccionadas en la forma en que se requiere para efectuar la nacionalización, pues apenas llegadas al territorio nacional son conducidas hasta la Zona Franca o al Depósito autorizado, es decir, como no han cancelado los tributos aduaneros la aplicación de dicho régimen debe ser en todo estricto.

⁹ Expediente 7377, sentencia de abril 4 de 2002. Magistrada Ponente, doctora Olga Inés Navarrete Barrero

Por lo tanto, era obligación del transportador verificar qué era lo que transportaba, máxime si, como lo enseñan las normas que contienen las obligaciones aduaneras de las empresas transportadoras, constituye una falta administrativa transportar exceso de mercancía no nacionalizada, en cuanto al número de bultos o en cuanto a su peso. El hecho de que otras personas respecto de las cuales también se les exige el acatamiento de obligaciones aduaneras hayan omitido sus responsabilidades, o que otra persona diferente al transportador haya diligenciado la Declaración de Tránsito Terrestre no enerva la responsabilidad de la empresa actora, pues, si en el simple contrato de transporte de mercancías el transportador se obliga a desplazar de un lugar a otro, por el medio determinado y dentro del plazo fijado, y a entregarlas a su destinatario, a cambio de un precio llamado flete o porte, lo que implica que el transportador en todo momento conserva el poder de dirección, de control, de gestión de la operación del desplazamiento, dominio que justifica la responsabilidad que pesa sobre él a partir del momento en que se hace cargo de la mercancía, con mayor razón, como ya se ha precisado, cuando se trata de transporte de mercancías extranjeras que han ingresado al país y que se deben entregar en la Aduana de Destino o en el depósito autorizado, la obligación del transportista incluye la verificación de los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero, sin que sea de recibo el hecho de que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió pues el contenedor que la condujo llegó con los precintos colocados por funcionarios de la aduana de partida.

Tanto es así, que la Declaración de Tránsito Aduanero ostenta el mismo valor del manifiesto de carga. Si bien es cierto que en el caso de éste último es la empresa transportadora quien expide el documento y, por ende, es responsable de la veracidad del contenido del mismo, aunque en el caso en estudio no fue la actora quien elaboró y presentó ante las autoridades aduaneras la Declaración, no por ello puede eximirse de responsabilidad frente a la contravención aduanera que se le imputa...»
(negrilla fuera de texto)

Para la Sala, la circunstancia de que el transportador diligencie la DTA con base en la información que le suministra el declarante o importador de la

mercancía, no lo exime de responsabilidad por las faltantes en el número de bultos advertida por parte de la DIAN al arribo de la mercancía a la aduana de destino, pues está obligado a verificar no solamente el peso de la mercancía sino la cantidad que en virtud del contrato de transporte se obliga a entregar en esta última.

La actora sostiene que la conformidad entre la cantidad consignada en la declaración y la que arroje la mercancía en la verificación es responsabilidad del declarante habida cuenta de que realizó el tránsito aduanero de la mercancía en un contenedor cerrado, precintado y sin inventariar, que transportó y entregó cerrado, con el precinto aduanero intacto, sin inventariar y con el peso que figuró en Cartagena.

Para la Sala no es válido el argumento expuesto por la actora, pues fue precisamente esta la omisión que acarreó la sanción. Como quedó visto, para que la actora en su calidad de transportadora pudiera exonerarse de responsabilidad por las faltantes advertidas, no bastaba con que hubiese pesado la mercancía en la báscula de la Aduana de Partida (Cartagena). Era indispensable poner en conocimiento de la autoridad aduanera en ese momento, la diferencia advertida y que en la DTA se registrara en forma expresa la cantidad real de la mercancía, para así corregir la inexactitud del dato consignado en relación con la cantidad.” (Subrayado fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de la Sala, la DIAN actuó apegada a las disposiciones que regulan la materia, por ello, ante el incumplimiento probado de la parte actora de entregar la mercancía completa conforme la recibió en la aduana de partida, lógica conclusión es la actualización de las consecuencias de derecho que se derivan de dicho incumplimiento.

Como corolario de lo anterior, se tiene, que la omisión en que incurrió la empresa transportadora en advertir desde un inicio el faltante de bultos en la mercancía transportada, hace colegir a la Sala, que la mercancía inicial si constaba de seiscientos sesenta y seis (666) bultos y de no de seiscientos cincuenta y nueve (659) tal como fue entregada, lo que denota que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de revocarse la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se denegarán.

Por último, en cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo “...*el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso. Incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil*”. En el *sub lite* no se evidencia en la actitud de la parte demandante temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de 30 de marzo de 2012 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad RCL Cargo Transportes S.A., contra la DIAN y, en su lugar se dispone:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad RCL Cargo Transportes S.A., en contra de la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida.

TERCERO: NO ACEPTAR el impedimento manifestado por la doctora Marcela López Álvarez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el remanente al demandante si lo hubiere y ARCHIVAR el expediente.”

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

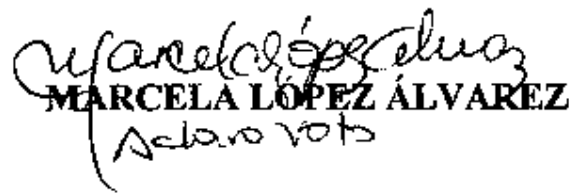
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

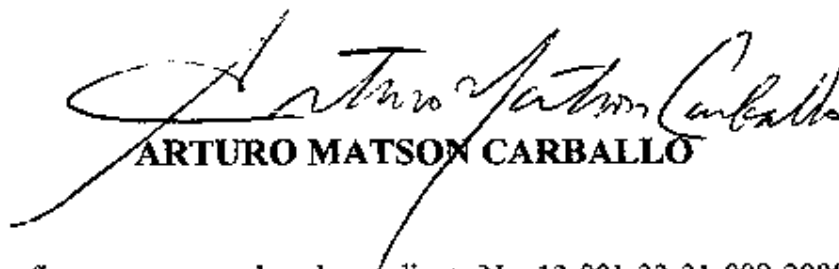
LOS MAGISTRADOS



JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Adelante voto



ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-009-2008-00169-02.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias D.T. y C., veintiocho (28) de octubre de dos mil trece (2013)

ACLARACIÓN DE VOTO

Magistrada : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-33-31-009-2008-00169-02
Demandante : RCL Cargo Transportes S.A.
Demandado : DIAN

A continuación me permito exponer las razones por las que aclaro la decisión adoptada por la Sala mayoritaria de Descongestión, plasmada en sentencia del diez (10) de octubre de 2013 en el asunto de la referencia, así:

Consideró la Sala que no había duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad RCL Cargo Transportes S.A., puesto que la mercancía objeto de esta modalidad fue entregada con menor cantidad de bultos a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada; configurándose la hipótesis normativa contenida en el inciso 2º del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

Pues bien en esencia la suscrita comparte lo decidido en la sentencia, sin embargo cabe precisar que la sociedad actora en su introductorio señaló entre otros argumentos que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora, toda vez que la mercancía de referencia ingresó al territorio nacional mediante contenedor que tiene un tratamiento de bulto o consolidado, dado que la modalidad del transporte se dio en términos FCL (Full Container Load) por lo que, dicho transporte se dio bajo su propia cuenta, riesgo y cantidad, sin la participación del agente o del transportador, tal como proviene el artículo 871, 1010, 1011, 1615, 1616 del Cco.; Circular 0188 de 26 de julio de 1999.

De otro lado, argumentó que entregó la mercancía en el mismo estado en que la recibió, es decir, que la entregó en el Depósito Aduanero autorizado, el contenedor en buen estado, con el precinto de seguridad intacto y dentro del plazo autorizado en la Continuación de

Viaje N° 0600407N011151 del 18 de septiembre de 2007, por consiguiente, esta mercancía es considerada bulto.

Conforme a lo anterior, se tiene que el artículo 1° del Decreto 2685 de 1999, dispone que **BULTO** *“Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”.*

Para la suscrita es claro de acuerdo con el Decreto 2685 de 1999 y la Circular 188 de 2000, el contenedor puede ser considerado como bulto siempre y cuando éste se encuentre amparado en un solo documento de transporte; dirigido a un solo consignatario y se trate de carga consolidada y el contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

De las pruebas obrantes en el expediente se aprecia sin mayor duda que la mercancía en cita no cumple con los presupuestos para ser considerado como bulto el contenedor; como quiera que al revisar el documento de embarque No. 38461592007 (fl. 110); se observa que éste se suscribió a nombre de dos consignatarios (Monasterio Ltda. y Intertrading- zona franca) y no de uno como lo establece la norma, por lo que, en este caso acogiendo la decisión proferida por el juez *a quo*, resulta inaplicable el contenido de la norma que se cita como violada, como quiera que el documento de transporte no fue dirigido a un solo consignatario.

Ahora bien, la parte actora en su libelo advierte que el documento de embarque si está dirigido a un solo consignatario, debido que la sociedad Monasterio Ltda es la empresa importadora, mientras que intertrading zona franca, es el lugar donde se entrega la mercancía.

Pues bien a juicio de la suscrita dicho argumento no está llamado a prosperar en este caso, por cuanto el conocimiento de embarque o Bill Of Lading, claramente exige en la casilla respectiva el nombre y dirección del consignatario, es decir de la persona que recibirá la mercancía importada y si en ella, la actora señala a dos sujetos, es de entender que dicha mercancía se dirigirá para uno u otro consignatario, es decir, en este caso la mercancía se dirigió para los dos consignatario de referencia, por lo que la parte interesada no debió quedarse en afirmaciones sino demostrar con elementos de juicio suficientes, las calidades que alega respecto de los que aparecen como consignatarios en el mencionado documento; pruebas que se echan de menos en el plenario quedando los argumentos respecto de este tópico en meras enunciaciones.

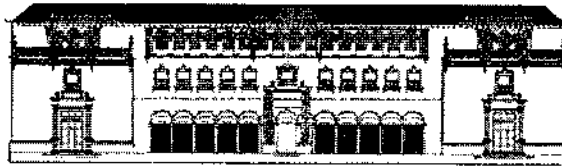
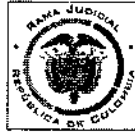
En ese orden aclaro mi decisión en el sentido que indistintamente que la mercancía haya llegado con menos cantidad a la aduana de destino, igualmente el documento de transporte no cumplió con los lineamientos expuestos en el Dto. 2685 de 1999 y la Circular 0188 de 2000, para ser considerada la mercancía como bulto y en consecuencia aplicarle el beneficio que esta contiene frente al transportador de la mercancía, cuando la misma llega a su destino con inconsistencias; por consiguiente, pese a que los sellos prensados estaban intactos, el documento transporte no se diligenció de forma que permita considerar el contenedor como bulto, por lo que en este caso la infracción administrativa impuesta a la actora está ajustada al ordenamiento, al entregarse menos cantidad de mercancía que la consignada en los documento que amparaban la operación; sin lugar a dudas incurre en una transgresión de la norma aduanera.

En esas condiciones aclaro mi voto.



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ

Magistrada No. 003 de Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1308
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: FREDDY VARGAS BLANQUICETH
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2011-00095-01
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 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 001-

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

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante: **Fredy Vargas Blanquiceth**
Demandado: **Ministerio de Defensa-Policía Nacional**
Expediente: **13-001-33-31-006-2011-00095-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de agosto de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se deniegan las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El señor Fredy Vargas Blanquiceth, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable las siguientes:

2. PRETENSIONES

Se declare la nulidad del Oficio 13676 de 19 de junio de 2009 por medio del cual se negó el reconocimiento de pensión de invalidez y el consecuente pago del retroactivo desde el momento en que fue desvinculado del servicio en marzo de 2006.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la accionada a reconocerle pensión de invalidez desde el momento de su desvinculación esto es 24 de marzo de 2006.

3. HECHOS

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Fredy Vargas Blanquiceth prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 1 de octubre de 1992 hasta el 24 de marzo de 2006, acumulando un tiempo de 14 años de servicio.

Que el señor Fredy Vargas Blanquiceth sufrió un accidente de tránsito el 12 de diciembre de 1995, el cual fue calificado por Acta de Junta Medico Laboral No. 025 como accidente en el servicio pero no por causa del mismo, en el que se estableció una pérdida de capacidad laboral de 55.12%.

Continuó vinculado al servicio, hasta el 24 de marzo de 2006, fecha en la cual fue desvinculado discrecionalmente, ante lo cual fue calificado nuevamente mediante Acta de Junta Medico Laboral de fecha 13 de julio de 2006, aumentándose en porcentaje de pérdida de capacidad laboral, que alcanzó un 71.83%.

Mediante reclamación de 26 de mayo de 2008, solicito a la entidad accionada el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez y retroactivo pensional desde el momento de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, solicitud que fue resuelta negativamente mediante Oficio 13676 de 19 de junio de 2009.

Manifiesta que interpuso acción de tutela a través de la cual se ordenó el amparo transitorio de sus derechos fundamentales.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 5 de septiembre de 2011 (fl. 116), y fue fijada en lista, término dentro del cual se pronunció la demandada oponiéndose a los hechos y pretensiones de la demanda, y así mismo propuso las excepciones de falta de agotamiento de conciliación prejudicial, caducidad de la acción, inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Posteriormente a través de auto de 22 de febrero de 2012 (fl.154) se dio apertura al periodo probatorio, y mediante providencia de 23 de abril de 2012 (fl. 164) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual las partes ratificaron los argumentos expuestos en la demanda y la contestación, por su parte el Ministerio Público guardó silencio.

5. EL FALLO RECURRIDO

En la sentencia de primera instancia el *a quo* denegó las pretensiones de la misma, basado en lo siguiente:

Señaló que, no encontró demostrado que el régimen especial que le es aplicable al demandante como miembro de la fuerza pública sea menos favorable que el régimen común previsto en la Ley 100 de 1993.

Manifestó que el régimen jurídico aplicable a la situación pensional del actor no es el decreto 4433 de 2004, pues los hechos sucedidos en el servicio o en simple actividad como es del caso, se presentaron en 1995, antes del 7 de agosto de 2002, y bajo la vigencia del Decreto 094 de 1989.

Al entrar a estudiar si en virtud del principio de favorabilidad debe aplicarse al actor el régimen común y pensionarlo bajo el imperio de este, estimó el a quo que la favorabilidad no puede entenderse en los alcances planteados en la demanda, pues por un lado la diferencia de regímenes ha sido justificada por la Corte Constitucional lo que impide admitir que existe conflicto entre el régimen común y el especial, y por otro el hecho de ordenar que se reconozca pensión de invalidez bajo el régimen de la Ley 100 de 1993, perjudicaría los derechos del demandante quien se vería abocado a acogerse a la integridad de este estatuto a todas luces con menos beneficio que especial.

En efecto señaló que según lo dispuesto en el artículo 89 del Decreto 0094 de 1989, solo se tendrá derecho a la pensión de invalidez cuando la pérdida de capacidad laboral sea igual o superior al 75%, porcentaje que no alcanzó a superar el actor. (fls.177-190)

6. RECURSOS DE APELACIÓN

Mediante escrito de 28 de septiembre de 2012, el demandante a través de su apoderado judicial interpuso y sustentó el recurso de apelación pidiendo revocar la sentencia proferida por el a quo.

Señaló como fundamentos de la violación el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, según el cual el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, para acceder al derecho de pensión de invalidez, es del 50%, fundamento de derecho que riñe directamente con el señalado por la entidad demandada el cual, dicho sea de paso, coloca en situación desfavorable al demandado, quien tiene una calificación definitiva muy cercana al límite de la norma invocada

por la demandada, y sin embargo siendo muy superior al límite señalado por la Ley 100 de 1993, no se le reconoce el derecho evidentemente conculcado.

Igualmente señaló como fundamento de derecho diferentes fallos de la Corte Constitucional, tales como sentencias T-892 de 2005, T-246 de 1996 y T-144 de 1995.

Así mismo manifestó puso de presente que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad", se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador.

Señala que en el caso concreto ha de aplicarse el principio de favorabilidad al actor, pero que siendo un exagente de la Policía Nacional le corresponde la aplicación del régimen especial de las fuerza militares (75% de incapacidad) por lo que no le alcanza el porcentaje del 73.62% que determino la junta médica para ser pensionado y que de aplicarle lo dispuesto por la ley 100 (que determina el 50% de incapacidad para la pensión de invalidez) le sería beneficioso.

7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió el recurso de apelación en auto de fecha 21 de agosto de 2012 (fl. 199) y fue admitido por medio de proveído de 18 de febrero de 2013 (fl. 202).

A través de auto de 12 de marzo de 2013 (fl. 204), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que

emitiera su concepto, término dentro del cual las partes ratificaron los argumentos expuestos de defensa por su parte el Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala, determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Fredy Vargas Blanquiceth, en aplicación de la Ley 100 de 1993 en virtud del principio de favorabilidad, por tener una pérdida de capacidad laboral de un 73.62%.

Se encuentra probado en el expediente que el señor Fredy Vargas Blanquiceth prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 10 de febrero de 1992 (fl. hasta el 27 de marzo 2006, cuando fue retirado del servicio de forma discrecional mediante Resolución 112 de 24 de marzo de 2006. (fl. 89 Cuad. 3)

Según consta en el Acta del Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa Nacional 3134-3348, el señor Fredy Vargas Blanquiceth tiene una disminución de la capacidad laboral de 73.62% (fls. 145-148), conclusión a la que se arribó luego de la siguiente valoración:

"V. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el antecedente de patología de rodilla derecha antes del retiro con limitación funcional mínima se decide modificar.

VI. DECISIONES

De acuerdo a lo establecido en el decreto 094/89 , los miembros del Tribunal Médico Laboral por unanimidad deciden "MODIFICAR" las conclusiones de la JML N°. 0859 del 13 de julio de 2006.

A. Lesiones-Afecciones-Secuelas

- A.1. Síndrome convulsivo secundario a trauma craneoencefálico.*
- A.2. Deformidad ósea temporal derecha.*
- A.3. Trastorno mental y del comportamiento.*
- A.4. Hipoacusia bilateral.*
- A.5. Hipertensión arterial*
- A.6. Osteoartritis rodilla derecha.*
- B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio.*
- Le determina una incapacidad permanente y parcial. NO APTO.*
- C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.*
- Le produce una disminución de la capacidad laboral del: DIECIOCHO PUNTO (18.50%) CINCUENTA POR CIENTO Total: SETENTA Y TRES PUNTO SESENTA Y DOS (73.62%)*
- D. Imputabilidad del Servicio*
- Literal A se trata de enfermedad común*
- E. Fijación de los correspondientes índices.*
- A1, A2, A3, A4, A5 SE RATIFICA*
- A6. SE ASIGNA 1-192 2 PUNTOS*
- Los miembros del tribunal médico laboral de revisión militar y de policía aprueban todas las partes de la presente acta y para constancia firman”*

Mediante oficio 13676 de 10 de junio de 2009, el Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional, con fundamento en el contenido del Acta proferida por la Junta Médico Laboral de la Policía, negó el reconocimiento al actor de una pensión de invalidez. (fls. 106-107).

Marco normativo y conceptual

El Decreto 0094 de 1989, por el cual se reforma el estatuto de la capacidad sico-física, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, señala en su artículo 89 lo siguiente:

“Pensión de invalidez del personal de Oficiales , Suboficiales y Agentes . A partir de la vigencia del presente Decreto, cuando el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares , la Policía Nacional y Agentes, adquieran una incapacidad durante el servicio, que implique una pérdida igual o superior al 75 % de su capacidad el sicofísica , tendrá derecho mientras subsista la incapacidad , a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público y liquidada con base en las partidas señaladas en los respectivos estatutos de carrera , así:

- a) El 50% de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución del 75% de la capacidad sicofísica.*
- b) El 75% de dichas partidas, cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica que exceda del 75% y no alcance el 95% (sic) .*
- c) El 100 % de dichas partidas cuando el índice de lesión fijado determina una disminución de la capacidad sicofísica igual o superior al 95%”.*

La norma anterior estableció en sus artículos 15 y 87 la clasificación de incapacidades e invalidez, y las tablas para la calificación de estas últimas, teniendo en cuenta los distintos índices de lesión y la edad de la persona, para así establecer la indemnización en meses de sueldo, según el momento en el que ocurrieron los hechos, y las circunstancias de los mismos, así como la época en que fue calificada la lesión, de conformidad con los haberes devengados por el afectado con la lesión y la incapacidad misma, según el concepto que para tal efecto fije Sanidad Militar o de Policía.

En el caso del actor, la valoración de su incapacidad fue revisada por el Tribunal Medico Laboral del Ministerio de Defensa Nacional, quien fijó una pérdida de la capacidad laboral de 73.62% (fls. 145-148).

Teniendo en cuenta los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral asignados al demandante, se tiene que éste, en principio, no tendría derecho a la pensión de invalidez prevista en el Decreto 0094 de 1989, pues su incapacidad no alcanza o supera el 75% exigido.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala, que el problema jurídico que se suscita en el presente caso, se centra en determinar si en aplicación del principio de favorabilidad la disposición contenida en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 le resulta más beneficiosa.

El Sistema General de Seguridad Social se encuentra contemplado en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. En la cual se establecieron en el artículo 279 regímenes exceptuados de su aplicación, así: “(...)El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (...).

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, a los sectores excluidos expresamente en la norma referida, no les es aplicable ninguno de los sistemas originados en dicha ley, esto es, pensiones, salud y riesgos profesionales. Dentro de los sectores enunciados en la norma se encuentran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, por lo que en ese sentido para el caso particular del demandante sería inaplicable el régimen general.

La pensión de invalidez fue regulada por la Ley 100 de 1993, y modificada por la Ley 860 de 2003, normas que definen los requisitos y el monto de la pensión y señalan las distintas reglas aplicables a esta pensión en cada uno de los regímenes del sistema.

Así se establece en los artículos 38 y 39 *ibídem*:

“ARTICULO. 38.-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de¹ su capacidad laboral”

“ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y

¹ Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-589 de 2012.

b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*
PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”

En el asunto de marras se encuentra demostrado que de acuerdo al Acta del Tribunal Médico Laboral del Ministerio de Defensa Nacional 3134-3348, el señor Fredy Vargas Blanquiceth tiene una disminución de la capacidad laboral de 73.62% de acuerdo con el Decreto 094 de 1989.

Así las cosas, como quedó dicho anteriormente, al aplicar lo dispuesto en el artículo 89 del Decreto 0094 de 1989, como quiera que la incapacidad del demandante no supera el 75%, no habría lugar al reconocimiento de pensión de invalidez alguna.

No obstante al respecto para casos análogos el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“Conforme a lo dispuesto en el artículo 89 del Decreto 0094 de 1989, y como quiera que la incapacidad no es igual o superior al 75% no tiene derecho a la pensión de invalidez, bajo el régimen especial previsto en dicha normatividad para los miembros de la Policía Nacional.

No obstante, observa la Sala, que el demandante cumple los requisitos para ser acreedor a la pensión de invalidez contemplada en el régimen general, circunstancia por la cual, resulta forzoso concluir, que en aras del principio de favorabilidad y en desarrollo del principio de igualdad, tiene derecho a la pensión de invalidez prevista en la Ley 100 de 1993 .”²

En desarrollo del principio de favorabilidad, el máximo órgano de lo contencioso, ha señalado:

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, veintitrés (23) de julio de dos mil nueve (2009), Ref: 130012331000200300080 01 (1925-2007) CP: Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE

“(…)

- *Al comparar el régimen general de seguridad social con el régimen especial de la Fuerza Pública, para acceder a la pensión de invalidez, se observa que el primero es más beneficioso que el especial, pues exige que la disminución de la capacidad laboral sea de 50 por ciento o más, mientras que el segundo requiere que como mínimo dicha pérdida sea del 75 por ciento.*
- *Tanto esta Corporación como la Corte Constitucional han señalado que los regímenes especiales justifican su existencia en cuanto consagren beneficios para los grupos de personas a que se refieren, es decir, que sean superiores a los del régimen común, porque si estos llegan a ser inferiores sin existir causa válida para el tratamiento preferencial, se incurre en una discriminación que deviene injusta y contraria a los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho, vulnerando así los mandatos de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, que consagran el derecho a la igualdad y se erigen en garantía para la protección de los derechos mínimos laborales y de la seguridad social.*
- *Además, si bien es cierto que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de su ámbito de aplicación a los miembros de la Fuerza Pública³, también lo es que la Corte Constitucional, en la misma sentencia C-461 de 1995, al declarar la exequibilidad condicionada de un aparte de dicha norma, indicó lo siguiente:*

“5. Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta”.

- *Al respecto, se ha concluido:*

“...como la Ley 100 de 1993 resulta ser más favorable que el régimen especial de la Fuerza Pública, es preciso atender a la interpretación armónica que requiere el artículo 279 del mismo estatuto, y aplicar las disposiciones del régimen general al caso bajo estudio, pues precisamente en virtud del referido principio el operador jurídico en caso de duda en la

³ “ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas”

aplicación o interpretación de una o más normas que regulan en forma diferente una misma situación de hecho debe optar por aquella que sea más benéfica para el trabajador o sus beneficiarios... ”.⁴

Así mismo, en relación con a dicho principio en materia del régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, la Corte Constitucional en sentencia T-685/07 de 31 de agosto de 2007, M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño sostuvo:

“(...)

4. Principio de favorabilidad en la determinación del régimen pensional de los miembros de las Fuerzas Públicas.

4.1. De acuerdo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100, el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares. Este postulado, obedece a lo dispuesto por los artículos 150, numeral 19, literal e)⁵ y 217⁶ de la Constitución Política, en los cuales estableció que la ley debía determinar el régimen salarial y prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, el cual se encuentra justificado en el riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan⁷.

La Jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que cuando se hace referencia a la expresión *régimen prestacional*, se incluyen tanto las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo, como todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como, las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud⁸.

4.2. En general las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y demás situaciones prestacionales de un trabajador, entre ellas el pago de los derechos pensionales se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso. Sin embargo, en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, también es posible considerar, la aplicación de la normatividad que más

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, once (11) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 11001-03-15-000-2012-01380-00(AC), Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

⁵ El artículo 150 de la Constitución Política de Colombia, establece: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos: (...) e. Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;”

⁶ El artículo 17 de la CP, consagra: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. // Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional // La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio”.

⁷ Sentencia C-432 de 2004 (MP Rodrigo Escobar Gil), reiterada recientemente en la Sentencia T-372 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño).

⁸ En este sentido ver las sentencias: C-654 de 1997 (MP. Antonio Barrera Carbonell), C-835 de 2002 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-101 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), las cuales además indican que el fundamento jurídico de las prestaciones derivadas de las contingencias propias de la seguridad social, se encuentran en el artículo 150, num. 19, lit. e) de la Constitución, que corresponde a las materias sujetas a ley marco.

favorezca al trabajador, "...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..".

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "*En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad*", se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador."⁹

En esa medida, de conformidad con todo lo expuesto la Sala es del criterio que en virtud del principio de favorabilidad, en el caso concreto de demandante es procedente acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez con base en lo dispuesto por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al monto de la pensión el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, establece:

"ARTICULO. 40.-Monto de la pensión de invalidez. Reglamentado parcialmente por el Decreto Nacional 832 de 1996. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y

b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

⁹ Sentencia C-168 de 1995 (MP Carlos Gaviria Díaz).

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.”.

De conformidad con la disposición transcrita, y teniendo en cuenta que el tiempo total de servicios prestados por el actor fue de 14 años, 1 mes y 17 días, el monto de la pensión de invalidez debe ser el 54% del salario que haya devengado un Agente de la Policía Nacional para el 24 de marzo de 2006, fecha en que fue retirado del servicio.

Se precisa, que como quiera que al demandante le fueron amparados transitoriamente sus derechos a través de sentencia de acción de tutela de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diez (2010), se ordenará en consecuencia que de las sumas que resulten adeudadas se descuente lo pagado hasta el momento en razón del cumplimiento de la orden constitucional.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que habiéndose desvirtuada la presunción de legalidad del acto enjuiciado, la decisión del a quo será revocada, para en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

III. FALLA:

REVOCAR la sentencia de veintiuno (21) de agosto de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: Declarar la nulidad del oficio 13676 de 19 de junio de 2009, por medio del cual la Policía Nacional negó al señor Fredy Vargas Blanquicet el reconocimiento de una pensión de invalidez.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Policía Nacional, a reconocer y pagar, respectivamente, a favor del señor Fredy Vargas Blanquicet, una pensión de invalidez en monto equivalente al 54% de lo devengado durante el año de 2006 por un Agente de la Policía Nacional.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma que resulte a favor del demandante una vez se haya liquidado y actualizado la base de liquidación de la asignación de retiro cuando este fue retirado de manera absoluta del servicio, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Sobre las sumas adeudadas se ordena descontar lo pagado al demandante por concepto de pensión de invalidez en cumplimiento de la sentencia de tutela que ordenó el amparo transitorio.

TERCERO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


JORGE ELIÉCER PARDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-006-2011-00095-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1309
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION POPULAR
MAGISTRADO PONENTE-DR	: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
DEMANDANTE	: JOSE JESUS RODRIGUEZ RANGEL
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL- INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2010-00694-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO(31) DE OCTUBRE DE 2013	

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

-SALA DE DECISIÓN 001-

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

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO
Clase de Acción: POPULAR
Radicación: 13-001-33-31-001-2010-00694-00
Demandante: JOSÉ JESÚS RODRÍGUEZ RANGEL
Demandado: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN –
INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL
Instancia: PRIMERA
Controversia: CONSTRUCCION LABORATORIOS PARA
PRUEBAS DE BALÍSTICA, GRAFOLÓGICAS,
ADN Y PIPH

Actuando en nombre propio y, en ejercicio de la acción popular prevista en el artículo 2º de la Ley 472 de 1998, acude a esta jurisdicción el señor José Jesús Rodríguez Rangel, con el propósito de que se protejan los derechos e intereses colectivos relacionados con la realización de 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.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.-

En ejercicio de la acción popular, el demandante solicita se ordene a la Fiscalía General de la Nación, por ser la entidad a la cual se encuentra adscrito el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, construya laboratorios en la sede de la ciudad de Cartagena para que en ellos se realicen pruebas de grafología, balística, ADN y PIPH.

Tasar a favor del actor popular el incentivo de que trata la Ley 472 de 1998.

1.2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.-

Desarrolla el accionante sus argumentos fácticos efectuando el siguiente relato, que la Sala procede a sintetizar así, de acuerdo con la demanda:

La ciudad de Cartagena actualmente no cuenta con laboratorios para realizar pruebas de ADN, PIPH, balísticas y grafológicas.

En razón de lo anterior, el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cartagena una vez recibe todas las muestras de laboratorio referidas de la ciudad y de los municipios del Departamento de Bolívar, las envía a las ciudades de Barranquilla y Bogotá para que los peritos de dichas seccionales realicen el respectivo análisis y remitan los respectivos resultados. Circunstancia que genera demora en la resolución de los procesos de carácter penal y de familia que requieren de los medios probatorios señalados.

Con la construcción de los laboratorios para practicar las pruebas de ADN, PIPH, balística y grafología se beneficia no solo la administración de justicia, sino también las partes intervinientes en los distintos procesos judiciales y, las seccionales de Medicina Legal de Barranquilla y Bogotá al verse descargados de la práctica de los aludidos exámenes.

Nuestro país ha suscrito tratados internacionales de asistencia judicial, los que comprenden la remisión de las pruebas y diligencias judiciales.

1.3. TRAMITE PROCESAL.-

En auto del 2 de noviembre de 2010, se dispuso la admisión de la demanda

(fl.8), notificándose al señor Fiscal General de la Nación el día 16 de diciembre de 2010 (fl.14) y al Director General del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses el 21 de enero de 2011 (fl.15) y, al Agente del Ministerio Público el día 7 de diciembre de 2010 (fl.9 reverso).

Las mencionadas entidades en memoriales fechados 2 y 3 de febrero de 2011, respectivamente, presentaron escritos oponiéndose a las pretensiones de la demanda, así:

- **Fiscalía General de la Nación (fls.35-38).**

Formuló excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo como fundamento las disposiciones del artículo 35 de la Ley 938 de 2004, pues si bien es cierto que la Fiscalía General de la Nación ostenta una tutela administrativa sobre el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, también lo es que éste es un establecimiento público del orden nacional dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; lo que significa entonces que tiene capacidad legal para ser parte autónoma, máxime si se tiene en cuenta que en este caso se cuestionan asuntos administrativos que escapan a la órbita jurídica de la fiscalía.

- **Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.**

Como marco general de su defensa manifestó que esa entidad tiene como misión fundamental la de prestar auxilio y soporte técnico y científico a la administración de justicia en todo el territorio nacional, en lo concerniente a medicina legal y ciencias forenses y, en desarrollo de ella, tiene entre otras, la función de prestar los servicios médicos legales y de ciencias forenses que sean solicitados por la fiscalía, jueces, policía judicial, defensoría del pueblo y demás autoridades competentes, más no se encuentra dentro de sus funciones

la de construir laboratorios para realizar pruebas grafológicas, de balística, ADN y PIPH.

Esgrime que la organización territorial del instituto está conformada por direcciones regionales, seccionales y unidades básicas. Que la Regional Norte está integrada por varias seccionales, entre ellas la Seccional Bolívar, la que a su vez contiene unas unidades básicas (Carmen de Bolívar, Magangué y San Andrés y Providencia).

Agrega que la Seccional Bolívar hace parte de la Regional Norte, de la cual también hace parte también la Seccional Atlántico en la que cuentan con laboratorio de balística y grafología, y en caso dado, en el nivel central tienen instalados laboratorios como los que se exigen con la demanda.

De otro lado, asevera que a esa entidad no le cabe responsabilidad alguna en la vulneración de los intereses colectivos que se dicen conculcados por la omisión en la construcción de los laboratorios en mención, puesto que en consonancia con lo dispuesto en las normas que regulan la naturaleza, estructura y funcionamiento del instituto ésta no hace parte de sus funciones.

Propone a su vez, excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la violación de los derechos colectivos a la construcción de instalaciones y edificaciones, manifestando que según lo prevé la Ley 938 de 2004, no le asiste el deber legal de construir edificaciones ya que la estructura organizacional con que cuenta le permite responder a los requerimientos de la autoridades judiciales y estatales en todo el territorio nacional, propendiendo por el acceso a la administración de justicia sin demora en la entrega de los resultados de las pruebas periciales.

Con auto del 19 de mayo de 2011, se abrió a pruebas el proceso (fls.89-90) y en providencias del 12 de octubre de 2011 (fl.192) y 4 de julio de 2013 (fl.155), se realizaron requerimientos dentro del período probatorio.

Mediante providencia del 14 de agosto de 2013, se cerró el período probatorio, corriéndose traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.175).

El apoderado especial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses presentó alegatos (fls.175), reafirmando lo expuesto en el escrito de defensa.

El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en el asunto bajo examen.

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta Corporación, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. EXCEPCIONES.

Tanto la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses formularon excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y, adicionalmente, éste último propuso la de inexistencia de la violación de los intereses colectivos que se afirman fueron conculcados.

Como quiera que el segundo de los medios exceptivos propuestos por la fiscalía, está relacionado con el fondo del asunto, se decidirá al momento de proveer sobre este. La primera excepción se avocará previo al análisis de los planteamientos jurídicos.

2.1.1. Falta de legitimación en la causa por pasiva de las entidades demandadas.

El órgano judicial accionado alegó que si bien es cierto ostenta una tutela administrativa sobre el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, también lo es que su naturaleza jurídica corresponde a la de un establecimiento público del orden nacional dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa (Ley 938 de 2004), máxime si se tiene en cuenta que en este caso se cuestionan asuntos administrativos que escapan a la órbita jurídica de la fiscalía.

El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses por su parte, propuso excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, alegando que de acuerdo con la naturaleza jurídica, la estructura y la función que presta ese ente al servir de apoyo a la administración de justicia, a través de las diferentes pruebas científicas médico legales, no le asiste el deber de realizar la construcción de edificaciones para laboratorios.

Según las previsiones del artículo 1º de la Ley 938 de 2004, el instituto en mención es un establecimiento público adscrito a la fiscalía encargado de practicar la actividad forense. Es así como en aplicación de dicha preceptiva y atendiendo el principio de autonomía que rige a las entidades estatales considera la Sala necesario analizar si las excepcionantes tienen legitimidad para comparecer en el *sub lite* en calidad de responsables por la omisión en la construcción de los laboratorios aludidos.

El Consejo de Estado en torno al concepto de falta de legitimación en la causa por pasiva, ha hecho las siguientes precisiones:

"En reciente jurisprudencia, esta Corporación ha manifestado en cuanto a

la legitimación en la causa que la misma no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para poder ejercer acción de mérito favorable bien a las pretensiones del demandado, bien a las excepciones propuestas por el demandado. Del mismo, la diferencia entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, reside en la legitimación en la causa de hecho la relación procesal existente entre demandante legítimo en la causa de hecho por acción y demandado legítimo en la causa de hecho por pasiva y marcada con la presentación de la demanda y con la notificación del auto admisorio de la misma quien asume la posición de demandado, dicha vertiente de la legitimación procesal se produce en función a los vicios legales para promover en el trámite del proceso y para ejercer sus derechos de defensa y de conciliación. La legitimación material en cambio, supone la concurrencia entre los hechos y los hechos constitutivos del hecho que genera el efecto perjudicial que puede dar lugar a la producción del daño sin ningún proceso con su eventual legítimo de hecho en la causa no necesariamente concierne al mismo cuerpo legitimador material para éste solamente es procedente de quienes participan realmente en los hechos que han dado lugar a la restitución de la normalidad, en general, de las relaciones de un correspondiente relaciones jurídicas esenciales, por consiguiente el análisis sobre la legitimación material de la causa se centra o difunde respecto a una relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta formula en la demanda que equivoque o no, para la restitución de tal relación constituya suficiente motivo o una razón para dar sentencia de mérito favorable o no a o ella.”

De lo anterior se desprende que en materia de legitimación en la causa hay dos aspectos que considerará la doctrina y la jurisprudencia:

1. (1)

• De hecho o procesal, que versa sobre la acción sin en la que se interviene en un determinado momento para promover material o material bien como demandante o bien como demandado y más que excepción simplemente se trata de un presupuesto necesario para poder ejercer acción de mérito favorable bien a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

• Legitimación material, que la tiene involucrada quien ejerció o ejerció las acciones que dieron lugar a la producción de la demanda. Por eso se dice que la legitimación en la causa material o material por acción y por

pasiva la tienen únicamente los titulares de la correspondiente relación jurídica sustancial."²

El artículo 249 de la Constitución Política consagra a la Fiscalía General de la Nación como parte de la rama judicial, sin embargo, cuenta con un reconocimiento especial de su autonomía administrativa y presupuestal como órgano público; sus funciones judiciales en cuanto están sujetas a los principios constitucionales y legales, deben ser igualmente independientes, libres de cualquier presión por parte de cualquiera de las otras ramas del poder público o cualquier otro agente externo a ella, así como a nivel interno respecto de los superiores jerárquicos.

Al tenor de lo consagrado en el artículo 250 *ibídem*, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes, excepto los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

Son funciones de la fiscalía: i) asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento. Además, y si fuere del caso, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito; ii) calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas; iii) dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley; iv) velar por la protección de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso y; v) cumplir las demás funciones que establezca la ley.

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. No.10973. Consejera Ponente. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ.

Ahora, conforme lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 398 de 2004, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses pertenece a la Rama Judicial y se encuentra adscrito a la Fiscalía General de la Nación, como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; su misión fundamental es prestar auxilio y soporte científico y técnico a la administración de justicia en todo el territorio nacional, en lo concerniente a medicina legal y las ciencias forenses (artículo 34 *ibidem*).

La entidad en mención en desarrollo de su misión tiene las siguientes funciones: i) organizar y dirigir el Sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses y controlar su funcionamiento; ii) prestar los servicios médico-legales y de ciencias forenses que sean solicitados por los Fiscales, Jueces, Policía Judicial, Defensoría del Pueblo y demás autoridades competentes de todo el territorio nacional; iii) desarrollar funciones asistenciales, científicas, extra-periciales y sociales en el área de la medicina legal y las ciencias forenses; iv) prestar asesoría y absolver consultas sobre medicina legal y ciencias forenses a las unidades de fiscalías, tribunales y demás autoridades competentes; v) definir los reglamentos técnicos que deben cumplir los distintos organismos y personas que realicen funciones periciales asociadas con medicina legal, ciencias forenses y ejercer control sobre su desarrollo y cumplimiento; vi) servir de organismo de verificación y control de las pruebas periciales y exámenes forenses practicados por los cuerpos de policía judicial del Estado y otros organismos a solicitud de autoridad competente; vii) Servir como centro científico de referencia nacional en asuntos relacionados con medicina legal y ciencias forenses; viii) ser organismo de acreditación y certificación de laboratorios, pruebas periciales y peritos en medicina legal y ciencias forenses, practicadas por entidades públicas y privadas; ix) coordinar y adelantar la promoción y ejecución de investigaciones científicas, programas

de postgrado, pregrado, educación continuada y eventos educativos en el área de la medicina legal y ciencias forenses; x) coordinar y promover, previa la existencia de convenios, las prácticas de docencia de entidades educativas aprobadas por el ICFES; xi) divulgar los resultados de las investigaciones, avances científicos, desarrollo de las prácticas forenses y demás información del Instituto considerada de interés para la comunidad en general y; xii) delegar o contratar en personas naturales o jurídicas la realización de algunas actividades periciales y controlar su ejecución (artículo 36 *ibidem*).

Las anteriores precisiones permiten a la Sala concluir que en razón de las funciones y actividades propias de cada una de las entidades accionadas, a la Fiscalía General de la Nación no le asiste el deber de construir un laboratorio para la realización de las pruebas de grafología, balística, ADN y PIPH en el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Seccional Cartagena, responsabilidad que al tenor de las actividades misionales del instituto es de su total resorte por ser éste quien directamente presta la labor de apoyo técnico y científico a la administración de justicia.

Aclarado lo anterior, procede la Sala, con base en las pruebas obrantes en el plenario, a determinar si en el caso puesto a su consideración se han desconocido los derechos e intereses colectivos relacionados con la construcción de laboratorios donde se puedan realizar las pruebas de grafología, balística, ADN y PIPH en esta ciudad.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿La circunstancia de que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses Seccional Cartagena no cuente con un laboratorio de pruebas de balística, grafología, ADN y PIPH, comporta la vulneración y/o amenaza de los derechos colectivos a la realización de las construcciones, edificaciones y

desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes?

2.3. MARCO JURÍDICO.

2.3.1. Finalidad y procedencia de las acciones populares.

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, desarrolladas por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares cuando ellos actúen en desarrollo de funciones administrativas.

Ahora bien, aunque este mecanismo de defensa judicial busca la protección de los derechos e intereses colectivos, no quiere decir que pueda ejercerse para lograr la reparación, bien sea individual o plural, del daño que ocasione la acción u omisión de las autoridades o de los particulares, por cuanto para ello el Constituyente y el legislador han previsto otro tipo de acciones, como las acciones de grupo o de clase (artículo 88 de la Constitución Política), desarrolladas en la Ley 472 de 1998 y la acción de reparación directa contemplada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo.

En la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2, 4 y 9 de la Ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de las acciones populares, son los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.

- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos o intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración, o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Nacional, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

La naturaleza de la acción popular es preventiva, razón por la cual en el inciso 2° del artículo 88 de la Ley 472 de 1998, se establece que aquella busca 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.

No obstante, esta acción puede tener un carácter resarcitorio, posibilidad que se encuentra incluida en el inciso final del artículo 2° de la Ley 472 de 1998.

2.3.2. Derechos colectivos invocados en la demanda.

Se reclama en esta acción la protección del derecho colectivo consagrado en el

literal m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

(...)

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

(...).”

En reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado ha manifestado que los derechos colectivos son aquellos mediante los cuales aparecen comprometidos los intereses de la comunidad y cuyo radio de acción va más allá de la esfera de lo individual o de los derechos subjetivos previamente definidos por la ley, diferenciando los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables. Por tanto, los derechos colectivos a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente o puede ejercerlo con exclusión de los demás y sólo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar.³

Conjuntamente vale la pena destacar que tal y como lo ha establecido el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades:

“El derecho colectivo, no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen; el derecho colectivo es

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 10 de mayo de 2007. Exp 76001-23-31-000-2003-01856-01(AP) C.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada. Por lo tanto, la prosperidad de las pretensiones en la acción popular está ligada con la existencia real de los siguientes elementos, que para el momento de fallar deben estar establecidos: La acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares y la amenaza o la violación a derechos e intereses colectivos. La Sala ha expresado que el derecho colectivo no se deduce en su existencia porque varias personas estén en una misma situación ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos, ni porque se sumen: el derecho colectivo es aquel que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada.”⁴

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

2.4. PRUEBAS PRACTICADAS.

En el curso del proceso fueron aportadas al plenario y se recaudaron, en forma oportuna, las siguientes pruebas:

- a) Oficio DSBL-896-10 del 19 de agosto de 2010, mediante el cual el Director Seccional Bolívar del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses manifiesta que esa seccional no cuenta con laboratorios para realizar pruebas grafológicas, de balística, ADN y PIPH. Que la primera y tercera son efectuadas en la Regional Centro, que la segunda y cuarta se realizan en la sede de la Regional Norte en la ciudad de Barranquilla (fl.4).

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Exp. 25000-23-27-000-2002269301 (AP). C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez

- b) Informe anual de muertes por causa externa (homicidios) ocurridos en el período comprendido entre los años 2004 y 2008, rendido por el Director del Centro de Observación y Seguimiento del Delito de Cartagena (fls.160-173).

2.6. SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LAS ACCIONES POPULARES.

Se tiene que en principio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, “*la carga de la prueba corresponderá al demandante*”, es decir, que es deber del actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se reclama con la demanda. Y se afirma que en principio, porque por razones de orden técnico o económico, si no puede cumplir con dicha carga, le corresponde al juez impartir las órdenes necesarias para suplir esa deficiencia, para lo cual puede acudir a las entidades públicas cuyo objeto esté referido al tema de debate.

Sobre este aspecto el Consejo de Estado en uno de sus pronunciamientos ha esbozado:

“En esta oportunidad reitera la Sala la importancia de cumplir por parte de los actores con la carga de demostrar válidamente los supuestos de hecho que motivan sus demandas. En efecto, a la luz del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, le corresponde al demandante acreditar y probar los hechos, acciones y omisiones que en su criterio, constituyen la amenaza o la trasgresión de los derechos e intereses colectivos invocados. En ese sentido, se entiende que el actor popular no debe limitarse a señalar la presunta vulneración de derechos e intereses colectivos con la enunciación de determinados hechos, pues está a su cargo demostrar los supuestos fácticos indicados en la demanda. Empero, de acuerdo con esa misma norma, dicha regla es atenuada tratándose de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, evento en el cual el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito:

además, en el caso de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva en virtud de lo antes establecido “el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos”. No obstante, resulta forzoso resaltar que el decreto oficioso de pruebas lo que pretende es complementar el acervo probatorio mas no producirlo en su integridad, pues como ya se señaló, es el actor quien deben soportar la carga de demostrar de los hechos u omisiones que a su juicio representan la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se busca.”⁵ (Negrilla fuera del texto)

Así también, sobre el tema de la carga de la prueba esa Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos:

“En esta oportunidad reitera la Sala la importancia de cumplir por parte de los actores con la carga de demostrar válidamente los supuestos de hecho que motivan sus demandas. En efecto, a la luz del artículo 30 de la Ley 472 de 1998, le corresponde al demandante acreditar y probar los hechos, acciones y omisiones que en su criterio, constituyen la amenaza o la trasgresión de los derechos e intereses colectivos invocados. En ese sentido, se entiende que el actor popular no debe limitarse a señalar la presunta vulneración de derechos e intereses colectivos con la enunciación de determinados hechos, pues está a su cargo demostrar los supuestos fácticos indicados en la demanda. Empero, de acuerdo con esa misma norma, dicha regla es atenuada tratándose de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, evento en el cual el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito; además, en el caso de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva en virtud de lo antes establecido “el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos”. No obstante, resulta forzoso resaltar que el decreto oficioso de pruebas lo que pretende es complementar el acervo probatorio mas no producirlo en su integridad, pues como ya se señaló, es el actor quien deben soportar la carga de demostrar de los hechos u omisiones que a su juicio representan la amenaza o vulneración de los derechos colectivos cuya protección se busca.”⁶ (Negrilla fuera de texto)

A la luz de los anteriores precedentes, la carga de la prueba no es del juez, de los auxiliares de la justicia o del accionado, sino del actor popular que debe

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Sentencia del 3 de septiembre de 2009. Exp. 85001-23-31-000-2004-02244-01(AP). C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Sentencia del 3 de septiembre de 2009. Exp. 85001-23-31-000-2004-02244-01(AP). C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

precisar y acreditar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda y si bien el juez cuenta con las facultades oficiosas ellas no son para mejorar las pruebas del demandante o suplir la carga que al actor le incumbe. Se advierte, el actor sólo se puede sustraer de la carga de la prueba por razones de orden técnico o económico, expresamente advertidas y acreditadas. Así, en un caso donde hubo inactividad probatoria del actor popular, el Consejo de Estado puntualizó lo dicho sobre la carga de la prueba:

“Sobre este mismo aspecto en sentencia proferida el 10 de marzo de 2005 dentro de la AP-2003-01195 se dice:

(...)

Se tiene, entonces, que pese a la naturaleza constitucional de la acción popular y a que mediante su ejercicio se procura la protección de derechos colectivos de categoría igualmente constitucional (art. 88 C.P.), al demandante le corresponde la carga de la prueba, obligación de la cual solo puede sustraerse por razones de orden económico o técnico expresamente advertidas y acreditadas, sin perjuicio de la facultad probatoria oficiosa que asiste al juez popular por mandato del artículo 28 de la Ley 472 de 1998.”⁷

En este orden de ideas, es claro que la carga de la prueba impone al actor popular el deber de precisar claramente y probar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos alegados en la demanda, pues de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se presenta la vulneración o amenaza de los derechos colectivos incumbe al actor; carga de la prueba sustentada en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Sentencia del 22 de enero de 2009. Exp. 68001-23-15-000-2003-00521-01(AP). C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

2.7. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO.

Revisado el acervo probatorio obrante en el presente proceso, se tiene que el accionante no allegó ningún elemento probatorio que permita demostrar idónea y efectivamente el daño, la amenaza o la vulneración a los derechos e intereses colectivos cuya protección invoca en la demanda. Esto es así, pues se observa que en el expediente obran tan sólo dos elementos de prueba consistentes, el primero, en un oficio emitido por el Director Seccional Bolívar del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que manifiesta que las pruebas de grafología y ADN son realizadas en la Seccional Central de esa entidad ubicada en la ciudad de Bogotá y, las pruebas de balística y PIPH son efectuadas en la Seccional Norte con sede en la ciudad de Barranquilla. A este respecto, anota la Sala que si bien es cierto, el instituto accionado en la prueba documental en comento expresa que las pruebas de laboratorio reseñadas son realizadas en sedes diferentes a la ciudad de Cartagena, también lo es que el hecho de que estas sean analizadas en una seccional diferente a la que requiere el servicio no constituye la vulneración de los derechos e intereses colectivos que estima el actor popular han sido conculcados, pues a criterio de la Sala, el ente accionado pese a practicar y analizar las pruebas forenses mencionadas en una seccional distinta, está cumpliendo con su misión primordial de prestar auxilio y soporte científico y técnico a la administración de justicia, en lo que a medicina legal y ciencias forenses se refiere.

De la documental ordenada en el auto que abrió el período probatorio, recepcionada dentro de la etapa procesal correspondiente, consistente en el informe anual de muertes por causa externa, esto es, homicidios ocurridos para las vigencias 2008 a 2012, realizado por el Centro de Observación y Seguimiento del Delito de Cartagena, es menester decir que su contexto se limita al análisis e interpretación de las estadísticas de homicidios en las anualidades mencionadas teniendo como variables de evaluación los días de la

semana y meses en que se registró mayor índice de homicidios, las horas más frecuentes de ocurrencia de los hechos, los barrios, zonas o localidades de la ciudad de Cartagena en los que se presentaron más casos de homicidios, el lugar de los hechos, tipo de arma utilizada para la comisión del delito, modalidad utilizada para cometer el homicidio y características de las víctimas (fls.161-173).

Así las cosas, estima la Sala que los datos brindados por el organismo distrital aludido no dan muestra de la afectación a la que esgrime el actor está expuesta la comunidad cartagenera al realizarse las pruebas de laboratorio de balística, grafología, ADN y PIPH en las seccionales norte y centro del instituto demandado; la estadísticas de muerte por causas externas nada guardan relación con los exámenes forenses mencionados, ya que estas no permiten determinar la alegada demora en la obtención de los resultados de laboratorio y la consecuente obstrucción en la administración de justicia.

Siendo estos los únicos elementos probatorios que obran en el proceso y que no constituyen respaldo a los argumentos esgrimidos en la demanda, resultaba indispensable que el demandante hubiera completado su material probatorio con elementos adicionales que permitieran inferir con grado de certeza la vulneración alegada dada la libertad probatoria que para el efecto se predica, e inclusive el accionante tuvo la oportunidad de hacerlo, pues con el escrito introductorio podía solicitar la práctica de la prueba que hubiera servido de base suficiente para demostrar la afectación invocada, esto es, documentales con las que se determinara el tiempo de respuesta de las Direcciones Seccionales del Instituto de Medicina Legal ante la solicitud de practica de prueba grafológica, balística, ADN o PIPH, y el consecuencial efecto que ésta produce en el desenvolvimiento de los procesos judiciales de carácter penal.

En este sentido se pronunció nuestro máximo tribunal de lo contencioso

administrativo en providencia de 18 de abril de 2007, cuyos apartes pertinentes se transcriben a continuación:

“Sobre la carga de la prueba en acciones populares, esta Corporación ha señalado 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.

“Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida por el tribunal de instancia.”⁸ (Resalta la Sala).

*Entonces, para que la acción popular **proceda** se requiere que: - de los hechos de la demanda se pueda al menos deducir una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra la persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo y, - por tanto este último requisito supone que la actuación (acción u omisión) sea probada por el actor, o que del expediente el juez la pueda deducir, de lo contrario, el juzgador no podrá ordenar nada en su sentencia.”⁹*

Se retoma lo expuesto en el sentido de que no le corresponde al juez de instancia asumir la carga de probar la violación o amenaza de los derechos que se entienden que se alegan como vulnerados, pues esta es una carga que recae sobre el accionante y al juez sólo le corresponde complementar dicho acervo

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA Exp. AP-1499. C.P., Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA. Exp. 41001-23-31-000-2004-00425-01 C.P.: Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Planeta

probatorio sin que pueda asumir él la carga de probar los hechos que se citan en la demanda.

Como se observa a lo largo del expediente, la parte demandante no aportó ningún elemento probatorio para demostrar idónea y válidamente el daño, la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos invocados en la demanda; y, tampoco manifestó, ni acreditó, la imposibilidad de allegar las pruebas respectivas, por lo cual mal podría declararse probada la infracción de tales derechos, dado que la vulneración, según la jurisprudencia, debe ser real y no hipotética, directa, inminente, concreta y actual, de manera tal que en realidad se perciba por el juez la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que debieron ser demostrados por el actor popular, y que en el presente caso no fueron acreditados.

Es evidente que las pruebas que están en el expediente no son suficientes *per se* para inferir la vulneración de derechos colectivos de los habitantes de la ciudad de Cartagena y se requería la colaboración diligente del demandante para formar un conjunto de pruebas que así lo permitieran probar.

En este orden, y ante la ausencia de material probatorio por incumplimiento del actor popular de la carga de la prueba que le correspondía, material del cual se pudiera inferir vulneración de los derechos colectivos señalados, y conforme a las consideraciones precedentes, la Sala procederá a denegar las pretensiones de la demanda.

2.8. EL INCENTIVO ECONÓMICO SOLICITADO Y COSTAS.

En atención a la decisión nugatoria de las pretensiones, no habrá pronunciamiento sobre el reconocimiento del incentivo a favor del demandante.

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, por no aparecer causadas, ello al tenor de lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “*sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”, disposición aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA :

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

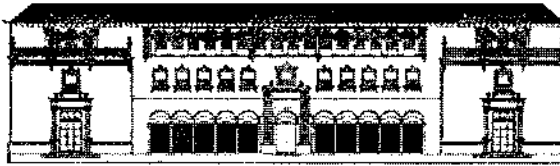
Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

Los Magistrados,


JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO


ARTURO MATSON CARBALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1310
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE POPULAR
MAGISTRADO PONENTE-DR	: LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
DEMANDANTE	: DIEGO GUTIERREZ LACOUTURE
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2011-00562-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	OCHO (08) 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

-SALA DE DECISIÓN-

Cartagena de Indias D.T. y C., ocho (08) de octubre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE : LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
ACCIÓN : ACCIÓN POPULAR
REFERENCIA : 13-001-23-31-002-2011-00562-00
DEMANDANTE : DIEGO GUTIÉRREZ LACOUTURE
DEMANDADO : DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR
VINCULADO : SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE
SALUD

Define esta Corporación la primera instancia del proceso de la referencia, profiriendo la siguiente decisión de fondo:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

El actor popular presentó demanda el dos (02) de marzo de dos mil diez (2010) (Fis 1 a 32), en ejercicio de la acción popular, dirigida contra el Departamento de Bolívar y la Secretaría de Salud de Bolívar.

2. Derechos colectivos invocados.

El actor popular manifestó que se están vulnerando los siguientes derechos colectivos:

- La moralidad administrativa
- La seguridad y salubridad públicas
- El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública
- El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

3. Hechos

El punto angular de la acción popular de la referencia, se centra en la obligación normativa y jurisprudencial de los entes territoriales en el aseguramiento de los servicios de salud en Colombia

En este sentido, el actor popular hace una contextualización del servicio público de salud, acentuando la obligación constitucional y legal del Estado en su prestación, y en la organización y estructura del Sistema General de Seguridad

Social en Salud, aludiendo en este punto, a la UNIDAD DE PAGO POR CAPITACIÓN (UPC), entendida como el valor que reconoce el sistema a las EPS y EPS-S por cada afiliado a manera de prima de aseguramiento

Así las cosas, manifiesta el actor que con cargo a la UPC que reciben las EPS, EPS-S, éstas deben garantizar a sus afiliados el conjunto de los servicios de atención de salud, y reconocimientos económicos al que tienen derecho los afiliados en caso de necesitarlos, constituyéndose en cabeza de los entes territoriales - en virtud de la Ley 715 de 2001 y la Sentencia T-760 de 2008-, la obligación de reembolsar a favor de las EPS-S, los servicios que se autoricen vía tutela o CTC para los afiliados del Régimen Subsidiado

En este sentido, la inconformidad del actor, reside en que las EPS-S, del Régimen Subsidiado, han venido asumiendo el cubrimiento económico de servicios que no están en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, ya sea por orden de un juez de tutela o por haber realizado un CTC, en ambos caso se han presentado la correspondiente solicitud de recobro del servicio prestado ante la Secretaría de salud de Bolívar- Fondo financiero de Salud, la cual se encuentra en mora en el pago de dichos recobros y en muchos casos procedió a la glosa del recobro por considerar que el encargado de su pago es el FOSYGA o argumentando no disponer de los recursos para dichos pagos.

También alega que las EPS del régimen subsidiado, al borde de la quiebra, no deben asumir la escasez de recursos, perjudicando la salud de los demás afiliados de esa EPS-S que no tendrá con que pagar los servicios a las IPS que prestan servicios POS.

4. Pretensiones

“1 Que mediante sentencia que haga transito a cosa juzgada, se amparen los derechos colectivos invocados en la presente acción popular, que han sido vulnerados por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR ya sea como un hecho cumplido o como amenazados de su violación.

2 Que como consecuencia de lo anterior, el Gobernador de Bolívar, proceda a la revisión, trámite y pago de los recobros radicados por las EPS-S junto con los correspondientes intereses de mora por concepto de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado, que éstas hubieren autorizado su cubrimiento económico o que hubieren prestado por orden de un juez de tutela o por la realización de un comité técnico científico La revisión y trámite de los recobros que se haya radicado hasta cuando se profiera fallo que declare vulnerado los derechos colectivos invocados en la presente acción, debe hacerse dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria del fallo que declare violado o amenazados los derechos colectivos; así mismo el pago de los recobros que no

tengan glosa y que estén en mora para su pago, deben hacerse dentro de un (1) mes contado a partir de la ejecutoria del fallo.

3. Que se ordene que, en adelante y hacia futuro, la entidad demandada se abstenga de incurrir en mora de tramitar y pagar los recobros de coberturas no POS-S asumidas por la EPSS y de incurrir en dicha mora, reconozca los intereses legales a que haya lugar.

4. Que se condene a GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR, al pago del incentivo establecido establecido en artículo 30 y 40 de la ley 472 de 1998 ”

5. Contestación de la demanda.

5.1. DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR (FIs. 41 a 47)

Inicialmente, esbozó la defensa el trámite de las facturas radicadas por la EPS-S correspondiente a servicios de salud y medicamentos no incluidos en el plan de beneficios autorizados por el Comité Técnico Científico (CTC) de la misma o por una acción de tutela, indicando que dichas facturas son recibidas en la Secretaría de Salud de Bolívar, posteriormente son sometidas a la auditoría de cuentas y revisión de soportes; después de esta auditoría y de acuerdo con la glosa que presenten, se realiza la conciliación de las objeciones y el documento definitivo se envía a la Unidad Financiera para que realice las actividades administrativas y financieras que conduzcan al pago de dicha obligación.

A renglón seguido, manifiesta la accionada que no existe violación de los derechos colectivos presuntamente vulnerados, pues en ningún momento se ha desconocido la obligación que tienen con la EPS-S, pues en todo momento se pretende que exista un cubrimiento total del 100% de los servicios de salud subsidiado en el Departamento, siendo así, los dineros asignados para el sector salud del Departamento de Bolívar, y que son administrados por la Secretaría de Salud han sido utilizados de acuerdo a lo que señala la ley y atendiendo a las pautas que para tema ha establecido el Ministerio de Protección Social.

Aunado a lo anterior, resaltan que los recursos destinados para el pago de procedimientos quirúrgicos y medicamentos NO POS, se vienen manejando de acuerdo a los parámetros o lineamientos ordenados en el ordenamiento colombiano y de forma transparente – en la medida en que existan los recursos para ello- y no han sido gastados en proyectos diferentes a los que fueron o han sido asignados, ya que los costos por demanda de procedimientos y medicamentos NO POS es considerablemente mayor a lo asignado anualmente para pagar todo lo que tiene que ver con lo que no está incluido en el POS.

Por lo antes anotado, considera la accionada que en ningún momento se ha negado a pagar los recobros, pues son conscientes de la obligación que tienen con la EPS-S, por lo cual se ha implantado un sistema de pago de forma dinámica en la medida que se aumenten los recursos para el sistema de salud en el Departamento de Bolívar

Por otra parte, y como quiera que el accionante fundamenta la acción promovida en la acción popular impetrada por Mauricio Rodríguez contra el Ministerio de Protección Social, la cual tiene que ver con los recobros presentados al FOSYGA, considera el Departamento que no se pueden asimilar las reclamaciones ante el FOSYGA a las realizadas ante un ente territorial (llámese Departamento, Municipio o Distrito), teniendo en cuenta que los recursos manejados por el FOSYGA son mayores y que la fuente de financiación son totalmente distintas y que además en el caso que se pretende tomar de base, los recursos sí existían y las fiducias encargadas de realizar los pagos de recobros, ponían trabas y se demoraban para reconocer el pago a que tenían derechos las EPS, mientras que en el presente caso, es evidente una falta de recursos que impiden el pago inmediato de todas las solicitudes de recobro.

Además se alega que la acción popular en este caso no es el camino indicado para lograr el pago de los dineros adeudados por concepto de recobro y además que el actor no es el legitimado para presentar la presente acción popular, primero porque no se está violando el acceso a los servicios de salud, segundo en este caso, no se están defendiendo intereses públicos o colectivos, sino particulares, pues de la lectura del libelo demandatorio, se demuestra claramente que el actor en ningún momento se ha preocupado por el acceso de la población a los servicios de salud, sino que todo gira en torno a señalar que el ente territorial debe unos recursos por concepto de recobro y que las mismas deben pagarse.

Con base en las consideraciones anotadas, solicita se desestimen todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en consecuencia se absuelva a su representada.

5.2 SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD (FIs 109 a 137)

La Superintendencia Nacional de Salud, se pronunció sobre la vinculación a la acción popular de la referencia, manifestando que no existen fundamentos facticos ni jurídicos que soporten la vinculación de la entidad al proceso, pues las pretensiones y las condenas no van dirigidas contra Supersalud, ni tampoco se justificó en el Auto de julio 9 de 2010 (auto que decidió vincular al ente de control) las razones de la decisión.

Precisa la defensa que ninguna de las pretensiones expuestas se encuentran dirigidas a establecer algún tipo de responsabilidad en cabeza de la

Superintendencia Nacional de salud, toda vez que no existe acción y omisión alguna por parte del ente que pueda ser relacionada con los hechos y pretensiones relatados por el actor popular.

Pese a lo anterior, encontró pertinente la defensa hacer claridad respecto a la competencia y funciones otorgadas al ente de control por la Constitución y la Ley con el propósito de instruir al Despacho sobre la competencia precisa en el manejo de los recursos destinados a los recobros que se hacen ante las entidades territoriales.

Para al anterior efecto, expuso unas razones de orden constitucional y legal dentro de las que se resaltan las siguientes:

- Razones de orden constitucional.

En este acápite, recopila la Supersalud, la normativa constitucional referente a los derechos sociales, económicos y culturales y a los propósitos de la descentralización como forma de organización de la República, concluyendo que los funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud sólo pueden hacer lo que la Constitución y la Ley les permite, según la competencia asignada y además les está prohibido ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley.

- Razones de orden legal.

En este aparte, teniendo en cuenta los fundamentos facticos que originaron la presente acción popular, se puede destacar la referencia normativa que hace la defensa en lo relativo a los recobros de los gastos por medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud NO POS, dejando claro que no corresponde a los pacientes el pago de estas atenciones en salud, sino que en los casos del régimen subsidiado, serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y las entidades territoriales, de conformidad con la LEY 715 DE 2001. Adicionalmente y para proporcionar más claridad al tema, se alude en el informe a la parte resolutive de la Sentencia T- 760 DE 2008, que impartió varias órdenes relativas al recobro de las EPS ante el FOSYGA y los entes territoriales.

Aunado a lo anterior, y en virtud de las normas que regulan la materia, concluye la Supersalud que no es posible jurídicamente que un organismo del orden Nacional, como lo es la Superintendencia Nacional de Salud, entre a responder por asuntos propios y legalmente asignados a las entidades territoriales como en el presente caso a la Gobernación de Bolívar.

No. 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

También destaca la entidad vinculada, que independientemente al procedimiento establecido para el recobro, la Superintendencia Nacional de Salud en uso de su competencia de inspección, vigilancia y control en el cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo, suscribió el Convenio Interadministrativo No. 149 de 2009 con el objeto de hacer auditoria al cumplimiento en lo relativo al financiamiento (flujo de recursos) de la Sentencia T-760 por parte de las entidades territoriales responsables de la aplicación de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional de acuerdo a las competencias definidas en la Ley 715 de 2001. En tal virtud, el ente de control mediante auto 7696 de julio 8 de 2009, ordenó visita inspectiva a la Secretaría de Salud Departamental de Bolívar.

Presentando el ente de control vinculado las excepciones de legitimación en la causa por pasiva y falta de señalamientos de los hechos y omisiones que conllevan claramente a la ineptitud de la demanda respecto de la Superintendencia Nacional de Salud.

6. Audiencia de Pacto de Cumplimiento (Fls. 158 a 161).

Se llevó a cabo audiencia de pacto de cumplimiento el día 22 de julio de 2011. A esa diligencia asistieron los apoderados del accionante, del Departamento de Bolívar, de la Superintendencia Nacional de Salud, del Agente Interventor, los delegados del Gobernador de Bolívar y de la Superintendencia Nacional de Salud, y el Agente del Ministerio Público.

Luego de escuchar a los intervinientes, se concluyó que no existió ánimo conciliatorio, por tal razón se terminó la diligencia y se declaró fallida la audiencia.

7. Pruebas.

Mediante auto de fecha 29 de agosto de 2011 se abrió a pruebas el presente proceso (Fls 198 a 203)

8. Alegatos de Conclusión.

Con auto del 12 de junio de 2013, se ordenó correr traslado a las partes, y al Ministerio Público, para alegar de conclusión. (Fls. 304 a 305), actuación en la que las partes no se manifestaron.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Problema Jurídico

Consiste en determinar si las conductas imputadas al Departamento de Bolívar transgreden los derechos colectivos invocados.

Tesis de la Sala

La Sala denegará el amparo del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues si bien en el presente caso se evidencia la trasgresión a la reglamentación que regula el tema en estudio, no se encuentra acreditada la mala fe o el dolo en el funcionario encargado de ejecutar la conducta incumplida, presupuesto indispensable para declarar vulnerado este derecho colectivo.

Por otra parte, se ampararán los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, toda vez que la conducta omisiva del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR amenaza y pone en riesgo al sistema de seguridad social en salud del régimen subsidiado, en la parte que corresponde financiar a este ente territorial.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN POPULAR

La Acción Popular es uno de los instrumentos de defensa judicial de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza, conforme al artículo 88 de la Constitución Política.

La Ley 472 de 1998, que desarrolló el ejercicio de las acciones populares, señaló que éstas buscan evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos o restituir las cosas al estado anterior cuando fuere posible. Esta misma norma también indicó que toda persona natural o jurídica puede ejercitar las acciones populares, así como el defensor del pueblo, entre otras personas y entidades. Las acciones populares se dirigen contra el particular o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considera que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo

PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN.

La acción popular tiene como objeto la protección y la defensa de los derechos e intereses colectivos y de acuerdo con el artículo 2° de la Ley 472 de 1998, procede para i) evitar un daño contingente, ii) hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos colectivos y iii) restituir las cosas a su estado anterior, si eso es posible. Como se observa, los dos primeros objetivos de este instrumento procesal parten de la existencia de una afectación actual o próxima de los derechos, pues tienen una naturaleza preventiva para impedir la consumación del daño o evitar que el daño producido sea mayor. A su turno, la tercera finalidad de la acción popular muestra la existencia de la violación de derechos causada, por lo que se dirige a restablecer o volver las cosas a su estado anterior, no con un fin principal de reparación económica sino como un instrumento para restablecer el derecho cuyo daño ya se ha producido. En ésta última circunstancia se tiene que aunque la violación del derecho o interés colectivo ya se causó, todavía es posible reparar el daño o retrotraer alguno de los primeros efectos de la afectación de los mismos. A contrario sensu no procedería la acción popular en aquellos casos en los que pese a suscitarse la violación de los derechos e intereses colectivos no es factible restablecer las cosas a su estado anterior.

CASO CONCRETO

El señor DIEGO GUTIÉRREZ LACOUTURE, interpone la presente acción popular alegando la vulneración de los derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garanticen la salubridad pública, y el acceso a servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; aduciendo como causa del agravio el hecho de que la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR no tramite y pague oportunamente las solicitudes de cobros radicadas por las EPS-S por concepto de los servicios de salud que éstas prestan (No incluidos en el POS-S), en virtud de una orden de un juez de tutela o de la autorización de un Comité Técnico Científico.

Esta acción es interpuesta contra el Departamento de Bolívar y la Secretaría de Salud de Bolívar, contando con la vinculación al proceso –en razón de auto de fecha 9 de julio de 2010 (Fl. 75)- de la Superintendencia Nacional de Salud.

Del material probatorio se destacan los informes presentados por distintas EPS-S, donde se detallan las solicitudes de cobro radicadas ante el Departamento de Bolívar por concepto de servicios de salud y medicamentos no incluidos en el POS-S autorizados por orden de un juez de tutela o por CTC, especificando el servicio suministrado, fecha de radicación del cobro, tiempo de mora o retardo en el

trámite, revisión y pago de los recobros De dichos informe se resaltan los siguientes datos:

- El informe presentado por COOSALUD EPS-S arroja el siguiente estado de los recobros a la fecha de presentación del mismo, esto es el 7 de septiembre de 2012 (Fl. 227)

CONCEPTO	VALOR
Recobros radicados	\$263 761.399,75
Recobros reconocidos para pago	\$146.273.514,00
Recobro pagado	\$52.675.937,00
Recobro glosado	\$65.102,00
Recobro sin pronunciamiento por parte de la Secretaria de Salud Departamental de Bolívar	\$117 422.783,75
Recobro debido	\$211.020.360,75

- Por su parte CAPRECOM EPS-S relaciona el siguiente listado de cuentas radicadas ante la Secretaría de Salud para la gestión correspondiente.

FECHA RADICADO	VALOR	TUTELA/CTC	SERVICIO PRESTADO	AUDITADO S/N
18/09/2012	12 416 142	CTC	MEDICAMENTO	N
18/09/2012	26 400 000	TUTELA	MEDICAMENTO	N
01/08/2012	6 349 269	CTC	MEDICAMENTO	N
20/04/2012	1 446 357	CTC	MEDICAMENTO	N
02/04/2012	43 201 130	CTC	MEDICAMENTO	N
01/03/2012	11 977 635	CTC	MEDICAMENTO	N
20/12/2011	6 941 313	CTC	MEDICAMENTO	N
11/04/2011	11 054 279	CTC	MEDICAMENTO	N
19/04/2010	995 960	TUTELA	MEDICAMENTO	N
30/04/2010	19 308 520	TUTELA	MEDICAMENTO	N
01/03/2012	100 908 000	TUTELA	MEDICAMENTO	N
04/10/2010	2 616.212	TUTELA	MEDICAMENTO	N
06/08/2010	907 120	TUTELA	MEDICAMENTO	N
17/09/2010	26 506 335	TUTELA	MEDICAMENTO	N

Respecto a dichas cuentas, indican que no se ha realizado a la fecha (28 de septiembre de 2012) ningún tipo de gestión por parte de DADASUL. (Fis. 244 a 261)

- En atención al informe requerido mediante auto de 29 de agosto de 2011 (Fl. 198) EMDI Salud E.S.S, manifiesta que ha radicado solicitudes de recobro al Departamento de Bolívar desde el 13 de agosto de 2009 hasta el 15 de abril de

No. 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante: Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado: Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

2012 por valor de DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTI UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS M/C (\$287.521 439), de los cuales no ha recibido ningún pago. (FI 282)

- Los informes correspondientes a MUTUAL SER EPS-S, SALUDVIDA E.P.S, y EMDI DALUD E.S.S, es posible verlo a folios 214, 269 y 282, respectivamente.

Así las cosas, para resolver el caso sub-examine la Sala considera necesario hacer en primera medida un estudio respecto de la procedencia o no de las excepciones aludidas con base al artículo 23 de la Ley 472 de 1998, el cual plantea lo siguiente:

“Excepciones. En la contestación de la demanda solo podrá proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada, las cuales serán resueltas por el juez en la sentencia”. (Subrayas fuera del texto)

Atendiendo a la norma en cita procederá la Sala a pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la Superintendencia Nacional de Salud; así en primer lugar se precisará lo referente a la de falta de legitimación en la causa por pasiva y luego la de inepta demanda.

En lo referente a la legitimación en la causa por pasiva, considera la Superintendencia que no existen fundamentos facticos ni jurídicos, mediante los cuales se pueda afirmar que dicha entidad ha participado en la causa que dio origen a la supuesta vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la seguridad y salubridad públicas y al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, aducidos por el accionante, toda vez que como se expuso en la contestación de la demanda, no se encuentra dentro de las funciones atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud las de financiar la prestación de servicios de salud no incluidos en el POS-S, así sean autorizados por vía de acción de tutela o por el Comité Técnico Científico.

Así las cosas, advierte la Sala que en efecto, conforme al escrito de la demanda, en el presente asunto no se le atribuye a la Superintendencia Nacional de Salud ninguna acción y omisión que se considere amenace o viole los derechos colectivos alegados; así mismo, haciendo un análisis de las normas que regulan la materia que hoy es puesta a consideración de esta Corporación, y de las funciones constitucionales y legales atribuidas a la Supersalud, se deduce que ésta entidad no cuenta con la facultad procesal para desconocer o controvertir la reclamación que el actor dirige mediante la demanda.

Por lo expuesto se encuentra probada la excepción de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Superintendencia Nacional de Salud.

Por otra parte, advierte la Sala que la Supersalud propuso en la contestación de la demanda la excepción previa de inepta demanda, soportada en que en parte

alguna del escrito de la demanda se establecen los hechos y omisiones que, en concepto del accionante, se podrían atribuir a dicha entidad para predicar de ella alguna responsabilidad por la supuesta vulneración o amenaza sobre los derechos e intereses colectivos que fundamenta la presente acción.

De conformidad con lo anterior, es dable recordar que la norma trascrita inicialmente (Ley 472 de 1998, artículo 23), abre la posibilidad a que sean alegadas únicamente –además de las excepciones de mérito– dos excepciones previas, las referidas a: i) la falta de jurisdicción y, ii) la cosa juzgada.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el ente de vigilancia y control propuso la excepción previa de inepta demanda¹, la Corporación deberá declararla improcedente como se indicará en la parte resolutive de este fallo.

En relación con el problema jurídico planteado, atinente a si las conductas atribuidas a las demandadas vulneran los derechos colectivos a la moralidad administrativa, a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, la Sala considera necesario analizar el contenido de los derechos colectivos presuntamente vulnerado de cara a la conducta presuntamente vulneradora

La moralidad administrativa

Conforme con la Constitución Política, la función administrativa debe desarrollarse con fundamento en varios principios, como aquellos que se refieren a que las autoridades administrativas deben basar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, y entre estos principios incluyó el concepto de "moralidad", sin ningún otro calificativo, sin embargo, en el artículo 88 CP lo calificó con la expresión "administrativa", al referirse al marco de las competencias del legislador en cuanto a la regulación de las acciones que tengan por finalidad proteger los derechos colectivos relacionados con la "moral administrativa" y, como es bien sabido, la ley 472 de 1998 la adscribió como derecho e interés colectivo, de conformidad con el artículo 4.

Respecto a este derecho ha manifestado el Consejo de Estado:

"La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada. La vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal

¹ CPC. artículo 97, numeral 7

No 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante: Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado: Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

*inferencia, como lo ha concluido la Sala, surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que **la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad.** Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y, por ende, está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6° de la Constitución Política), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad. La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (artículo 6° Constitución Política), **pero no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto.**"² (Negrillas de la Sala)*

En relación con el interés colectivo de defensa a la moralidad administrativa, la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha sostenido que si bien es cierto éste no es un concepto unívoco que puede ser aplicado por el juez de manera silogística, puesto que tiene una textura abierta³, no es menos cierto que su aplicación en el caso concreto debe ceñirse a los parámetros de comportamiento ético generalmente aceptados, de tal forma que, en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben actuar con honestidad, consultando los intereses de la comunidad y conforme a los principios, valores y reglas de transparencia que limitan la actuación administrativa⁴. En síntesis, la defensa de la

² Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de mayo de 2011. Rad 88001-23-31-000-2005-00011-01 (AP). C.P. Dra. María Elizabeth García González.

³ Sentencias del 7 de junio de 2001, Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente AP-166 y del 24 de agosto de 2001, Sección Quinta del Consejo de Estado, expediente AP-401

⁴ Entre otras, sentencias del 25 de enero de 2001 de la Sección Primera, expediente AP-158, del 20 de abril y 6 de julio de 2001 de la Sección Cuarta, expedientes AP-121 y AP-154.

No 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante: Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado: Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

moralidad administrativa se relaciona con la exigencia de un comportamiento ético frente a la dirección, ejercicio y gestión de la cosa pública

Por otra parte es importante destacar que la afectación a los bienes jurídicos relacionados con la moralidad administrativa no puede suponerse sino verificarse y para ello se necesita una acción, es decir una materialización de la función administrativa como acontece con los actos, los contratos y en algunas oportunidades las omisiones. No debe confundirse sin embargo, esta verificación de la acción de la función administrativa, con las calificaciones de dolo y culpa que guardan relación con la intención y diligencia de la conducta y no con la revisión de la forma como esta se manifiesta.⁵

En consecuencia y tratándose de trasgresiones contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, el comportamiento de la autoridad administrativa o del particular en ejercicio de función administrativa, debidamente comprobado y alejado de los propósitos de esta función, e impulsado por intereses y fines privados, propios o de terceros, tiene relevancia para efectos de activar el aparato judicial en torno a la protección del derecho o interés colectivo de la moralidad administrativa.

Hechas las precisiones correspondientes sobre el contenido y alcance del derecho colectivo a la moralidad administrativa, advierte la Sala, que el actor parte de la premisa de que el retraso en el estudio y pago de las solicitudes de recobro presentadas por las EPS-S, por concepto de servicios de salud suministrados por las EPS-S a los afiliados del Régimen Subsidiario por orden de un juez de tutela o de un CTC, lesiona el derecho aludido, en la medida en que la gestión estatal no está generando los resultados que la comunidad en general espera, apartándose con ello de los principios orientadores de la función administrativa; aclara además el accionante que vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa no se limita a asuntos en donde haya conductas relacionadas con corrupción administrativa, sino que puede extenderse a otros ámbitos –como el que hoy ocupa el estudio de la Sala- relacionados con la negligencia operativa, en cuanto a los tiempos para el pago de los recobros por conceptos de orden de jueces de tutela y CTC.

En contraste, la parte demandada, DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, indicó que el actor popular fundamenta su dicho solo en afirmaciones, sin acompañar dichos señalamientos con medios probatorios adecuados, y en esa medida considera, que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes elementos probatorios suficientes, no debe prosperar a través de esta acción popular, arguye además que los dineros asignados para el sector salud del Departamento de Bolívar y que son administrados por la Secretaría de Salud Departamental han sido utilizados de acuerdo a lo que señala la ley y atendiendo

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. sentencia del 6 de marzo de 2003. Rad (AP - 869), C P Dr. Darío Quiñones Pinilla.

a las pautas que para el tema ha establecido el Ministerio de la Protección Social.

Así las cosas, en concordancia con las consideraciones expuestas sobre la moralidad administrativa, se tiene (i) que dentro del ejercicio de la función pública, las autoridades deben obedecer al marco de legalidad, pues éste es uno de los principios del Estado Social de Derecho y fundamento rector del ejercicio de la actividad administrativa, y (ii) que las exigencias para las reclamaciones de recobro están previstas en reglamentaciones normativas, que definen y delimitan la actuación de quien ejerce esa función estatal.

Dentro de la normatividad referida, se pueden destacar las siguientes normas:

-Ley 715 de 2001 " por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros", artículo 43:

"Artículo 43 Competencias de los departamentos en salud. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:

(. .)

43.2. De prestación de servicios de salud

(...)

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

43 2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental.

(. .)"

No. 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante. Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

-RESOLUCION 5334 DE 2008, del Ministerio de la Protección Social “por medio de la cual se adoptan los mecanismos que permitan agilizar los trámites requeridos para la atención en salud de los eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – No POS-S de los afiliados al Régimen Subsidiado, por parte de las entidades departamentales y distritales, y municipales certificadas en salud.”, artículo 4:

“Artículo 4° *Financiación de la atención de eventos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado – No POS-S.* La atención de los eventos NO POS-S, se financiará por las entidades territoriales con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones – Sector Salud – Prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, y los demás recursos previstos en las normas legales vigentes, garantizando el goce efectivo del derecho a la salud de esta población. Los pagos correspondientes se realizarán de conformidad con los procedimientos presupuestales correspondientes.”

-Aunado a las normas legales y reglamentarias transcritas, es pertinente mencionar la Sentencia T- 768 de 2001 de la Corte Constitucional, donde se ratificada el deber a cargo de los entes territoriales en lo relativo a casos como el que hoy suscita la acción popular de la referencia. Es pertinente destacar:

“Se advierte que los reembolsos al Fosyga únicamente operan frente a los servicios médicos ordenados por jueces de tutela o autorizados por el CTC en el régimen contributivo. **En estos mismos casos, cuando el usuario pertenece al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001 prevé que los entes territoriales asuman su costo por tratarse de servicios médicos no cubiertos con los subsidios a la demanda.**” (Negrita de la Sala)

Conforme a la normatividad transcrita, se podría concluir en un primer análisis que la omisión por parte del Departamento de Bolívar en el pago de los recobros afecta la moralidad administrativa, puesto que no es el comportamiento ético que se exige frente a la dirección y administración de los recursos públicos, situación que a su vez atenta contra los principios y valores que inspiran la prestación del servicio de salud, principios como los de eficacia, universalidad y unidad, definidos en el art. 2 de la ley 100 de 1993

No obstante, pese a estar acreditado en el expediente que la entidad accionada ha incumplido los plazos previstos en la regulación referida, y que por tanto la existencia de deficiencias en el sistema de recobro resulta innegable, concluye la Sala que en el caso sub-exámene no puede deducirse la afectación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pues el solo retardo de la Gobernación de Bolívar en tramitar los recobros y pagar las cuentas, no implica *per se* una conducta inmoral de la administración; es necesario además acreditar la presencia de otros elementos para que opere la vulneración a la moralidad administrativa,

No. 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante: Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado: Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

tales como la existencia de unos bienes jurídicos afectados, desviación de poder, favorecimiento del funcionario o de un tercero, elementos que no se probaron en este caso.

Recapitulando se tiene entonces, que en el presente caso se evidencia la trasgresión a la reglamentación que regula el tema en estudio, lo que afecta directamente como se concluirá más adelante la esencia misma de la salubridad pública, pero no se encuentra acreditada la afectación a la moralidad administrativa, porque ésta necesariamente exige la demostración de la mala fe o el dolo en el funcionario lo que no se acredita en el sub lite.

Por las anteriores razones la Sala no encuentra acreditada la violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Detallado lo respectivo sobre la moralidad administrativa, estudiará la Sala conjuntamente los demás derechos colectivos presuntamente vulnerados – acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; salubridad y seguridad públicas-, al considerar que están inescindiblemente relacionados y que es posible determinar su vulneración o no de manera conjunta.

Acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; salubridad y seguridad públicas.

El artículo 49 de la Constitución Política establece que “la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a toda persona el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”

El artículo ibídem indica también que “Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley ”

Agrega que “Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad ”

En este marco constitucional, se tiene que la salubridad pública, “es la parte del derecho de protección de la salud que se otorga a través de prestaciones realizadas por el Estado en beneficio del individuo y de la sociedad en general, tendientes a proteger y restaurar la salud de la persona y de la colectividad a fin de alcanzar un estado físicamente sano de la población del país, de manera individual o concurrente”⁶

Así las cosas, es dable concluir que la salubridad pública es el derecho que garantiza la existencia de los factores y condiciones que hacen posible una vida digna y duradera.

En el contexto de la noción de salubridad pública, se erige el derecho al acceso a una infraestructura de servicios que la garanticen, como una forma de materializar y de hacer efectivas las garantías que el mismo derecho otorga; un engranaje adecuado - entendiéndose éste como una infraestructura de servicios de calidad-, determinará en gran medida la efectividad del derecho colectivo antes referido, por lo que es dable concluir que la infraestructura garantiza buenas condiciones de salubridad pública; por tanto, si se busca la efectividad de éste derecho colectivo, necesariamente y como presupuesto de dicha efectividad, tiene que existir una infraestructura adecuada de los servicios que permitan acceder a las condiciones salubres que pretende garantizar la norma que regula las acciones populares.

Por otra parte, el derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, es la garantía de una colectividad, de que sean satisfechas sus necesidades básicas mediante la prestación de un servicio por parte de un particular o del Estado, de manera eficiente, regular y continua, lo que contribuye al mejoramiento de su calidad de vida.

En la demanda se planteó la violación a los tres derechos referidos, basado en que el no trámite y pago de los recobros de forma oportuna genera un represamiento de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que no permite que las EPS-S tengan flujo de caja para atender de manera eficiente la prestación de los servicios de la población afiliada al Régimen Subsidiado en la regiones donde opera, es decir, la falta de liquidez por el no pago de lo recobros, genera que las EPS-S no puedan garantizar de forma eficiente los servicios de alto costo, la promoción y prevención de las enfermedades de sus afiliados y en general los servicios POSS, conforme lo ordena el artículo 49 de la C P

⁶ Diccionario jurídico mexicano, UNAM Tomo VIII, pág. 84

No 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante: Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado: Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

En efecto, y tal como lo proyecta el actor popular, considera la Sala que el retraso del ente territorial obligado –Departamento de Bolívar-, en tramitar las recobros y hacer el pago oportuno de las cuentas, amenaza los derechos colectivos alegados, toda vez que la mora en el pago tiene un efecto lógicamente perjudicial sobre la financiación del sistema, y consecuentemente sobre la calidad del mismo, perjudicándose de esa manera, a los afiliados al régimen pluricitado⁷, afiliados que constituyen la población más pobre y vulnerable del país (área rural y urbana), y que por tanto merecen una especial protección estatal, protección que concretamente en lo referente al Sistema de Salud reglamentado para este grupo poblacional, será menos íntegra y de calidad en la medida en que el actuar omisivo del ente territorial (no pago oportuno de los recobros) propicie el desfinanciamiento de las Entidades Promotoras de Salud del régimen subsidiado encargadas de prestarles los servicios.

Precisamente en relación con el aludido desfinanciamiento de las EPS-S, no comparte esta Corporación lo dicho por la GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR en la contestación de la demanda, en el sentido de afirmar que el presupuesto de las ESP-S no depende exclusivamente de los dineros del recobro, sino que tienen otras fuentes de ingresos que permiten su sostenibilidad y la prestación de los servicios médicos, tales como las Unidades de Pago por Capitación (UPC), copagos, cuotas moderadoras, recursos propios, etc, pues no es admisible que el Estado pretenda defenderse aduciendo que pese a que incumple sus obligaciones, las EPS-S no solo subsisten de los dineros del recobro y que por tanto tienen otras fuentes de ingresos que a su juicio garantizan la cobertura, eficiencia y calidad que se pretenden proteger con esta acción popular.

Así las cosas, concluye esta Sala de Decisión que si bien el retardo aludido no atenta contra la moralidad administrativa, según las consideraciones expuestas en el acápite que trató éste derecho colectivo, sin sombra de duda sí amenaza y pone en peligro el acceso al servicio de salud, a la seguridad y salubridad pública, y principalmente, a que su prestación sea eficiente y oportuna, amenaza que se encuentra suficientemente demostrada con el material probatorio que se relacionó con anterioridad.

En lo referente a la violación de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a una infraestructura de servicios que garanticen la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, encuentra pertinente la Sala aludir a un fallo del Consejo de Estado⁸, que estudió -como en este caso- la amenaza a la que se exponen dichos derechos colectivos con ocasión del incumplimiento de ciertas obligaciones financieras que tienen algunas entidades con las EPS; si bien la providencia en

⁷ Régimen Subsidiado Artículo 211 de la Ley 100 de 1993

⁸ Sección Tercera, 21 de febrero de 2007 C P ENRIQUE GIL BOTERO

mención, estudió los recobros que al FOSYGA efectuaban las EPS del régimen contributivo, considera la Sala que las reflexiones que allí se plasmaron resultan perfectamente aplicable al caso que se estudia. Se destaca:

“En este sentido, con el retardo sí se amenaza y pone en peligro el acceso al servicio de salud, a la seguridad y salubridad pública, y sobre todo, a que su prestación sea eficiente y oportuna, pues no es igual que las EPS cuenten, puntualmente, con los recursos que han invertido en los pacientes financiados por el FOSYGA, a que el dinero tarde hasta un año o dos en recuperarse. Este hecho estimula la ineficiencia del servicio de salud, sobre todo porque las empresas que actualmente prestan servicios públicos, han entrado en la lógica de que la eficiencia financiera y la utilidad forman parte de los principios gerenciales con los cuales opera el sistema completo.”

(...)

“En este sentido, la Sala hace propio el concepto del Ministerio Público, para quien cualquier falla o falta de eficiencia en los procedimientos diseñados, puede llevar al colapso del sistema. Por ejemplo, un retraso injustificado y sistemático en la auditoría y pago de los recobros por medicamentos no Pos y fallos de tutela, acumulando altas cifras por pagar, puede provocar un desmedro económico para las EPS y ARS que, a su vez, comprometan su capacidad financiera, y por ende su eficiencia, e inclusive su viabilidad, afectándose de esa manera el acceso a la infraestructura de salud. Lo anterior, agregó, pone en peligro la sostenibilidad del sistema y, por consiguiente, el derecho colectivo al acceso a la infraestructura de los servicios públicos que garantiza la salubridad pública y a que su prestación sea eficiente y oportuna.”

(...)

“En conclusión, este impacto sobre el flujo de caja de las EPS amenaza y pone en riesgo los derechos colectivos invocados, y por esa razón se concederá el amparo pedido por los actores.”

En este orden de ideas se ordenará, en la parte resolutive, que los trámites de las cuentas se hagan en tiempo oportuno, para las que se presenten en adelante; las que están en mora de ser revisadas para que se haga en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la ejecutoria de este fallo, y se paguen en los tiempos previstos en las normas vigentes; y las que están pendiente de pago porque cumplen con los requisitos de las resoluciones también vigentes, para que se paguen en un término máximo de dos meses, plazos que estima prudentes la Sala para que el ente territorial accionado - teniendo en cuenta la amenaza a los derechos colectivos que *per se* implica el retraso en los trámites y pago de las

No 13-001-23-31-002-2011-00562-00

Demandante: Diego Gutiérrez Lacouture

Demandado Departamento de Bolívar- Secretaría de Salud de Bolívar

solicitudes- , se adecue a través de las dependencias correspondientes para el estudio célere de las cuentas radicadas, y se ajuste presupuestalmente destinando los rubros necesarios para el cabal cumplimiento de la obligación que se ha estudiado a lo largo de este fallo

INCENTIVO

En cuanto a la solicitud de reconocimiento del incentivo, advierte la Sala que si bien los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 establecieron un estímulo para los actores populares, por cuya gestión se protegen los derechos colectivos, ambas normas fueron derogadas por la Ley 1425 de 2010, publicada en el Diario Oficial No. 47937, del 29 de diciembre del mismo año, disponiendo en su artículo primero *"Deróguense los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998"*, y en el segundo que: *"la presente ley rige a partir de su promulgación y deroga y modifica todas las disposiciones que le sean contrarias"*.

A este respecto, advierte la Sala que el Consejo de Estado mediante Sentencia de Unificación de 3 de septiembre de 2013, Proceso (AP) 170013331001200901566 01, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, unifico el criterio respecto al incentivo económico, concluyendo en relación con la derogatoria del mismo en el marco de las acciones populares, que a partir de la promulgación, en diciembre de 2010, de la Ley 1425, e incluso en los procesos promovidos con anterioridad a la expedición de dicha Ley, no había lugar al pago del estímulo pluncitado.

Así las cosas, en atención al criterio jurisprudencial esgrimido, y siendo claro que el incentivo del que trataba la Lay 472 de 1998, no tiene lugar ni en los procesos que iniciaron su trámite antes de la expedición de la Ley 1425, esta Corporación no reconocerá este estímulo económico solicitado por el accionante

En merito de los expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la falta de legitimación por pasiva propuesta por SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, conforme a lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: DECLARAR improcedente la excepción de inepta demanda propuesta por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

TERCERO: DENEGAR el amparo del derecho colectivo a la moralidad administrativa, conforme a lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: AMPARAR los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, amenazados por el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.

QUINTO: ORDENAR al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, que los trámites de las cuentas se hagan en tiempo oportuno, para las que se presenten en adelante; las que están en mora de ser revisadas se haga en un plazo máximo de 3 meses, contados desde la ejecutoria de este fallo, y se paguen en los tiempos previstos en las normas vigentes; y las que están pendiente de pago porque cumplen con los requisitos de las resoluciones también vigentes, para que se paguen en un término máximo de dos meses.

SEXTO: NEGAR el incentivo de que trata el artículo 39 de la ley 472 de 1998.

SÉPTIMO: 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 esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO


HIRINA MEZA RHENALS



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1311
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: JOSE EFRAIN ALFARO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-008-2010-00106-01
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 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



*A. 343 a 362
(4.º)*

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 30312013

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

TEMA: Falla del servicio - Responsabilidad por muerte de soldado profesional por ahogamiento en río.-

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 006 2010 00106 01

II. PARTES

Demandante: JOSE EFRAIN ALFARO Y OTROS.

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA13-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra la sentencia de fecha dieciocho (18) de marzo del año dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado sexto administrativo del circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.-

IV. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

PRIMERO. Declárese a la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL) culpable y responsable administrativamente por los daños antijurídicos morales materiales causados a los demandantes como consecuencia a muerte de su deudo, el Soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ, quien fallece como consecuencia a una acción producida por un miembro activo de la EJERCITO NACIONAL, en hechos sucedidos el día 24 de julio de 2008.

SEGUNDO. Por concepto de DAÑOS MORALES SUBJETIVOS (PRETIUM DOLORIS), condénese a la NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL), pagar a los demandantes que a continuación relaciono, la siguiente cantidad de dinero como indemnización, representado en salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el valor que tenga a la fecha de ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso, junto con los intereses comerciales que se causen durante los seis meses siguientes a dicha ejecutoria y los moratorios que se originen después de este término, así:

- José Efraín Alfaro – Padre – 100 SMLMV
- María Rosalba Rodríguez Jiménez. – Madre – 100 SMLMV
- Nini Johana Alfaro Rodríguez – Hermana – 50 SMLMV
- María Ubaldina Alfaro Rodríguez – Hermana - 50 SMLMV.

TERCERO. Por concepto de DAÑOS MATERIALES DE LUCRO CESANTE, pretende JOSÉ EFRAÍN ALFARO y MARÍA ROSALBA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, padres de JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ, la suma de dinero que cubra la supresión de la ayuda económica que este habría de suministrarles todavía, por un periodo de vida probable de 51.37 años (616.44 meses respectivamente) a razón de

CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS PESOS M-L (\$496.900ML) mensuales, ajustados según los índices de precios al consumidor que corresponda al mes de enero del año 2009, y al mes anterior a la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso, junto con los intereses comerciales que se causen durante la ejecutoria y los moratorios que se originen después de ese término, sumas que hoy se estiman así:

- José Efraín Alfaro – Padre – IDA: \$5.003.921 – IFA \$120.014.806.
- María Rosalba Rodríguez Jiménez. – IDA: \$5.003.921 – IFA \$120.014.806.

CUARTO. DESTRUCCIÓN DEL PROYECTO DE VIDA. Con el hecho producido por la acción u omisión de los mandos superiores se produce una alteración de las condiciones de vida y se destruye con ello el proyecto de vida organizado por la víctima para lograr el bienestar de su familia, motivo por el cual la Nación Colombiana tiene que garantizar y reparar este daño a sus padres, con la suma de 400 SMLMV, así:

- José Efraín Alfaro – Padre – 100 SMLMV.
- María Rosalba Rodríguez Jiménez. – 100 SMLMV.

QUINTO. Por concepto de DAÑOS MATERIALES EMERGENTES condénese a la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL, pagar a JOSÉ EFRAÍN ALFARO y MARÍA ROSALBA RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, la suma de VEINTE MILLONES DE PESOS ML (\$20.000.000) que se desprenden de gastos funerarios, terapia psicológica, etc.

2. HECHOS

PRIMERO. La parte demandante pretende con esta demanda obtener el reconocimiento y pago de los daños morales, materiales, fisiológicos vida relación causados a los demandantes como consecuencia a la muerte en ahogamiento de su

hijo y hermano, el soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ, quien fallece en una acción u omisión producida por miembros activos del EJERCITO NACIONAL, en hechos sucedidos el día 24 de julio de 2008, en el Rio Caribona a la altura del Municipio de Montecristo Jurisdicción del Departamento de Bolívar.

SEGUNDO. El día 24 de julio de 2008 muere ahogado el soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ en el rio Caribona jurisdicción del Municipio de Montecristo Departamento de Bolívar, portando prendas de dotación oficial tales como camuflados, botas, granadas y toda la artillería pesada de combate en tierra firme.

TERCERO. Según informe administrativo por muerte N°002 de agosto 4 de 2008 presentado por el Teniente coronel JAMES EDINSON PINEDA PARRA a las fuerzas militares de Colombia Ejército Nacional Batallón de Infantería N°4 "General Antonio Nariño" manifiesta que: el día 24 de julio de 2008 el personal de contraguerrilla N°2 se encontraba en el sector conocido como Matabobo jurisdicción del Municipio de Montecristo Bolívar, cuando decidieron cruzar a pie el rio Caribona con todo el equipo de guerra terrestre, al momento del cruce el soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ fue arrastrado por la corriente del río, resultando ahogado y encontrado el día 25 de julio de 2008.

CUARTO. El Teniente JUAN PABLO PALACIO ALARCÓN en radiograma de julio 25 de 2008 manifiesta que el soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ al momento de efectuar el cruce del rio Caribona fue arrastrado por las aguas y encontrado muerto el día 25 de julio de 2008.

QUINTO. El Teniente CESAR MORENO GÓMEZ, Comandante del pelotón de antorcha No.2, donde marchaba el soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ, asumiendo su propio riesgo y la de su tropa en mando, lo puso en peligro eminente de sus vidas, cuando les ordenó cruzar el río Caribona, caminando, con toda la artillería pesada de guerra en hombros, cuando debió hacerse el cruce con

equipos adecuados marinos o fluviales, tales como flotadores, lanchas, chalupas, bolsas, sogas, necesarios para protegerse y evitar accidentes como efectivamente sucedió con el soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ.

SEXTO. A los mandos superiores del Ejército Nacional de Colombia, comandantes de tropa y en especial al Teniente CESAR MORENO GÓMEZ, en el caso en particular, les faltó poner en práctica planes y estrategias tendientes a la adopción oportuna de medidas preventivas para garantizar el éxito de las operaciones y proteger la integridad de los soldados a su mando, para lograr el propósito de la misión táctica Jericó - operación fuerte X, una de las tantas estrategias era la de utilizar, los equipos adecuados marinos o fluviales para cruzar el río.

SEPTIMO. Los superiores y comandantes de la tropa referida en los numerales anteriores, abandonaron a su suerte a los soldados y les impusieron cargas imposibles de cumplir, cuando les ordenaron cruzar el caudaloso río Caribona, con pesados equipos de guerra y sin adecuados equipos de navegación, no debieron abandonarlos a su suerte, ni imponerles cargas imposibles de cumplir, por el contrario, es un deber del superior de dotarlos de los elementos necesarios para permitir el cabal cumplimiento de las obligaciones, con mayor razón en los casos en que es previsible, para mantenerlos vivos, pues la vida es lo primero en cualquier misión.

OCTAVO. Los superiores y comandantes del Ejército Nacional Colombia y en especial al Teniente CESAR MORENO GÓMEZ, con su proceder, violaron toda clase de norma de seguridad, por las graves omisiones en que incurrieron, primero (1°) por realizar un desplazamiento inadecuado, segundo (2°) no dotar a los soldados de adecuados medios de transporte fluvial, tales como lancha, chalupas, chalecos, salvavidas, neumáticos, etc., en un caudaloso río como es el Caribona.

NOVENO. Los superiores y comandantes del Ejército Nacional Colombia tenían pleno conocimiento del peligro que representa cruzar el Río Caribona a la altura del sur del

Departamento de Bolívar, sin adecuados equipos de navegación, pues en este lugar habían muerto 11 soldados el día 6 de enero 1999, por la imprudencia de los superiores que ordenaron a su tropa cruzar el río, en una rústica lancha y la Doctora ELVIRA PACHECO ORTIZ, magistrada del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, condenó a la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Ejercito Nacional, con la sentencia No. 002-1999-0293-05 en el proceso administrativo ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA de JOSÉ INÉS MARTINES SURITA Y OTROS contra dicha entidad (anexo sentencia).

DÉCIMO. Cabe anotar que según la jurisprudencia del Consejo de Estado, en fallo proferido el día 9 de agosto de 2001. Sección Tercera, M.P. Dra. MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Radicado 19001-23-31-000-1993-2998-01 (12998):

"...Si bien los términos de la fuerza pública deben soportar el riesgo de asumir los daños como consecuencia del ejercicio de sus funciones, el cual, por la naturaleza de estas, asumen al aceptar sus cargos, y al ocurrir, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado - pues por lo general, se configura una de las causales de exoneración, normalmente hecho de un tercero o fuerza mayor, - debe precisarse que ello no autoriza a éste último para abandonarlas a su suerte, imponiéndoles cargas impasibles de cumplir, por el contrario, es su deber de dotarlos de los elementos necesarios para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones, con mayor razón en los casos en que es previsible un enfrentamiento armado, y poner en práctica planes y estrategias tendientes a la adopción oportuna de medidas preventivas, para garantizar el éxito de las operaciones y proteger la integridad de los combatientes legítimos"

ONCE. NEXO CAUSAL. La muerte del soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ fue como consecuencia directa de la imprudencia, negligencia e impericia del comandante de grupo, cuyas omisiones les son imputables a la administración la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Ejercito Nacional, la cual

debe responderle patrimonialmente a los accionantes hasta repararlos integralmente en el daño causado, conforme al Artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

B. LA CONTESTACION (folios 53 a 56)

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, indicando concretamente que el DECRETO 1796 del 14 de septiembre de 2000, en su artículo 31 DEFINE EL ACCIDENTE DE TRABAJO, como todo suceso repentino que sobrevenga en el servicio por causa y razón del mismo, que produzca lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez o la muerte. También es accidente de trabajo el que se produce durante la ejecución de órdenes impartidas por el Comandante, Jefe respectivo o superior jerárquico o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo.

DE IGUAL FORMA el CASO FORTUITO O LA FUERZA MAYOR se define como el suceso que no se puede prever ni evitar, como el naufragio, el apresamiento de enemigos, el terremoto, etc.

Bajo estos dos conceptos transcritos, es claro para la demandada que la muerte por inmersión en el río Caribona del soldado profesional ALFARO RODRÍGUEZ, no fue el resultado de una falla del servicio, fue un ACCIDENTE DE TRABAJO ocasionado POR UNA CIRCUNSTANCIA MERAMENTE FORTUITA O DE FUEREZA MAYOR, porque tal como se describen las circunstancias de los hechos en el informe administrativo 002 de agosto 4 de 2008, se había verificado la profundidad del paso por el río, y allí no superaba los 70 centímetros, luego ningún soldado, ni sus superiores hubiesen podido preveer que en tal profundidad se daría un ahogamiento, por ello cruzaron varias escuadras de soldados sin ningún inconveniente; pero al tratar de hacerlo una corriente fuerte y súbita, no necesariamente profunda, arrastró al soldado ALFARO RODRÍGUEZ, quien murió ahogado; esa desafortunada circunstancia, fue tal fortuita y ningún otro de sus compañeros sufrió la misma suerte:

estuvo en el lugar equivocado al momento equivocado; y por ello no se puede imputar responsabilidad a la ADMINISTRACIÓN.

C. LA SENTENCIA APELADA (folios 273 a 285)

En la sentencia de primera instancia el a-quo negó las pretensiones de la demanda pues concretamente consideró que la muerte del soldado, fue ocasionada por riesgos propios de la profesión u oficio, y no la culpa de la Armada Nacional.

Indica el fallo apelado que si bien hay testimonios en los que se expresa que no contaba el personal con salvavidas, alegándose en la demanda que debieron hacer uso de chalecos, lanchas, chalupas, bolsas, sogas, etc., para cruzar el río, esa sola circunstancia no es determinante de falla del servicio, siendo en todo caso entendible que como parte de la dotación permanente de un soldado, no es dable exigir todo tipo de equipos, máxime cuando la mayor parte del desplazamiento planificado se hace por tierra, a pie y cargando dicha dotación.

Se consideró que a los soldados se les instruye para afrontar ese tipo de situaciones, contenido obligacional cuyo cumplimiento no se desvirtuó, existiendo en autos el relato de testigo que indica que se les impartió en su formación, cursos de natación, precisamente para habilitarlos en la asunción de ese tipo de riesgos.

Para la juez de instancia está demostrado que el operativo fue planificado por su Comandante, que se tomaron medidas previas para medir los riesgos y acorde con las condiciones evidenciadas, se autorizó el desplazamiento del personal en tríadas y que ocurrido el percance se dispuso la búsqueda del soldado; no habiendo probanza de que se expusiera a éste, a un riesgo anormal o se lo dejara en situación de indefensión o a su suerte.

De la vinculación voluntaria del joven fallecido a la institución armada, se desprende que asumió los riesgos propios de la profesión que eligió libremente, por lo cual no cabe imputarle responsabilidad al Estado por los daños que el soldado voluntario pudiera sufrir en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, no estando probadas las condiciones especiales para que dicha responsabilidad opere.

Se indicó que al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho también, que en principio, en la medida en que una persona ingresa libremente a una de estas instituciones y se vincula al ejercicio de esa clase de actividades que entrañan riesgo para su vida e integridad personal, está aceptándolo como una probabilidad y lo asume como característica propia de las funciones que se dispone a ejercer. Así, cuando el riesgo se concreta y el servidor público -agente de Policía, soldado, etc.- sufre lesiones o encuentra la muerte cuando se hallaba ejerciendo sus funciones y por razón de las mismas, surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales consagradas en el régimen laboral especial al que está sujeto; sin embargo, la responsabilidad por ese daño no se le puede imputar al Estado, a menos que se logre demostrar que hubo de por medio una falla del servicio o que la víctima fue expuesta a un riesgo excepcional, comparativamente con la situación de sus demás compañeros de armas.

En consecuencia, dado que en el sub-lite se alegó una falla del servicio y toda vez que la misma en estos eventos no se presume, le correspondía a la parte actora, en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C.P.C, - aplicable en los procesos contencioso administrativos por la remisión que a las normas de este código hace el artículo 267 del CCA-, norma conforme a la cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", acreditar los tres elementos propios de este tradicional régimen de imputación de responsabilidad estatal: la falla del servicio propiamente dicha, el daño antijurídico y el nexo de causalidad entre estos dos, es

decir, que fue la actuación u omisión de la Administración, la causa eficiente del daño antijurídico.

Concluye el a quo que en el presente caso, acorde con lo probado en autos y las premisas normativas expuestas, no es posible inferir que se produjo un daño antijurídico imputable a la demandada, con ocasión de la muerte del soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ, en acto del servicio sometido a riesgos ordinarios del mismo.

D. LA APELACION (folios 287 a 294)

La parte demandante apeló la sentencia del a-quo manifestando que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL en el caso sub examine incurrió en responsabilidad de tipo indirecto que se evidencia en la falla del servicio, ya que los soldados que se encontraban en operación cruzando a pie el río Caribona entre esos el soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ (Q.E.P.D.), no portaban los materiales de seguridad requeridos para estas operaciones, como lo son los salvavidas.

Es incuestionable para el demandante que la muerte del soldado, fue causada por una falla que recae a la entidad demandada, vulnerándose, en consecuencia, sus derechos al no protegerlo en su vida, incumpliendo de esta forma los deberes fundamentales consagrados en la Constitución Nacional.

Si un estamento del Estado incumple el ordenamiento tutelar de los derechos ciudadanos, es lógico que ello implica para el mismo una serie de obligaciones, que no se vieron acatadas en relación con la víctima y, por ello, no protegió su vida.

Estas faltas o fallas cometidas por la persona de derecho público, son las que se deben corregir, porque los agentes de la Administración no procedieron como era obligación haberlo hecho.

El hecho dañoso es imputable únicamente al Estado, en cabeza de uno de sus órganos, sin que exista causa exonerativa de responsabilidad porque el daño no se produjo por culpa de la víctima, ni por la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito, que sirvieran de fundamento para hablar con certeza del acaecimiento de un hecho imprevisible.

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado es abundante cuando, al desarrollar los principios atinentes a la responsabilidad pública, ha sentado: *"...De ahí que bien puede predicarse que la responsabilidad del Estado se desprende de la obligación que nace para éste de reparar los perjuicios causados bien sea a la sociedad o a uno de sus miembros, como consecuencia del no cumplimiento o del defectuoso cumplimiento o tardío cumplimiento de los deberes fundamentales consagrados en la Constitución..."*.

El Estado se encontraba en el deber de garantizar las condiciones necesarias para que la labor que desarrollaban los soldados no les produjera daños, de tal manera que el hecho de exponerlos al desarrollo de una actividad como la del cruce de un río a pie y sin tener los medios de seguridad necesarios para hacerlo, constituye un falla del servicio que permite imputar el daño a la demandada, sin que se haya demostrado la existencia de culpa de la víctima como causa exclusiva o concurrente del daño.

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA. (Folio 329-335)

La agente del Ministerio Público delegada en el presente proceso, rindió concepto en el trámite de segunda instancia, solicitando la confirmación del fallo apelado, pues a su juicio la muerte del soldado obedeció a un riesgo propio u ordinario del servicio que se encontraba prestando, por consiguiente no hay lugar a declarar la responsabilidad de la demandada.

V.- TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- El recurso fue admitido por auto de fecha 14 de junio de 2013 (Fl. 298).
- Posteriormente por auto de 30 de julio de 2012 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y concepto de fondo respectivamente.
- Finalmente el expediente ingresa al Despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de sentencia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los juzgados administrativos del circuito de Cartagena.

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior, razón por la cual, la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

En virtud de lo anterior, se procede a delimitar el problema jurídico y los puntos sobre los cuales va a versar el estudio de fondo en esta instancia.

2. Síntesis del Caso.

En el presente asunto se pretende que se declare la responsabilidad administrativa del Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por la muerte de un soldado profesional, quien falleció ahogado el día 24 de julio de 2008 mientras atravesaba por sus propios medios (caminando) las aguas del río Caribona, a la altura del Municipio de Montecristo Jurisdicción del Departamento de Bolívar, en el desarrollo de una operación militar.

Manifiesta la parte demandante que al ordenar el superior del soldado el cruce del río, sin contar con las herramientas apropiadas para el cruce del mismo a pesar de ser de alto caudal, se colocó al soldado en una situación de riesgo desproporcionado al desarrollo de sus funciones, lo cual le ocasionó la muerte por ahogamiento, hecho que se constituye a juicio del actor como un actuar irresponsable de la Armada Nacional, y por consiguiente se deben ordenar las indexaciones correspondientes a los familiares del fallecido.

Por su parte la entidad demandada se defiende concretamente argumentando que el hecho que ocasionó la muerte del soldado, debe ser entendido como un accidente de trabajo, ocasionado por una circunstancia meramente fortuita e imprevisible, ocasionada por una súbita corriente.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, concluyendo concretamente que el hecho que ocasionó la muerte del soldado no puede ser atribuible a la entidad demandada, pues el accidente ocurrido se debió un acto del servicio por riesgos ordinarios del mismo.

Por su parte el demandante insiste en su apelación en la responsabilidad que recae sobre la demandada, por el hecho de haber colocado en riesgo la vida del soldado, quien tuvo que atravesar el caudaloso río con las prendas de dotación oficial como camuflado, botas, granadas y toda la artillería pesada, pero sin entregarle equipos

fluviales adecuados como: flotadores, lanchas, chalupas, bolsas, sogas, o cualquier elemento necesario para evitar que se ahogara.

Indica el apelante que se impusieron cargas desproporcionadas al soldado al ordenarle el paso por el río, a pesar que la entidad demandada tiene conocimiento de lo caudaloso del río, más cuando existen fallos tanto del Tribunal Administrativo de Bolívar, como del Consejo de Estado en donde se les ha condenado por la muerte de soldados en las caudalosas aguas del río Caribona.

3. Problema Jurídico

De conformidad con los argumentos presentados en la demanda y en su contestación, así como los expuestos por el juez a quo en la sentencia que se revisa, y los argumentos expuestos en su recurso de apelación por el apoderado de la parte demandante, la Sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si la muerte del soldado profesional JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRIGUEZ, se produjo en circunstancias constitutivas de riesgos propios de la actividad militar, que la víctima asumió de manera voluntaria al vincularse a los servicios de seguridad del Estado, o si ese daño es imputable a la entidad demandada, por haberse producido como consecuencia de una falla del servicio.

4. Hechos relevantes probados.

4.1 Registro civil de defunción del señor José Gregorio Alfaro Rodríguez, en donde se establece que la muerte fue el 24 de julio de 2008. (Folio 14)

4.2 Registro civil de nacimiento del señor José Gregorio Alfaro Rodríguez, en donde se establece que nació el 15 de septiembre de 1986, en donde se deja constancia que es hijo de la señora María Rosalba Rodríguez Jiménez y el señor José Efraín Alfaro. (Folio 15)

4.3 Registros civiles de nacimiento de las señoras Nini Johana Alfaro Rodríguez y María Ubaldina Alfaro Rodríguez, quienes se presentan al proceso como hermanas del fallecido señor José Gregorio Alfaro Rodríguez. (Folio 18-19)

4.4 Informe administrativo por muerte del Soldado Profesional José Gregorio Alfaro Rodríguez, en donde se estableció el siguiente concepto:

“De acuerdo con el informe rendido por el señor Teniente MORENO GOMEZ CESAR, Comandante de Pelotón, el día 24 de junio de 2008, siendo aproximadamente 03:30, el personal de antorcha 2 se encontraba en coordenadas 08°00'32"-74° 29'35" sector conocido como Matabobos, a orillas del río Caribona, punto en el cual se realizaría el cruce del mismo, se verificó el caudal del río el cual en la parte más honda no superaba los 70 centímetros de profundidad. Pasa la primera y la segunda escuadra en orden de marcha sin problema, cuando se estaba realizando el cruce de los últimos hombres de la unidad, de repente se viene una creciente bastante fuerte lo que provocó la caída del SLP. Alfaro Rodríguez José Gregorio. De inmediato se inicia la búsqueda del soldado. Siendo encontrado el cadáver el día 25 06:15 horas por un personal de la cruz roja que se desplazaba por el lugar coordenadas 08° 01'21"-74° 31'02" al verificar el estado del soldado, se notó que su cara estaba morada y expulsaba sangre por la nariz, además de esto le faltaba la bota izquierda.”

4.5 Copia de la investigación disciplinaria adelantada por los hechos ocurridos con ocasión de la muerte por ahogamiento del joven Alfaro Rodríguez José Gregorio, investigación que concluyó con el archivo definitivo de la investigación, pues se determinó que la muerte del soldado fue por causa de un accidente propio del servicio. (Folio 157 - 248)

4.6 Informe de necropsia expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal, en donde se determina que la muerte del soldado Alfaro Rodríguez José Gregorio, se debió a asfixia mecánica por inmersión en el río. (Folio 255-257)

4.7 Manual de la misión táctica No.090, en donde se encuentra el reglamento de combate y la orden de operaciones, en donde se establece como riesgo de la operación que: *“Debido al invierno las quebradas, caños y ríos están crecidos y tendremos que aplicar todas las medidas de seguridad para pasar estos lineales”*. (Folio 179 a 203)

5. Régimen de Responsabilidad Aplicable.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa.

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

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

De ésta modalidad de responsabilidad del estado, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo

jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de "injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal", ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional".¹

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se mira la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone.

Ahora bien, el daño antijurídico debe configurarse mediante alguna de las teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- La clásica falla del servicio en su modalidad probada o presunta y que también puede ser por acción u omisión.
- La teoría del daño especial.

¹ Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515.

- La teoría del riesgo excepcional
- La responsabilidad por vías de hecho
- La responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.
- La responsabilidad por trabajos públicos
- La responsabilidad por almacenaje de mercancías
- La responsabilidad por error judicial.

Ahora bien, es del caso tener en cuenta que las imputaciones fácticas y jurídicas, que contiene la demanda, se refieren a la muerte del Soldado Profesional José Gregorio Alfaro Rodríguez, cuando se le dio la orden de atravesar el río Caribona sin contar con el equipo adecuado para el paso de un río de alta peligrosidad, cargando todo su equipo de guerra, lo que le causó la muerte por ahogamiento, con ocasión de la grave situación de riesgo en que fue colocado el soldado, riesgo que puede generar una falla en el servicio y la **irregularidad administrativa** en tal hecho, por quebrantar los artículos 2º y 90 de la Constitución Política de 1991, que impone como deberes al Estado velar por la vida, honra, bienes y demás derechos de los asociados e indemnizar el daño antijurídico que le sea imputable. Es decir que la parte demandante para el caso bajo examen, la demanda se funda en el régimen de responsabilidad de la administración conocido como de "falla probada en la prestación del servicio", que presenta tres modalidades o supuestos a saber:

- Indebido funcionamiento del servicio.
- No funcionamiento del servicio
- Funcionamiento del servicio, pero tardío.

Partiendo de esas imputaciones y del material probatorio, como ya se verá, la Sala considera que el régimen de responsabilidad aplicable al caso bajo examen es el de falla del servicio probada. Y si bien el hecho demandado se vincula al ejercicio de una actividad peligrosa, como lo es el ingreso a las fuerzas militares y por tanto en

principio el régimen aplicable sería el de riesgo creado, no obstante ocurre que la conducta de la Administración en el acaecimiento de la muerte del referido soldado se calificó en la demanda, de anómala, por quebrantar normas constitucionales. Es por esto último que el caso se estudiará buscando la conducta irregular del demandado.

Hay que mencionar que para la configuración de la "falla del servicio" el Consejo de Estado vía jurisprudencial² ha determinado los siguientes requisitos:

"a) Una falta o falla del servicio de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de la que se trata, no es la personal del agente administrativo sino la del servicio o anónima de la administración;

b) lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente ajeno al servicio, ejecutado como simple ciudadano;

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc. Con las características generales predicadas por el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc;

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización".

Pues bien, bajo este régimen de responsabilidad de la falla del servicio probada, la carga de la prueba de los requisitos arriba mencionados, está a cargo del demandante por regla general y demostrados estos, la parte demandada sólo se podrá exonerar de responder en la medida en que a su vez logre demostrar la debida diligencia, el cuidado, la pericia en la prestación del servicio a su cargo, el hecho de la propia

²Consejo de estado, sentencia de 28 de octubre de 1976, expediente 1482, Magistrado Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la existencia de un caso fortuito y la fuerza mayor.-

Ahora bien, con relación a la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal del Soldado Profesional, la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha señalado que la misma constituye un riesgo propio de la actividad. Así lo precisó en sentencia de (17) de marzo de dos mil diez (2010)³:

(...) "La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la Fuerza Pública; de allí que cuando el aludido riesgo se concreta, en principio no resulte jurídicamente viable atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual alguna en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el militar profesional afectado, riesgo de mayor entidad que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada⁴.

Hay eventos en los cuales el daño antijurídico cuya reparación se reclama deriva de las lesiones o de la muerte de un miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional, del DAS o de cualquier organismo similar, entidades cuyo

³CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA C.P. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil diez (2010). Rad. No 50001-23-26-000-1997-06298-01(17656)

⁴En el anotado sentido, véanse las sentencias del Consejo de Estado, S C A , Sección Tercera, de noviembre 15 de 1995 —Exp 10286—, diciembre 12 de 1996 —Exp. 10437—; abril 3 de 1997 —Exp. 11187—; mayo 3 de 2001 —Exp. 12338— y marzo 8 de 2007 —Exp. 15459—.

común denominador está constituido por el elevado nivel de riesgo para su integridad personal al cual se encuentran expuestos los agentes que despliegan actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público o de defensa de la soberanía estatal que, por su propia naturaleza, conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas de dotación oficial.

*Tal la razón por la cual el propio Legislador se ha ocupado de establecer un régimen prestacional de naturaleza especial que reconoce esa circunstancia de particular riesgo que resulta connatural a las actividades que deben desarrollar los referidos servidores públicos, quienes, en consecuencia, se hallan amparados por una normatividad que, en materia prestacional y de protección de riesgos, habitualmente consagra garantías, derechos y prestaciones que superan las previstas en las normas que, en este ámbito, resultan aplicables al común de los servidores del Estado; por eso mismo, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado también que, **en la medida en la cual una persona ingresa libremente a una de las mencionadas instituciones con el propósito de desplegar la aludida clase de actividades riesgosas para su vida e integridad personal, está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta a cumplir, por manera que cuando alguno de los riesgos usuales se concreta, surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial al cual se halla sujeta, sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional al Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados, según se indicó, por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debieron enfrentar sus demás compañeros de armas...***

Estando entonces claro el régimen de responsabilidad aplicable, el cual en este caso sería el de la falla probada del servicio, es obligación de la parte demandante como ya se dijo acreditar cada uno de los elementos que integran la responsabilidad del

Estado por falla del servicio tales como el daño, la falla del servicio, y el nexo causal entre ambos, y que la falla sea imputable a la entidad demandada.

6. Jurisprudencia aplicable al caso concreto.

En el presente asunto la responsabilidad a la entidad demandada se le pretende endilgar, por el hecho de haber colocado al soldado profesional en una situación de riesgo que terminó por causarle la muerte, a pesar que la entidad demandada tenía conocimiento de la peligrosidad del río Caribona.

Anexo a la demanda, la parte demandante anexa copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar del (28) de febrero de (2008), dentro del proceso de Reparación Directa con radicación 002-1999-00293-05, Magistrada Ponente Elvira Pacheco Ortiz, en donde se condenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por la muerte de unos soldados que se ahogaron en un río, cuando fueron embarcados en un medio de transporte fluvial no apto para desarrollar acciones militares, y sin dotar al personal de chalecos salvavidas, neumáticos, sogas, etc, en un caudaloso río como lo es el Caribona. (Ver sentencia folio 22 a 44)

De igual manera, el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo en su Sección Tercera, en reciente pronunciamiento del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), dentro del proceso con radicación número: 13001-23-31-000-1999-01306-01(25583), Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH, declaró administrativamente responsable a la a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por la muerte de dos soldados en las aguas del caudaloso río Caribona, en esta sentencia el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo indicó entre otras cosas lo siguiente:

“Quienes (sic) diseñaron la operación omitieron informarse mejor sobre las condiciones del terreno y quienes la comandaron se abstuvieron negligentemente de hacer un registro de la zona antes disponer que los soldados ingresaran a la embarcación que los transportaría a

través de un río caudaloso y profundo, así como de dotarlos de chalecos salvavidas, o al menos prever in situ que los elementos de dotación que transportaban –armamento, munición, botas, etc.- se convertirían en un lastre, en caso de caer al agua, instrucción ésta última que debió brindar el capitán William Roberto del Valle, quien comandaba la compañía Atacador que naufragó.

(...)

Lo más relevante, en todo caso, frente a la ocurrencia del daño fue la carencia de chalecos salvavidas. El río en el punto en el que se produjo el naufragio era caudaloso y profundo, (...) para la Sala, la causa mediata del daño fue el ataque del grupo guerrillero que había ido a combatir la tropa, el cual era plenamente previsible y, en principio, correspondía a uno de los riesgos propios de la actividad que ejercían los soldados voluntarios. Sin embargo, en la causación material del daño incidió de manera relevante la negligencia de quienes comandaban la operación al no prever los riesgos adicionales a los que se exponía a los soldados en su desplazamiento por el río sin las medidas de seguridad, las cuales habían sido reglamentadas en los manuales de la institución. (...) si bien la causa mediata del daño fue el ataque del grupo subversivo contra los miembros de la fuerza, las omisiones de la entidad estatal contribuyeron eficazmente a su causación, al exponerlos a riesgos que no estaban en el deber jurídico de soportar.

No debe perderse de vista que si bien el naufragio de los soldados se produjo como consecuencia del ataque guerrillero, su muerte se produjo como "consecuencia natural y directa de anoxia mecánica, secundaria a bronco-respiración masiva de agua por sumersión", porque las víctimas o bien no sabían nadar, o bien los sumergió el peso de sus vestimentas y de su dotación, eventos a los cuales no pudieron sobreponerse, porque no contaron con los chalecos salvavidas, de obligatoria dotación para el desplazamiento por agua. Por lo tanto, la entidad demandada deberá reparar los perjuicios causados a los demandantes por la muerte de los soldados.

(...)

En síntesis, dado que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional contribuyó eficazmente con sus omisiones en la causación de la muerte de los soldados Fernández Peralta y Ortega Díaz, deberá pagar a los demandantes la indemnización de los perjuicios ocasionados con su muerte⁵.

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, entra la Sala a verificar si se encuentran o no reunidos los presupuestos para derivar responsabilidad administrativa a la entidad demandada con fundamento en la teoría de la falla del servicio probada, como consecuencia de los hechos que han sido puestos de presentes en ésta demanda.

7. Elementos de la Responsabilidad:

7.1. La existencia del Daño.

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.⁵

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la muerte acaecida en la persona del Soldado Profesional José Gregorio Alfaro Rodríguez, las pruebas arrimadas a la actuación por la parte actora que dan cuenta de este, son de una parte el registro civil de defunción, visible a folio (14) del expediente, expedido por la Notaría del círculo de Magangué, en el que se hace constar su fallecimiento el día 24 de julio de 2008 y el Informe Técnico de Necropsia Médico Legal No. 2008010113430000019 visible a folios 255 a 257.

⁵Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alier E. Hernández Enríquez

El documento mencionado y relacionado proviene de servidor público en uso de sus atribuciones, razón por la cual se estima que es auténtico y público y en consecuencia dan fe de su contenido (artículos 251 y 252 del C.P.C.)

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra claramente demostrado el daño invocado por la parte actora, consistente en la muerte del Soldado Profesional José Gregorio Alfaro Rodríguez, el 24 de julio de 2008, en hechos ocurridos en jurisdicción del Municipio de Montecristo (Bolívar), al ser arrastrado por las aguas del río Caribona, según se acreditó en el expediente.

5.2. La falla del servicio.

Sobre la teoría de falla del servicio, hay que decir que, esta se da cuando el servicio no ha funcionado, ha funcionado mal o ha funcionado demasiado tarde. En otras palabras, la falla se presenta por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio.

Pues bien, resulta claro, que la falla del servicio de la entidad demandada se configuraría por la omisión de la entidad demandada, de tomar todas las medidas de seguridad necesarias para evitar que las aguas del río Caribona lo arrastrara y se ahogara.

Estando así las cosas, es necesario que el demandante acredite dentro del proceso, las afirmaciones anteriores que según aquel desembocaron en la falla del servicio de la entidad demandada.

“las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon

oportunamente (en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes. No queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probando a cargo de la prueba".⁶

Ahora bien, para poder determinar la existencia de responsabilidad del Estado en el caso concreto habrá que realizar un análisis del material probatorio aportado al expediente.

Analizados los hechos planteados en la demanda, se podría concluir prima facie que la muerte del soldado profesional por ahogamiento en la aguas del rio Caribona, se debió a un riesgo propio del servicio, pues ser miembro de la fuerza pública es una actividad que lleva implícita una serie de riesgos, los cuales son asumidos voluntariamente por quienes ingresan a las fuerzas militares, fue por ello que la juez de primera instancia defendió la tesis presentada por la entidad demandada, consistente en concluir que la muerte del soldado se debió a un riesgo propio de la actividad militar.

No obstante lo anterior esta Sala estima pertinente revisar con detalle las especiales circunstancias en que sucedieron los hechos, pues en el informe administrativo de muerte, se establece que los hombres de la unidad militar se encontraban atravesando el rio Caribona, y que de un momento a otro se presentó una creciente bastante fuerte, lo que ocasionó la caída y ahogamiento del soldado José Gregorio Alfaro Rodríguez.

Analizada la jurisprudencia del Consejo de Estado, relacionada con accidentes sufridos con militares en el rio Caribona, y la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, le dan a entender a esta Sala de decisión, que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, de vieja data ha tenido conocimiento de los múltiples accidentes sufridos por miembros de la fuerza pública al momento de atravesar por el

⁶C E Sección 3ª Sentencia del 4 de mayo de 1992 referida en la sentencia del 30 de agosto de 2006. C P.C Dr ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, expediente 15433 (R-4531).

rio Caribona, pues al parecer este río presenta un caudal de alta peligrosidad, que en el pasado ha cobrado la vida de varios de los integrantes de las fuerzas militares, queriendo decir ello que el accidente que le quitó la vida al soldado José Gregorio Alfaro Rodríguez, era previsible por parte del Ejército Nacional, y por ende se debieron tomar las medidas de seguridad necesarias para evitar que alguno de los soldados que se encontraban en la unidad.

De los hechos narrados en la demanda y su contestación, así como del material probatorio aportado al expediente, se puede concluir que el soldado José Gregorio Alfaro Rodríguez, al momento de atravesar el río Caribona, no contaba con los implementos de seguridad requeridos para atravesar un río de alta afluencia, como por ejemplo la utilización de chalecos salvavidas, sin embargo al entender de la Sala el cruce del río se efectuó con todos los implementos de guerra portados por el soldado, situación que empeoró el momento que fue arrastrado, pues la indumentaria militar es de gran peso, y no contar con implementos de ayuda fluviales al momento de atravesar un caudaloso río, desborda los límites del peligro, colocándole al soldado una carga que no está obligado a soportar, pues se coloca en una situación de peligro que no pueden entenderse como de aquellos peligros que son propios del servicio.

Así las cosas esta Sala es del criterio consistente en afirmar que la carga que se le impuso al soldado José Gregorio Alfaro Rodríguez, al momento de atravesar el río Caribona sin los implementos acuáticos adecuados para ello, era una carga que no estaba obligada a soportar, no pudiéndose excusar la demandada en que el hecho fue un riesgo propio del servicio, ni tampoco una fuerza mayor o caso fortuito, pues en múltiples ocasiones se han presentado accidentes en este caudaloso río, y la demandada debió prever la existencia de un posible incidente, por consiguiente debió tomar todas las medidas necesarias para proteger la vida de los soldados que tenían que atravesar el caudaloso río, sin embargo de manera injustificada no se tomaron las medidas del caso y desafortunadamente se produjo la muerte del soldado al ser arrastrado por las aguas del río Caribona.

La siguiente frase resulta muy verdadera: *“Es altamente glorioso que el soldado muera heroicamente por la patria, pero es una estupidez que el soldado muera por una irresponsabilidad o descuido personal o institucional”* Brigadier General JAMES E. SIMMONS.

En conclusión, dado que la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional contribuyó eficazmente con sus omisiones en la causación de la muerte del soldado José Gregorio Alfaro Rodríguez, deberá pagar a los demandantes la indemnización de los perjuicios ocasionados con su muerte, de acuerdo con la siguiente liquidación:

8. Perjuicios.

En el plenario se encuentra demostrado que los señores José Efraín Alfaro y María Rosalba Rodríguez Jiménez, son los padres del soldado fallecido José Gregorio Alfaro Rodríguez. (Folio 9)

De igual forma se encuentra demostrado en el expediente el parentesco de las señoras Nini Johana Alfaro Rodríguez y María Ubaldina Alfaro Rodríguez, quienes se presentan al proceso como hermanas del fallecido José Gregorio Alfaro Rodríguez. (Folio 18-19)

8.1 Perjuicios materiales.

8.1.1 Lucro cesante Futuro.

Solicitan los padres del finado por concepto de lucro cesante, la suma de (\$250.037.455), en razón a que su hijo en vida les ayudaba con (\$496.900).

Con relación al reconocimiento del lucro cesante futuro el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha sido reiterada en establecer que el apoyo económico que brindan los hijos a los padres se presume hasta los 25 años de los primeros, cuando está demostrada la condición de invalidez de los segundos y la calidad de hijo único, entre otras (...) Considerando que el occiso en la fecha de su muerte tenía treinta (30) años y no era hijo único (3 hermanos), encuentra la Sala que no se cumplen con los presupuestos establecidos por esta Corporación para el reconocimiento a favor de la madre de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante.”⁷

El lineamiento jurisprudencial arriba referenciado le llevan a concluir a esta Sala que, en aquellos casos en los que la persona fallecida tuviese una edad inferior a los 25 años al momento de fallecer, será posible reconocer a sus padres el lucro cesante futuro, pues el apoyo económico de los hijos a los padres se presume hasta los 25 años de los hijos.

En el caso bajo estudio el soldado fallecido nació el 15 de septiembre de 1986, y falleció el 24 de julio de 2008, teniendo al momento de su muerte 21 años 10 meses y 9 días, faltándole aproximadamente más de tres años para cumplir con los 25 años de edad, por consiguiente se reconocerá a los padres el lucro cesante futuro por el tiempo que le restaba al soldado para llegar a los 25 años de edad.

Para esta liquidación se tendrá en cuenta la siguiente formula:

Por concepto de perjuicios materiales se liquidará el lucro cesante a favor de los padre de la víctima, tal como viene pedido en la demanda, para lo cual tomará como base de su tasación el salario devengado por el actor al momento de los hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda en estudio, debidamente actualizado.

⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C - Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ - Bogotá D C , miércoles, febrero quince (15) de dos mil doce (2012) - Radicación número: 41001-23-31-000-1995-8260-01(22246) Actor: SUSANA JAIMES DE OLARTE Y OTROS - Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL - Referencia: REPARACION DIRECTA

Formula de actualización del ingreso:

$$Ra = \frac{\text{Indice Final} \times Vh}{\text{Indice Inicial}}$$

Dónde:

Ra, es la renta mensual que se busca, índice final, es el IPC expedido por el DANE vigente a la fecha de la sentencia = 114,23 (sept/2013) Índice inicial, es el IPC expedido por el DANE vigente cuando ocurrieron los hechos que dieron lugar a la demanda = 98,47(junio/2008) Vh, es el ingreso que tenía percibía el actor que para este caso era el salario devengado por un soldado profesional en el año 2008 = \$ 646.100, según consta en la Resolución No.79941 del 01 de octubre de 2008 (Folio 79 -80 del expediente).

$$Ra = \frac{114,23 \times \$ 646.100,00}{98,47}$$

$$Ra = \$ 749.507,00$$

Los perjuicios de orden material consistente en lo dejado de percibir por los demandante a causa de la muerte su hijo se calcularán de acuerdo a la formula usada en estos casos:

1) INDEMNIZACION VENCIDA:

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

Dónde: S, es la indemnización que se busca;

Ra, es la renta mensual actualizada = \$749.507, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales = \$ 936.884.00, del cual se toma el 50%, que al menos el occiso destinaba para el sustento de sus padres = \$ 468.442, o sea \$ 234.221,00 para cada uno

i, es la tasa de interés= 6% anual, efectivo mensual 0.004867;

n, es el período durante cual se calcula y corresponde al tiempo al transcurrido desde el día de los hechos que ocasionaron la muerte al soldado profesional, ocurrida el 24 de julio de 2008 y la fecha en que la víctima cumpliría sus 25 años de edad, donde se entiende se emancipa del hogar paterno.

Como el difunto nació el 15 de septiembre de 1986, cumpliría su 25 años el 15 de septiembre de 2011, luego desde la fecha de los hechos hasta dicha fecha, transcurrieron 37 meses y 21 días = 37,7 meses

$$S = \$ 234.221,00 \frac{(1.004867)^{37,7} - 1}{0.004867}$$

S = \$ 9.666.414,00, para cada padre.

8.1.2 Destrucción del proyecto de vida.

Solicitan los padres del soldado fallecido, que se le reconozcan los perjuicios ocasionados por la alteración a sus condiciones de vida.

Con relación al reconocimiento de perjuicios por grave alteración a las condiciones de existencia solicitados por los padres del fallecido, es necesario señalar que las reglas de la experiencia evidencian que la muerte de un hijo altera profundamente la vida

familiar y social de sus padres, pues el hecho de no poder seguir disfrutando de la protección y apoyo que les ofrecería su hijo, les ocasiona a sus progenitores la pérdida de la alegría de vivir y de desarrollar actividades que le reportaban placer, máxime si tiene en cuenta que lo normal es que los hijos sepulten a sus padres y no lo contrario, motivo por el cual hay lugar a presumir la afectación a la vida de relación a los señores José Efraín Alfaro (Padre) y María Rosalba Rodríguez Jiménez (Madre). En efecto, tal y como lo ha precisado el Consejo de Estado, *“suceden casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona de manera que puede ser padecido no solo por la víctima directa del daño, sino por las personas cercanas a él...”*⁸

Bajo estos supuestos, se configura el resarcimiento otorgado por daño a la vida de relación a los padres del occiso, a quienes se les reconocerá cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos.

8.1.3 Daño emergente.

Solicitan los padres del finado el pago de (\$20.000.000), por los gastos funerarios en los que tuvieron que incurrir, sin embargo este perjuicio solicitado no será reconocido por la Sala, por cuanto en el expediente no se encuentran acreditados estos gastos, es decir, la parte demandante no anexó al expediente ningún medio de prueba con el cual se pudiera evidenciar que efectivamente salió de su patrimonio el pago de los gastos funerarios ocasionados por la muerte de su hijo.

8.2. Perjuicios Inmateriales.

8.2.2 Perjuicios Morales.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia 9 de marzo de 2011. Proceso 76001-23-31-000-1999-01507-01 (28270)

Los accionantes solicitan como perjuicios morales que le sea reconocida la suma equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los padres, y cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las hermanas.

Considera esta Corporación, que en el presente caso con la simple acreditación del vínculo familiar del señor José Efraín Alfaro (Padre), María Rosalba Rodríguez Jiménez (Madre) y Nini Johana Alfaro Rodríguez (hermana) y María Ubaldina Alfaro Rodríguez (hermana), se presume que los padres y hermanas padecieron una afectación del orden moral, concretamente al tener que soportar la muerte de su ser querido.

En el caso objeto de estudio, resulta apenas lógico condenar a la entidad demanda a indemnizar a los padres y hermanas por los perjuicios morales sufridos, pues se trata de la muerte de su hijo, lo que a juicio de la Sala configura el mayor grado de aflicción, situación que acarrea la necesidad de resarcir los perjuicios, por parte de la administración.

Cabe destacar que la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado respecto el reconocimiento de los perjuicio morales entre cónyuges y/o padres e hijos ha considerado la presunción de que el dolor moral se presenta en su máxima intensidad. Así en sentencia de fecha 4 de octubre de 2007 señaló lo siguiente: *“En efecto, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión (grave o leve), a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política⁹, debe presumirse de hecho, que el peticionario ha padecido y sufrido el perjuicio solicitado.”¹⁰*

⁹ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables

“(…)”

¹⁰ Consejero ponente. ENRIQUE GIL BOTERO Radicación número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567)

Teniendo en cuenta lo anterior se reconocerá como perjuicios morales a favor de cada uno de los padres del finado, el valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma como se tiene establecido el vínculo entre la víctima y las hermanas, plenamente acreditado con la prueba documental, resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios morales, montos compensatorios que, consulta principios de equidad, dada la cercanía de la víctima con sus hermanas, teniendo en cuenta que en el presente asunto el daño es la muerte de una persona.

Así las cosas, se reconocerá como perjuicios morales a favor de la señora Nini Johana Alfaro Rodríguez (hermana) y María Ubaldina Alfaro Rodríguez (hermana), en calidad de hermanas del fallecido, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de ellas.

9. Condena en costas.

Toda vez que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes y, así mismo, como quiera que la providencia apelada será revocada en virtud del recurso de alzada interpuesto por la parte actora, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. REVOQUESE la sentencia del dieciocho (18) de marzo del año dos mil trece (2013) proferida por el Juzgado sexto administrativo del circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRASE** administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Armada Nacional, por los perjuicios causados a los demandantes, señalados en la parte motiva de esta providencia derivados de la muerte del soldado JOSÉ GREGORIO ALFARO RODRÍGUEZ.

TERCERO. En consecuencia, **CONDÉNASE** a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, a pagar las siguientes sumas de dinero:

3.1 Por Lucro cesante Futuro lo siguiente:

La suma de nueve millones seiscientos sesenta y seis mil cuatrocientos catorce pesos (\$ 9.666.414,00), para cada uno de los padres, según lo establecido en la parte motiva del fallo, de la siguiente forma.

José Efraín Alfaro (Padre)	(\$ 9.666.414,00)
María Rosalba Rodríguez Jiménez (Madre)	(\$ 9.666.414,00)

3.2 Por daño a la vida de relación a los padres del occiso, la siguiente suma:

José Efraín Alfaro (Padre)	100 SMMLV
María Rosalba Rodríguez Jiménez (Madre)	100 SMMLV

3.3. Por daño moral, a favor de las siguientes personas y por los montos establecidos a continuación:

José Efraín Alfaro (Padre)	100 SMMLV
María Rosalba Rodríguez Jiménez (Madre)	100 SMMLV
Nini Johana Alfaro Rodríguez (hermana)	50 SMMLV
María Ubaldina Alfaro Rodríguez (hermana)	50 SMMLV

CUARTO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. ABSTIÉNESE de condenar en costas a la demandada.

SEXTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

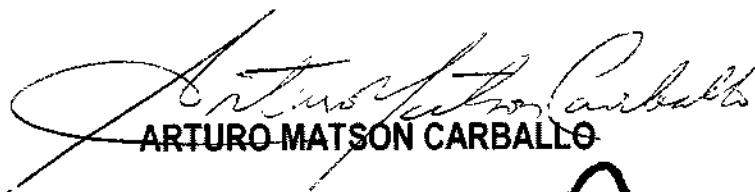
SEPTIMO. Expídanse a la parte actora las copias auténticas de la sentencia, con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

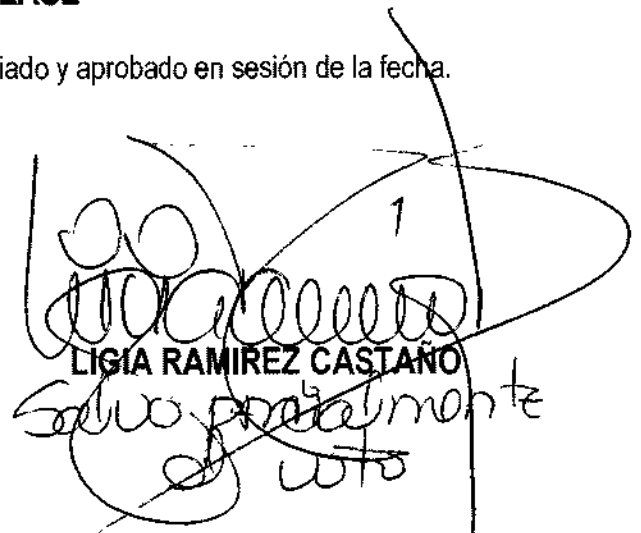
OCTAVO. En firme este fallo **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO
Salvo parcialmente
el voto


JORGE FANDIÑO GALLO



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

Página 1

SALVAMENTO DE VOTO (Parcial)

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-33-31-0006-2010-00106-01
Clase de proceso: ACCION DE REPARACION DIRECTA
Demandante: JOSE EFRAIN ALFARO Y OTROS
Demandada: NACION – MINDEFENSA – ARAMADA NACIONAL

A continuación, respetuosamente, me permito exponer las razones por las cuales me aparto EN FORMA PARCIAL de la decisión adoptada por la Sala Especial de Descongestión No. 003 de esta Corporación, por medio de la cual se revocó la sentencia de primera instancia para acceder a las pretensiones de la demanda introductoria del proceso de la referencia.

Estimo que en este caso, no procede el reconocimiento de indemnización resarcitoria por los perjuicios que los demandantes llaman *DESTRUCCIÓN DEL PROYECTO DE VIDA*, como quiera que no obra en el proceso *prueba alguna que demuestre que el INFANTE DE MARINA PROFESIONAL JOSE GREGORIO ALFARO RODRIGUEZ*, hubiese tenido la intención de permanecer en las filas de la Armada Nacional y hacer carrera como oficial o suboficial en dicha fuerza; tampoco se demuestra que el eventual proyecto de vida del señor ALFARO RODRIGUEZ hubiese sido cierto y que además hubiese cobijado a los demandantes, lo cual no se puede presumir, como lo hace la Sala Mayoritaria, del dolor por haber sepultado a un hijo, sino que, con arreglo a las previsiones del art. 177 del C.P.C. y con el precedente vertical contenido en múltiples decisiones del Consejo de Estado, es menester que al proceso se allegue prueba que brinde convencimiento al juez acerca de la veracidad de los hechos que se invocan como soporte de las pretensiones impetradas en la demanda.

En este caso, en torno al proyecto de vida del IMP ALFARO RODRIGUEZ nada se dice en los hechos de la demanda, y en cuanto a la afectación de los demandantes por haberse truncado el mismo, también se guarda silencio, de

manera que al no haber soporte fáctico ni probatorio sobre el cual sustentar dicha condena imperativo resulta para la suscrita Magistrada apartarse de la decisión mayoritaria, en forma parcial.

A más de lo anterior, debe la suscrita Magistrada dejar constancia que la cita jurisprudencial sobre la cual la Sala soporta la decisión de imponer condena a favor de los demandantes por el perjuicio de *DAÑO AL PROYECTO DE VIDA*, no hace referencia a la afectación que produce la muerte de un ser querido porque en este caso el demandante era la víctima directa, y porque tal perjuicio se repara a través del reconocimiento del perjuicio moral, a lo que ya se ha accedido por esta Corporación, sino que también se refiere dicha decisión a la necesidad de formular la pretensión de manera concreta y a la necesidad de la prueba para acceder a su reconocimiento, como se lee en el siguiente aparte de dicha providencia.

d.- Perjuicios Fisiológicos:

Se deprecia la condena al pago de tal tipo de perjuicio únicamente a favor del señor José Argemiro Varón Rodríguez, arguyendo que la lesión que sufrió el afectado le ha impedido realizar algunas actividades que antes del accidente desarrollaba normalmente.

La jurisprudencia de esta Corporación ha evolucionado en la conceptualización del perjuicio que afecta la esfera extrínseca del individuo con base en los postulados expuestos por la doctrina y la jurisprudencia foránea, pasando del perjuicio fisiológico al daño a la vida de relación, concepto más comprensivo y de mayor amplitud que aquél, en la medida en que no sólo surge como consecuencia del daño corporal, sino que abarca diferentes supuestos que trascienden en la esfera extrínseca de la persona al relacionarse con sus semejantes y con el mundo exterior, como sucede por vía de ejemplo cuando se atribuye una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona de manera que puede ser padecido no sólo por la víctima directa del daño, sino por las personas cercanas a él en algunos eventos¹.

En el año 2007, la jurisprudencia de esta Corporación² acogió el concepto de daño por alteración de las condiciones de existencia, cuyo espectro es más amplio que el del anterior, como quiera que abarca "no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de julio de 2003.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación No. 190012331000200300385-01, sentencia del 15 de agosto de 2007.

la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1º de la Constitución Política”.

Sostuvo la Sala en la providencia citada que el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, requiere una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”³.

En ocasiones surge de manera palmaria la causación de esta clase de perjuicio, como sucede en los eventos en que la víctima sufre grave daño funcional que le impide realizar actividades fundamentales inherentes a todas las personas, como sucede en el asunto sub – lite, pero existen eventos donde a pesar de haber perdido un grado elevado de la capacidad funcional es difícil establecer cómo puede incidir en la esfera externa del individuo tal discapacidad y debe recurrirse a otros elementos de juicio que brinden el suficiente grado de convicción al juzgador para poder acceder a la condena deprecada.

En el evento específico, los elementos de juicio que obran dentro del proceso son suficientes para deducir la causación del perjuicio, pues se halla acreditado que la víctima, como consecuencia de la lesión en el área cervical que le produjo el fuerte golpe que recibió, quedó en estado cuadrapléjico, sin movimiento en ninguna de sus extremidades, con una discapacidad funcional en proporción equivalente al 85.50% que se traduce en un estado de invalidez a términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, con todas las penosas afectaciones que se derivan de padecer tal situación, como el hallarse impedido para realizar por sí mismo las más elementales actividades de todo ser humano como comer, realizarse el aseo personal, trabajar manualmente, ponerse de pie, caminar, movilizarse, tener relaciones sexuales normalmente, incluso, miccionar y defecar voluntariamente (Prueba No. 26).

Tan grave es la situación que padece el afectado, según se desprende del abundante material probatorio, que la misma situación de postración le infiriere lesiones en la piel, causándole escaras “...que son complicaciones frecuentes (...) en los puntos de presión constante, como glúteos, áreas sacrocoxigea, áreas latero superior de muslos y cadera...”, la cuales pueden generar sepsis y aún la muerte (Prueba No. 26).

Por tal razón se condenará a la Entidad demandada al reconocimiento y pago del equivalente a **ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales** a favor del señor José Argemiro Varón Rodríguez, a título de indemnización por la alteración de las condiciones de existencia.

El apoderado de la parte actora, en el escrito de sustentación del recurso de apelación y de alegatos de conclusión solicitó el reconocimiento de tal tipo de perjuicio a favor de otros demandantes, sin embargo, la petición formulada en la demanda no se halla concebida de dichos términos, por ende, la Sala no se pronunciará a este respecto, pues de hacerlo, se produciría un fallo extra petita.

³ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98. Cita original de la providencia citada.

Es por todo lo anterior que, en forma parcial, me aparto de la decisión mayoritaria, al considerar que no existe soporte alguno sobre el cual erigir la condena que se impone a la entidad demandada por el llamado DAÑO AL PROYECTO DE VIDA, no siendo suficiente acudir a la presunción del dolor que la muerte del IMP ALFARO RODRIGUEZ causó a sus padres, para d allí inferir que existía un proyecto de vida del demandante, que los involucraba y que resultó frustrado por su temprana desaparición.

Fecha *Ut - Supra*



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO
Magistrada No. 002 de Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1312
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: MARIA DEL ROSARIO PALOMINO
DEMANDADO	: E-S-E CLINICA DE MATERNIDDA RAFAEL CALVO
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2005-00083-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013

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



710-220
2

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación : 13-001-33-31-002-2005-00083-01
Demandante : MARÍA DEL ROSARIO PALOMINO
Demandado : E.S.E CLINICA MATERNIDAD RAFAEL CALVO
Tema : SUPRESIÓN DE CARGO

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 26 de septiembre de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

“PRIMERA: Declárese que es nulo el acto administrativo denominado acuerdo No. 004 de 2004, proferido por la junta directiva de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO CASTAÑO, mediante el cual se le suprimió el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, que ostentaba dentro de la Planta de Personal el actor.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de establecimiento del derecho, ordénese el reintegro de el actor al cargo que ostentaba dentro de la Planta de Personal de la E.S.E., o a otra similar o equivalente.

TERCERA: También como restablecimiento del derecho, ordénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO CASTAÑO, que reconozca y pague a el actor los salarios, las prestaciones sociales, primas, bonificaciones, vacaciones y demás haberes laborales dejadas de percibir desde el

momento de su desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro al cargo suprimido.

CUARTA: Ordénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO CASTAÑO, que reconozca y pague a el actor la diferencia salarial y prestacional del salario que debió recibir el actor desde al año 1998 por el derecho a la igualdad y a la nivelación salarial ordenada por el Decreto nacional 980 de 1998, el cual únicamente le fue aplicado en la planta de personal a la señora ANA ALFIRA CARRANZA SERRANO, quien también ocupaba el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA.

QUINTA: Ordénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO CASTAÑO, que reconozca y pague a el actor el auxilio escolar correspondiente a los años 2003 y 2004, el calzado y vestido de labor por los años 2003 y 2004, el subsidio familiar por los años 2003 y 2004, y el bono navideño por el año 2004.

SEXTA: Ordénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO CASTAÑO, que reconozca y pague al actor el retroactivo salarial por el año 2004 por no haberle sido incrementado su salario.

SEPTIMA: Ordénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO CASTAÑO, que reconozca y pague al actor los intereses a las cesantías por todo el tiempo laborado.

OCTAVA: La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustaran dichas condenas tomando como base el índice de precios del consumidor, o al mayor, conforme a lo dispuesto por el artículo 178 y 179 Código Contencioso Administrativo.

NOVENA: A todos los haberes laborales citados en los numerales anteriores deberá liquidarse los intereses le Gales causados.

DECIMA: Ordénese a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CLÍNICA DE MATERNIDAD RAFAEL CALVO CASTAÑO, el pago en costas del presente proceso por oponerse a la demanda.

UNDECIMA: Para el cumplimiento de sentencia, se ordenara dar aplicación de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo...”

1.2. HECHOS

Se narra en la demanda que, el 14 de septiembre de 2004, la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo, le comunicó a la actora que el cargo que ocupaba dentro de la planta de personal, había sido suprimido.

Que mediante Acuerdo No. 004 de 2004, la Junta Directiva de la ESE Clínica de Maternidad, suprimió el cargo que la actora desempeñaba en la planta de personal de esa entidad.

Que la entidad demandada, durante la vigencia fiscal del año 2004, no incrementó el salario de la actora, y que en el año 1998, en aplicación del Decreto 980, le niveló el

salario solamente a la señora ANA ALFIRA CARRANZA SERRANO, cuando en la planta de personal se encontraba en igualdad de condiciones laborales la actora, pues ocupaba el mismo cargo, desarrollaba las mismas funciones, y devengaban el mismo salario.

Afirma además, que la demandada desde que la actora estuvo vinculada a esa entidad, no cumplió con la obligación de pagar los intereses sobre las cesantías.

Que la entidad demandada desvinculó a la actora, sin reconocer y liquidar el subsidio familiar, la nivelación salarial desde 1998, el incremento salarial del año 2004, el auxilio escolar, los días compensatorios generados en la vinculación, el bono de navidad, auxilio mortuario, dotación de uniformes, entre otros derechos laborales.

Así mismo, señala que el acto administrativo Acuerdo No. 004 de 2004, proferido por la Junta Directiva de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo Castaño, mediante el cual se le suprimió el cargo que ostentaba dentro de la planta de personal el actor, se encuentra viciado de nulidad por: violación al debido proceso de carácter constitucional; segunda causal: desviación de poder; tercera causal, falsa motivación: cuarta causal: expedición irregular del acto administrativo en sus motivaciones y competencias y quinta causal: por la ejecución ilegal del acto administrativo.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con el acto acusado se trasgreden las siguientes disposiciones:

- Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.
- Numeral 6 del Art. 11 del Decreto Nacional N° 1876 de 1994.
- Numeral 16 del Art. 4 del Decreto 139 de 1986.
- Art. 43 del Código Contencioso Administrativo.
- Art. 71 del Decreto 111 de 1986.
- Art. 19 del Decreto 568 de 1996.
- Parágrafo del artículo 137 del decreto ley 1572 de 1998.
- Art. 1, 2, 3, 121, 122, 123, 209 y 305 del C. de P. Civil.
- Principio de legalidad.
- Art. 41 ley 443 de 1998.
- Art. 148, 149 Y 150 del Decreto Ley 1572 de 1998.

El concepto de violación formulado por la parte actora puede resumirse así:

Frente a lo previsto en la primera causal - Violación al Debido Proceso de Carácter Constitucional el acto Administrativo N° 004 de 2004 expedido por la Junta Directiva de

la entidad demandada mediante el cual modificó la planta de personal suprimiendo el cargo de la demandante adopción que obligatoriamente debió efectuar el Gobernador del Departamento de Bolívar como Representante del ente territorial al cual se encuentra adscrita la ESE Clínica de la Maternidad Rafael Calvo, donde el Gobernador es el superior jerárquico y la autoridad competente como lo señala el N° 6 del Art. 11 del Decreto Nacional N° 1876 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 que a la letra dice "*Aprobar la Planta de personal y las modificaciones a la misma para su posterior adopción por la autoridad competente*", procedimiento que va de la mano con el numeral 16 del Art. 4 del Decreto 139 de 1996 que a la letra dice "*Presentar a la Junta Directiva el proyecto de planta de personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento y someterlos a la probación de la autoridad competente*".

Al no ser publicado el Acuerdo N° 004 de 2004 proferido por la Junta Directiva de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo Castaño se viola el debido proceso como derecho fundamental en el entendido del Art. 43 del C. C. A., la cual señala "*Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el diario oficial, o en el diario, o gaceta o boletín que las autoridades a ese destinen ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto*" queriendo decir, que si el acto no ha sido publicado hasta el momento de presentación formal de esta demanda, a pesar que con fecha anterior aparezca publicado en gaceta del Departamento, es oponible en derecho ante la propia administración y no puede producir efectos jurídicos, sino hasta la fecha real de la Publicación, la cual no podrá ser el 14 de septiembre de 2004, pues en esta fecha no fue publicado el acuerdo en mención, tal situación se desprende de la petición de constancia de publicación que se hiciera en petición radicada, aun no ha dado respuesta

En la Segunda Causal - Desviación de Poder, de ser comunicado dicho acuerdo N° 004 de 2004 debió ser adoptado obligatoriamente por el Gobernador del Departamento de Bolívar como representante legal del ente territorial al cual se encuentra adscrita la Clínica Maternidad Rafael Calvo ESE y donde el Gobernador es el superior jerárquico y la autoridad competente.

La Tercera Causal - Falsa Motivación estima que existen vicios de nulidad por falsa motivación, de acuerdo a los siguientes criterios jurídicos:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

COMPETENCIA CONSTITUCIONAL DE LOS GOBERNADORES (Art. 305 CP).

DECRETO 1572 DE 1998.

FALSA MOTIVACION -ARTICULO 41 DE LA LEY 443 DE 1998.

ACTIVIDAD REGLADA Y DISCRECIONAL.

ARTÍCULO 41 DE LA LEY 443 DE 1998.

La Cuarta Causal - Expedición Irregular del acto administrativo en sus motivaciones y competencias ya que en la expedición del acuerdo mencionado, para poder suprimir los cargos de la planta de personal de la entidad demandada y comunicar la supresión de los mismos, debió la Junta Directiva solicitar al Jefe de la Sección Financiera del Hospital, la expedición del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal que garantizara la existencia de apropiación suficiente para atender los gastos demandados por la supresión de empleos, estos son el incremento salarial de 2004, las dotaciones, el bono navideño, el subsidio familiar entre otros.

La Quinta Causal - Por la ejecución ilegal del acto administrativo ya que el numeral 16 del Art. 4º del Decreto 139 de 1996 establece los requisitos y funciones para los gerentes de empresas sociales del estado y directores de instituciones prestadoras de servicio de salud del sector público y se adiciona el Decreto 1335 de 1990, que dice "*Presentar a la Junta Directiva el Proyecto de Planta de Personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento y someterlos a la aprobación a la autoridad competente*", dicho esto el acuerdo N° 004 de 2004, con fundamento en que, al no ser aportado por el Gobernador de Bolívar, máxima autoridad administrativa y por ende competente del departamento tal como lo señala el numeral 6 del Art. 11 del decreto 1876 de 1994 y el Art. 4º del decreto 139 de 1996, la gerente de la entidad demandada, no podía ejecutar el referido acuerdo, dado que al no cumplirse este procedimiento, no produce efectos jurídicos el acuerdo N° 004 de 2004, y mal se procedió a comunicar la desvinculación de la demandante.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda¹, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, formulando excepciones tales como inepta demanda, falta de individualización e inadecuada acumulación de pretensiones y prescripción.

Como razones de defensa, manifestó que no existe en la demanda, ni obra en la entidad documento alguno que demuestre que el retiro del servicio de la demandante ocurrió por razón distinta a los cargos de la planta de personal que en forma general y no en particular se suprimieron, y la aceptación de la demandante como empleada de

¹ Folio 119 a 131

carrera a ser indemnizada quien opto por la misma y para lo cual se conto con la debida apropiación presupuestal, lo cual se demuestra con el pago de su indemnización dentro del término que da la ley para este pago.

Niega el argumento según el cual no se cumplió con el requisito de su publicación en la Gaceta Departamental, expedido dicho certificado por la IMPRESORA LOURDES en el que consta que este se publico en la Gaceta No 15782 del 13 de Septiembre de 2004, fecha anterior a la comunicación efectuada a la demandante, que tuvo ocurrencia el 15 de Septiembre de 2004, quedando de esta manera demostrado que no es cierto lo que afirma el apoderado de la demandante.

Indica que no es aceptable, porque además no es cierto, como lo afirma el apoderado de la demandante en cuanto a la falta de un Certificado de Disponibilidad Presupuestal, lo cual desde el punto de vista formal de ser así, ello no tiene relevancia si la entidad al retiro de la funcionaria le ha cancelado todos sus derechos de indemnización y demás pretensiones exigibles en ese momento. Que por tanto, resulta equivocado pretender probar con el hecho de no haber un cargo de Jefe de sección de finanzas y de la función de expedir certificados de disponibilidad, el hecho de que no se contaba con las apropiaciones de recursos para cubrir el costo que implica el retiro del personal de la planta de cargos.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 26 de septiembre de 2012², resolvió negar las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

“(…)

El señalado acto administrativo es el que realmente define la situación jurídica de la demandante, toda vez que, es en esa comunicación, en la que se realiza una identificación plena de la señora MARIA DEL ROSARIO PALOMINO BARRETO, como uno de los empleados de la entidad demandada, cuyo cargo fue suprimido, con ocasión del proceso de reestructuración de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo.

En consecuencia, al no solicitar la declaración de nulidad del oficio antes referido, provoca la inhibición del fallador, pues no se encuentra en el caso concreto, el acto definitivo sobre cual estudiar de fondo la pretensión invocada.

² Folio 680 a 691

Teniendo en cuenta que la demanda se debe presentar con observancia de los requisitos legales, constituye un presupuesto para entabrar la relación procesal, que permita un pronunciamiento de fondo, favorable o no, sobre lo pretendido por el interesado al momento de ejercer su derecho de acción, como es la declaratoria de nulidad de actos administrativos.

*En el caso que se estudia, se exige la inclusión de todos aquellos actos que constituyan y contengan la totalidad de la voluntad de la administración, para mantener la coherencia y unidad entre los actos jurídicos que permanezcan vigentes en el ordenamiento luego de proferido un fallo judicial, so pena de obtener como ya se dijo una decisión inhibitoria y no una denegatoria de pretensiones. Así las cosas, esta Juzgadora declarará probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, propuesta por la parte demandada y en consecuencia proferirá sentencia inhibitoria.
(...)”*

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación³ contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso los siguientes argumentos:

“(...)”

Se demandó correctamente el acto administrativo causante de perjuicios a mi mandante y por tanto el juzgado no podía declararse inhibido para proferir sentencia de fondo.

En efecto, no resultaba necesario demandar el oficio contentivo de la comunicación del acto administrativo que suprimió el cargo, pues este constituye una mera comunicación del acto administrativo causante de los perjuicios.

De acuerdo con lo anterior, solicito al Honorable TRIBUNAL revocar la sentencia de primera instancia y proferir sentencia de fondo, acogiendo las pretensiones de la demanda.

(...)”

5. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Parte demandante.

No alegó

5.2. Parte demandada.

La E.S.E Clínica de Maternidad Rafael Calvo, alegó reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda (folio 702 a 708).

³Folio 694

5.3. Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público, se abstuvo de rendir concepto en el presente proceso.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 22 de marzo de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 699).

El 10 de mayo de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 701).

II. 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 Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 26 de septiembre de 2012, por medio de la cual se declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

2. La caducidad

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que se está demandando el Acuerdo No. 04 de septiembre 10 de 2004, proferido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo, el cual fue publicado en la Gaceta Departamental en la edición 15782 del 13 de septiembre de 2004, según constancia obrante a folio 170 y la demanda fue presentada el 13 de enero de 2005, como lo certifica el sello respectivo de Administración Judicial, visto a folio 9, es decir antes de cumplirse cuatro meses contados a partir del día siguiente a su publicación en este caso, según lo dispuesto en el artículo 136 núm. 2º del C. C. A.

3. El acto acusado

Se reclama la nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo 004 del 10 de septiembre de 2004, "*Por el cual se modifica la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo C. y se dictan otras disposiciones.*", emanado de la Junta Directiva de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo C., con fundamento en sus atribuciones legales y estatutarias, en especial las conferidas por el Decreto 1876 de 1994 y por el Decreto Departamental 664 de 1995, en cuanto suprimió el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, que ostentaba la demandante.

Conforme a las previsiones del artículo 135 del C.C.A., la vía gubernativa se encuentra debidamente agotada como quiera que contra esta clase de actos que decretan nombramientos o disponen remociones, por regla general, no procede recurso alguno; razón por la cual se encuentra habilitada la jurisdicción para hacer pronunciamiento acerca de la legalidad de los acto administrativos censurados.

4. Problema jurídico

De los argumentos expuestos por el a quo y los motivos de inconformidad del apelante, surge el problema jurídico a resolver en esta instancia, el que se contrae a determinar si en el caso *sub judice*, existe ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que no se demandó la totalidad de los actos administrativos que conforman la decisión de suprimir el cargo que ostentaba el demandante, o si por el contrario el acto acusado debe ser declarado nulo, bajo los parámetros de violación al debido proceso, desviación de poder, falsa motivación, expedición irregular o ejecución ilegal del acto administrativo.

5. Tesis de la Sala

Para la Sala, la sentencia apelada será revocada, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de que goza el acto administrativo demandado.

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

Corresponde a la Sala establecer si en el presente caso fue acertada la decisión del juez de primera instancia, al declararse inhibido para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, al encontrar demostrado la insuficiencia de la proposición jurídica de la demanda, al no haberse demandado el acto que le comunicó la supresión del cargo ocupado por el demandante.

Para resolver el anterior cuestionamiento, la Sala se permite citar el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, el cual al resolver un caso igual⁴ al que hoy nos ocupa sostuvo:

“Ahora bien, la Sala ha venido señalando que en los procesos de reestructuración de entidades públicas que conlleve la supresión de empleos, se expiden actos tanto de contenido general como particular. Los primeros, constituyen aquellas decisiones que disponen la supresión de todos ó algunos de los empleos de la planta de personal, lo cual se traduce en la supresión ó reducción numérica de los mismos. En este caso, la medida que así lo disponga es objetiva e indeterminada, por ende, en principio es un acto susceptible de la acción de simple nulidad, sin embargo, si el demandante individualiza la pretensión al momento en que se ve afectado su derecho particular, ésta es pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre el particular, nótese como la actora dentro del libelo introductorio, particularizó su situación dentro del acto general al solicitar que se declare la nulidad del “acto administrativo denominado Acuerdo No. 004 de 2004, proferido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo Castaño, mediante la cual se suprimió el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, que ostentaba dentro de la planta de personal.” (Lo subrayado es de la Sala).

En ese orden de ideas, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho puede ser invocada en los actos de carácter general, siempre y cuando, se individualice la pretensión ó, en estricto rigor procesal, al momento en que la parte demandante formula su pretensión anulatoria de acuerdo con los cargos endilgados en la demanda, esto es, respecto de los actos administrativos que disponen el proceso de supresión del cargo cuando se individualiza y afecta su situación particular y concreta.

Así las cosas, si la intención de la parte demandante es la de permanecer al servicio de la entidad, cuya planta de personal ha sido objeto de un proceso de reestructuración, es pertinente formular la pretensión de nulidad, en acción de nulidad y restableciendo del derecho, frente al acto que afecte su situación particular y concreta, sin importar si es un acto de carácter general o particular.

Vale decir de igual modo, que a pesar de que la actora no incluyó dentro de los actos cuestionados el Oficio del 15 de septiembre de 2004, lo cierto es que en atención al principio Constitucional de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la Constitución Política), la Sala debe interpretar la demanda y establecer la intención del demandante con miras a no entorpecer su accionar; máxime, cuando no sólo se tuvo en cuenta el Oficio tanto en las pruebas aportadas como en las solicitadas, sino que también, el contexto mismo del libelo estableció que por medio del citado acto, se había suprimido el cargo que venía desempeñando”.

Así las cosas esta Sala en virtud del principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228 de la constitución Política), al ser contrastado con la interpretación de las pretensiones de la demanda, se constata que si bien en ella se solicita la nulidad del Acuerdo N°004 de 2004, también es cierto que la parte actora individualizó las pretensiones; y los cargos alegados se encuentran dirigidos a lograr la nulidad del referido acuerdo, razones estas que permiten concluir que en el

⁴Sentencia del 15 de marzo de 2012 del Consejo de estado – Sección Segunda – Subsección B, Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Rad. 13001233100020050006701, Numero Interno 2216-2011, Actora: Betty Ruth Alcázar Díaz.

presente caso no existe tal proposición jurídica incompleta ni mucho menos lugar a declararse inhibido como lo hizo el juez de primera instancia.

Los anteriores motivos permiten entonces a esta corporación hacer un estudio de fondo de las pretensiones de la demanda dentro del marco del concepto de la violación alegada es decir por los cargos de violación al debido proceso, desviación del poder, falsa motivación y expedición irregular del acto administrativo, tal como más adelante se desarrollará.

Lo probado en el expediente:

1. Certificación de la publicación en la Gaceta Departamental del Acuerdo 04 del 10 de septiembre de 2004 (Fol.170).
2. Copia autentica del Acuerdo 04 del 10 de septiembre de 2004, por el cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Clínica Maternidad Rafael Calvo C (Fol.171).
3. Copia de la comunicación de fecha 14 de septiembre de 2004, por medio la cual le informan a la señora María Palomino Barreto, que el cargo de auxiliar de enfermería que venía ejerciendo había sido suprimido (Fol.14).
4. Copia autentica del oficio remitido por el Ministerio de la Protección Social con concepto técnico favorable para la propuesta de ajuste de la Clínica Maternidad Rafael Calvo ESE de Cartagena (Fol.143).
5. Copia autentica del Concepto Técnico Propuesta de Reorganización Institucional de la ESE Clínica Maternidad Rafael Calvo C (Fol.144-147).
6. Copia autentica de la propuesta de reorganización institucional de la ESE Clínica Maternidad Rafael Calvo C (Fol.177).
7. Copia autentica del Acuerdo N° 06 del 22 de diciembre de 2004, por medio del cual se modifica la planta de personal de la Empresa Social del Estado Clínica Maternidad Rafael Calvo C y se dictan otras disposiciones (Fol. 159-163).

CASO CONCRETO

A efectos de determinar si en el presente caso el Acuerdo 004 de 2004 proferido por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Clínica Maternidad Rafael Calvo C, modificó la situación jurídica y particular de la señora MARIA DEL ROSARIO PALOMINO, se estudiara su contenido a efectos de determinar si el mismo se encuentra incurso en algunos de los cargos alegados por el actor esto es la violación al debido proceso, desviación de poder, falsa motivación, expedición irregular o ejecución ilegal del acto administrativo.

El texto del Acuerdo demandado, es el siguiente:

*"ACUERDO No. 04
de 10 de Septiembre de 2004*

Por la cual se modifica la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo C y se dictan otras disposiciones.

La Junta Directiva de la ESE Clínica de Maternidad Rafael Calvo C, en ejercicio de sus atribuciones Legales y estatutarias, especial las conferidas en el Decreto 1876 de 1.994, y en el Decreto Departamental No. 664 de 1.995 y,

(...)

SE ACUERDA:

ARTÍCULO PRIMERO: *Supresión de empleos: Aprobar la supresión de los siguientes empleos de la planta de Personal de la Empresa Social del estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo C.:*

CODIGO	DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	NUMERO
280	<i>Jefe de Departamento</i>	2
301	<i>Médico Especialista</i>	6
325	<i>Odontólogo</i>	2
340	<i>Profesional Universitario</i>	3
343	<i>Trabajador Social</i>	1
352	<i>Bacteriólogo</i>	4
358	<i>Nutricionista Dietista</i>	1
365	<i>Enfermero</i>	2
401	<i>Técnico</i>	3
550	<i>Auxiliar Administrativo</i>	1
403	<i>Almacenista Auxiliar</i>	1
420	<i>Instrumentados Quirúrgico</i>	3
509	<i>Auxiliar de Información en salud</i>	2
518	<i>Auxiliar de Consultorio Odontológico</i>	1
527	<i>Auxiliar de Laboratorio Clínico</i>	2
533	<i>Auxiliar en Salud Familiar y Comunitaria</i>	1
540	<i>Secretario</i>	5
555	<i>Auxiliar de Enfermería</i>	71
565	<i>Auxiliar</i>	6
Total		118

(...)

ARTICULO CUARTO: INDEMNIZACIÓN O REINCORPORACIÓN: *Los empleados públicos de carrera administrativa a quienes se les suprime el cargo como consecuencia de lo dispuesto en el presente acuerdo, podrán optar por la indemnización o la incorporación en cargos de carrera equivalentes, conforme a lo consagrado en la Ley 443 de 1998 y demás normas que la reglamenten, modifiquen o*

adicionen como son los Decretos Reglamentarios 1572 de 1.998, 1173 de 1.999, con sujeción al procedimiento establecido en el Decreto Ley 1568 de 1.998...”.

Sobre la Violación al debido proceso, la ejecución irregular del acto administrativo:

Sustenta la parte accionante los cargos de violación al debido proceso, ejecución irregular y expedición ilegal del acto en que al expedirse el acto administrativo Acuerdo No. 004 de 2004 por la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo no se actuó con sujeción al debido proceso establecido para la expedición y ejecución de los actos administrativos de supresión de cargos en las plantas de personal de las Empresas Sociales del Estado, toda vez que, debía ser adoptado por el Gobernador de Bolívar como representante legal del ente territorial al cual se encuentra adscrita la ESE.

Que además se viola el debido proceso en este caso, por no haberse publicado el Acuerdo No. 004 de 2004 proferido por la Junta Directiva de la ESE, es decir, no se estuvo a lo dispuesto en el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo.

De igual forma que al momento de la expedición del acto acusado se encontraban vigentes con referencia a la supresión de empleos de las Empresas Sociales del Estado la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y el Decreto 1876 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el Decreto 1876 del 3 de agosto de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993 estableció:

"Art. 11 Funciones de la junta directiva. Sin perjuicio de las funciones asignadas a las juntas directivas por ley, decreto, ordenanzas o acuerdo u otras disposiciones legales, ésta tendrá las siguientes:

(...)

6. Aprobar la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por la autoridad competente.

(...)

16. Determinar la estructura orgánica-funcional de la entidad, y someterla para su aprobación ante la autoridad competente".*(negrillas fuera del texto).*

De otro lado la decisión de suprimir algunos cargos también se encuentra en el Decreto Departamental N° 664 de 1995 que estipula:

"Decreto 664 de 1995.

(...)

Artículo 8º. Estructura Básica. *De conformidad con la Ley, la Empresa se organizará a partir de una estructura básica que incluya tres áreas, así:*

a. **Dirección:** *Estará conformada por la Junta Directiva y el Gerente; con el cargo de mantener la unidad de objetivos e intereses de la organización en torno a la misión y objetivos empresariales. Identificar las necesidades y expectativas de los usuarios, determinar los mercados a atender, definir la estrategia del servicio, asignar recursos, adoptar y adaptar normas de eficiencia y calidad controlando su aplicación en la gestión institucional y la demás funciones de dirección que exija al normal desenvolvimiento de la Empresa.*

(...)

Artículo 11°. **Funciones de la Junta Directiva.** *De conformidad con las normas vigentes, la Junta Directiva de la "Empresa Social del estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo C," tendrá las siguientes funciones:*

(...)

6. *Aprobar el proyecto de la planta de personal y las modificaciones a la misma, para su posterior adopción por el Gerente o Director de la Empresa."*

Conforme a los artículos antes transcritos, se concluye que la Junta Directiva de la Empresa Social del Estado, es la competente para determinar la estructura orgánica y funcional de la entidad la cual deberá someterla para su aprobación por la autoridad competente y, para aprobar o modificar la planta de personal de la E.S.E.; esta última, con la exigencia de la posterior adopción por la autoridad competente, sin que en las normas se determine quién es ella.

Ahora bien, si los anteriores decretos citados le confieren la facultad a la junta directiva para modificar la planta de personal la ese demanda, el Decreto 139 de 1996, por medio del cual "se establecen los requisitos y funciones para los Gerentes de Empresas Sociales del Estado y Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud del sector público y se adiciona el Decreto número 1335 de 1990", en su artículo 4, prescribió que:

"ARTÍCULO 4o. DE LAS FUNCIONES DEL CARGO DE GERENTE DE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO Y DE DIRECTOR DE INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA DEL PRIMER NIVEL DE ATENCIÓN. Son funciones del Gerente de Empresas Social del Estado y de Director de Institución Prestadora de Servicios de Salud Pública del primer nivel de atención, además de las definidas en la Ley, Ordenanza o Acuerdo, las siguientes:

(...)

7. *Velar por la utilización eficiente de los recursos humanos, técnicos y financieros de la entidad y por el cumplimiento de las metas y programas aprobados por la Junta Directiva.*

(...)

16. *Presentar a la Junta Directiva el proyecto de planta de personal y las reformas necesarias para su adecuado funcionamiento y someterlos a la aprobación de la autoridad competente*

17. *Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia de acuerdo con las normas de administración de personal que rigen para las diferentes categorías de empleo, en Sistema General de Seguridad Social en Salud."*

Requisitos que fueron cumplidos en el presente caso tal como quedó demostrado con las pruebas allegadas; de otro lado el Consejo de Estado en sentencia del 6 de febrero del 2003 a través de la Sección Segunda, Subsección B, siendo el Consejero Ponente el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Rad interno (2591-2002), Actor Cesar

Augusto Candia Arana, a efectos de establecer claridad sobre las funciones establecidas en artículo 4° del Decreto 1335 de 1990 y que le son aplicable a los gerentes de las ESE sostuvo:

“Según puede verse, la adopción de la planta de personal corresponde al Gerente de la E. S. E., en la medida en que el conjunto de sus atribuciones son de ejecución de las medidas adoptadas por la Junta Directiva. Expresamente lo señala así el numeral 7 transcrito. El numeral 16, por su parte, le otorga al Gerente la iniciativa para presentar a la Junta Directiva el proyecto y reformas de la planta de personal, atribuciones que resultan no sólo compatibles sino también complementarias con la “adopción” de la planta de personal. Congruente con lo anterior, el numeral 17 le asigna al Gerente de la E.S.E. la facultad de nombrar y remover a los funcionarios bajo su dependencia.

En estas condiciones, la Sala concluye que la expresión “para su posterior adopción por la autoridad competente” sólo puede referirse a una misión encomendada al Gerente de la E.S.E. respectiva, pues así lo indican las funciones que le ha atribuido el Decreto 0139 del 17 de enero de 1996.”.

Visto así las cosas, se puede concluir de igual modo, que el acto administrativo por el cual se determina la planta de personal por parte de la Junta Directiva de un establecimiento público, debe ser adoptado por el Gerente o Director de la Empresa, situación que expresamente ocurrió, cuando el Gerente de la E.S.E. demandada expidió la Resolución No. 0091 de 2005 *“por medio de la cual se adopta la nomenclatura y clasificación de los empleos de la nueva planta de personal de la Empresa social del estado Clínica de Maternidad Rafael Calvo C, conforme lo ordenado en el acuerdo 006 de Diciembre 22 de 2004”*

De manera entonces, que tanto el Acuerdo 004 de 10 de septiembre de 2004 como la Resolución No.06 del 22 de diciembre del 2004 y la N° 0091 del 4 de enero de 2005, fueron expedidos por los organismos competentes y bajo el procedimiento previsto en el Decreto 1876 de 1994; por consiguiente, los cargos estudiados no están llamados a prosperar.

En cuanto a la causal de anulación con fundamento en la violación del artículo 43 del Código Contencioso Administrativo⁵, corre la misma suerte de no prosperar, toda vez que dicha norma señala que los actos de carácter general deberán ser publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, y para el caso sub exámine, fue publicado en la Gaceta Departamental No. 15782 de 13 de septiembre de 2004, tal como consta a folio 170.

⁵ARTICULO 43. DEBER Y FORMA DE PUBLICACIÓN. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto.

Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general se comunicarán por cualquier medio hábil.

De la Expedición Irregular.

Este último cargo fue sustentado por el actor en que, para poder suprimir los cargos de la planta de personal de la entidad demandada y comunicar tal circunstancia, debió la Junta Directiva, solicitar al Jefe de la Sección Financiera del Hospital la expedición del correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, que garantizara la existencia de apropiación suficiente para atender los gastos demandados por la supresión de empleos, tales como el incremento salarial del año 2004, las dotaciones, el bono navideño, el subsidio familiar, entre otros, y que al no existir certificado de disponibilidad presupuestal no podía la Junta Directiva suprimir los cargos.

Si bien el certificado disponibilidad presupuestal es necesario, no es menos cierto que este tiene por objeto sufragar los gastos que causen las respectivas indemnizaciones por la supresión de los empleos, de manera que no es un elemento de la formación del acto de supresión y que no incide en la validez del mismo; esta tesis ha sido sostenida por el Consejo de Estado al manifestar que⁶:

“(...) Queda desvirtuada la afirmación del demandante, en el sentido de que no existía certificado de disponibilidad previo a la supresión de su cargo, no sin antes señalar que aun cuando tal hecho estuviera probado en nada incide en la validez o legalidad del Acuerdo demandado, ya que el requisito normativo de orden presupuestal tiene por finalidad garantizar el pago de las indemnizaciones que se hubieran causado por la supresión de empleos y en este sentido es un requisito adjetivo al acto que eliminó el cargo. (...)”

Bajo esta consideración, la existencia o no del certificado de disponibilidad presupuestal, no afecta la legalidad de los actos cuestionados, pues se reitera, esta actuación no hace parte del proceso de supresión, motivo por el cual no está llamado a prosperar dicho cargo.

De la Falsa Motivación y la Desviación de Poder:

Sustenta la actora éste cargo, en que el empleo le fue suprimido presentando para ello costos económicos irreales, que la decisión fue irrazonable y desproporcionada, es decir, violatoria del parágrafo del artículo 149 del Decreto 1572 de 1998, modificado por el artículo 7 del Decreto 2504 del 10 de diciembre de 1998, por cuanto esta situación *“hace imposible una eficiente prestación del servicio público cuando se contrata para este tipo de actividades personal con absoluta independencia y autonomía para el desempeño del mismo”*.

Es importante señalar, que cuando se refiere a los motivos, la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 6 de agosto de 2008, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Expediente No 3157 de 2004

circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la lleven a tomar una decisión, ya que son estas circunstancias, las que constituyen su causa o mejor, el motivo de dicho Acto Administrativo. Si se alega la causal de falsa motivación, el demandante debe demostrar en el proceso que los motivos aducidos en el acto impugnado no existieron o que sencillamente son inexactos.

Bajo estos supuestos, se encuentra, que la supresión de un cargo se puede producir por fusión o liquidación de la entidad pública respectiva, por reestructuración de la misma, por modificación de la planta de personal, por reclasificación de los empleos, por políticas de modernización del Estado con el fin de hacer más eficaz la prestación del servicio público, controlar el gasto público, abolir la burocracia administrativa, etc. Objetivos que deben dirigirse exclusivamente a lograr la optimización en términos de calidad, idoneidad y eficiencia del servicio público, basarse en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general, sin dejar de lado la protección de los derechos de los trabajadores.

En este orden de ideas, la supresión de empleos no ocurre de cualquier modo, pues para ello se establecieron algunos requisitos de orden sustancial como la elaboración del estudio técnico y el otorgamiento del derecho de opción, pues con éste se resarce de alguna forma el perjuicio que está soportando el empleado inscrito en carrera administrativa en pro del interés general.

Bajo esta perspectiva y para el primero de los requisitos mencionados, esto es, el estudio técnico, se observa que la Directora General de Calidad y Servicios del Ministerio de la Protección Social concluyó que:

“Revisada la propuesta de Reorganización Institucional de la Clínica de Maternidad Rafael Calvo C, ESE, se ajusta a los lineamientos técnicos y metodológicos solicitados por la Dirección General de Calidad de Servicios del Ministerio de la Protección Social y logra su operación en equilibrio a partir del año 2005. Por lo anterior, se emite concepto técnico FAVORABLE”.

Por consiguiente, en virtud de dicho documento, se puede concluir que el proceso de reestructuración de la planta de personal, pretendía la racionalización del gasto público y acomodarse a las políticas de ajuste fiscal trazadas por el ejecutivo, cumpliendo de esta manera con los mandatos del artículo 96 del Decreto 1227 de 2005⁷.

⁷ **Artículo 96.** Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.

96.2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.

96.3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.

96.4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.

Es así como en el proceso de modificación de la planta de personal de la E.S.E. Clínica de Maternidad Rafael Calvo se llevó a cabo el estudio técnico de manera previa, tal como consta en las pruebas señaladas precedentemente, donde se observa que el estudio contempló el análisis correspondiente de las implicaciones derivadas de la transformación de la entidad, así como de los perfiles de los cargos, de sus funciones y las cargas de trabajo.

Encuentra la Sala que el cargo de nulidad alegado en la demanda, que hace referencia al estudio técnico realizado, no tiene vocación de prosperar, pues contrario a lo afirmado por la demandante, sí existe en este caso, un estudio técnico que permitiera concluir que la supresión de cargos que se hizo con ocasión de la modificación de la planta de personal de la entidad demandada, lo cual obedeciera a las necesidades del servicio.

Ahora bien en lo que respecta a causal de nulidad de la desviación de poder en los procesos contencioso administrativos, esta debe caracterizarse por un especial dinamismo dada la naturaleza de la figura que se pretende probar; toda vez que no se puede invocar a la ligera la existencia de desviación de poder y/o falsa motivación, máxime cuando el demandante, no aporta las pruebas necesarias que lleven al juzgador, a un pleno convencimiento de la ocurrencia de estas causales de anulación descritas por el artículo 84 del C.C.A. Es decir, no es suficiente mencionar el cargo, sino también, presentar las evidencias necesarias que tiendan a fundarlo, razones estas que llevan a desestimar los anteriores cargos.

Respecto las pretensiones tendiente a pagar unas sumas de dinero como prestaciones sociales y reajustes de salarios, deben de ser reclamadas primero ante la administración y luego ante la jurisdicción, toda vez que ninguna de estas pretensiones es a causa de la supresión del cargo, en otras que en nada se derivan de la situación de restructuración y supresión del cargo; tampoco se presentan como subsidiarias, puesto que además no lo son, sino que tienen su propia individualidad y procedimiento tanto administrativo ante la ESE y ante la justicia.

96.5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.

96.6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.

96.7. Introducción de cambios tecnológicos.

96.8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.

96.9. Racionalización del gasto público.

96.10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

Parágrafo 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales"

Vistas la consideraciones antes efectuadas, la Sala que no se encuentra causal de ilegalidad alguna para anular el acto administrativo demandado, lo que hace que dicho acto conserve su presunción de legalidad, quedando vigente en el ordenamiento jurídico y dando como resultando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Descongestión 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 de fecha veintiséis (26) de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se inhibe para emitir un pronunciamiento de fondo de las pretensiones de la demanda, para que en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de este proveído.

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

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° 1313
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ELKIN BUSTAMANTE DIAZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-012-2008-00102-01
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
SALA DE DESCONGESTIÓN 002

SENTENCIA DE SEGUNDA 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 : 13001-33-31-012-2008-00102-01
Demandante : ELKIN BUSTAMANTE DÍAZ
Demandado : NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Tema : Responsabilidad por lesiones de conscripto

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 11 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Textuales:

"Que en sentencia, que ponga fin al presente proceso, se declare administrativamente responsable a la demandada, por los daños y lesiones sufridas de por vida en su humanidad por parte del exinfante (sic) de marina regular ELKIN EDUARDO BUSTAMANTE DÍAZ; de acuerdo a los hechos que se redactan en la presente demanda, y como consecuencia de esta declaración de responsabilidad, le sea ordenada a la demandada, a lo siguiente:

- 1) *Cancelarle al actor, por daños actuales y materiales sufridos en su humanidad, 60 salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha de la presentación de la demanda, estando el salario mensual vigente en la suma de \$ 358.000 de acuerdo al Decreto 3770/03, o sea \$21.480.000 en total. Cancelarle al actor el lucro cesante en salarios mínimos mensuales vigentes, desde la fecha de su*

accidente, en marzo /2003 cuando poseía 21 años de edad, hasta la edad promedio de vida probable en Colombia de los 62 años de edad, o sea 41 años en salarios mensuales legales en la presente fecha, siendo 492 meses, a razón de la vigencia salarial de \$358.000, lo que arroja \$175 millones, con ochocientos noventa mil pesos (\$ 175.890.000) como perjuicios de orden morales (sic), se solicita sea condenada la demandada a cancelarle al actor 50 salarios mínimos legales mensuales, o sea la suma de \$ 17.900.000,oo.

- 2) Que se le ordene a la demandada cancelarle al padre y la madre del actor, a los señores EDUARDO DE JESÚS BUSTAMANTE y CECILIA DIAZ MONTERO, la cantidad de 30 salarios mínimos mensuales legales vigentes, o sea la suma de \$ 10.740.000 a cada uno por perjuicios materiales y la cantidad de 30 salarios mínimos mensuales vigentes a cada uno, o sea de \$ 10.740.000 a cada uno.*

- 3) Que se le ordene a la demandada, a cancelarle a los siguientes hermanos del actor LORAINÉ MARIA BUSTAMANTE DIAZ, NATALIA BUSTAMANTE DIAZ, JHON JAIRO BUSTAMANTE DIAZ y VLADIMIR BUSTAMANTE DIAZ, 15 salarios mínimos mensuales a cada uno, por perjuicios materiales, o sea \$5.790.000 a cada uno en la fecha de la presentación de la demanda. igualmente (sic), se le ordene a la demandada a cancelarle a cada uno de los citados hermanos del actor 15 salarios mínimos mensuales legales vigentes, por los perjuicios morales, o sea \$5.790.000 a cada uno de estos hermanos, en resumen en este caso un total de \$ 57.900.000 que se le ordene a la demandada, a realizarle los ajustes y correcciones monetarios a todos y cada uno de los valores señalados en las pretensiones, en base a lo previsto en los artículo 177-175 y 178 del C.C.A; y en base a la reparación integral en este caso, ordenando por el artículo 16 de la ley 446/98.”*

1.2. HECHOS

Los relata de la siguiente manera:

Señala el libelo de la demanda, que el actor ingresa como Infante de Marina regular, sano y bueno a la Armada Nacional a fin de servirle a la patria en forma desinteresada y sin ninguna contraprestación, ello aconteció a mediados del año 2002 y en la guarnición de Coveñas (Sucre) en donde juró banderas y pasó a las respectivas unidades militares en la Infantería de Marina. Para el día 4 de marzo de 2003, siendo orgánico del Batallón de Fusilero IM No.3 con sede en Malagana (Bolívar), el actor hacía parte de la patrulla Cáncer 1, la que se encontraba patrullando en área de la jurisdicción del sitio denominado la Glorieta en la vía que conduce al corregimiento La

Casona, jurisdicción del municipio de El Carmen de Bolívar, siendo esta área denominada "roja" con orden publico alterado.

Estando en compañía de otros infantes, el I.M Nicolás Davila Grisales, quien lo llamo para mostrarle el hallazgo de unas granadas, envueltas en cintas u alambres, por lo cual se llamó a un suboficial experto en explosivos a fin de que se tomaran las medidas de seguridad para su custodia y así se localiza al Sargento Orangel Páez Contrera, quien se apersona de la situación y procede en forma errónea e irresponsable a recoger las granadas en una piola y las amarra y las coloca en un palo , posteriormente se le comunica al personal que no se acercaran a las granadas en vez de desasegurarlas y hacerlas explotar en un lugar apartado como es la lógica y los reglamentos avisándole de esta acción a sus superiores.

Cuenta que en ese sitio, el Infante Nicolás Ávila Grisales se quedó a unos metros vigilando o prestando seguridad a fin de que los civiles o particulares no se acercaran a los explosivos. Posteriormente, el actor se disponía a seguir patrullando, cuando se presentó el Suboficial Wilmer Reyes Simancas buscando a más infantes de marina para proseguir los patrullajes y en eso llegó el Suboficial Jhon Suárez Salgado, quien en forma imprudente manifestó que quería ver las granadas encontradas y por ello, simplemente se las mostraron y comenzó a tocarlas , cuando estas explotaron, dentro de la explosión resultó muerto el infante Nicolás Ávila Grisales y heridos el actor, el Suboficial Jhon Suárez Salgado y el Suboficial Wilmer Reyes Simancas.

Sostiene que el Suboficial Suárez Salgado al manipular irresponsablemente las granadas y el Suboficial Orangel Páez Contreras con su labor irresponsable, demuestran las formas protuberantes de las fallas en el servicio por parte de la demandada quien en su caso, le cabe toda la responsabilidad por los hechos dañosos que le ocasionaron al actor perjuicios en su humanidad y quien por estos daños no puede trabajar.

Afirma que por esos hechos se iniciaron las investigaciones penales militares y disciplinarias administrativas por parte del Juez 104 de Instrucción Penal Militar con sede en el Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No.3 en Malagana (Bolívar) y por parte del Comando del Batallón Contraguerrilla de Infantería No.2 con sede en Malagana (Bolívar). El actor por su parte fue intervenido quirúrgicamente y tratado en el Hospital Naval de Cartagena por múltiples fracturas en su fémur, fractura de tibia y desprendimiento de sus carnes en los muslos de sus piernas.

2. LA DEFENSA

La entidad demandada contestó la demanda¹, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Como razones de defensa, manifestó que se le debe dar aplicación a la culpa exclusiva de la víctima, dado que el hecho que dio lugar al daño no procede como nexo causal entre la falla del servicio o daño en si mismo considerando, por cuanto en el medio de estos presupuestos se refleja el hecho personal del agente que desconociendo los procedimientos administrativos, ejerce un móvil puramente personal.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 11 abril de 2012², denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando su decisión, entre otras, en las siguientes consideraciones:

(...)

No queda duda que aun cuando el régimen de falla del servicio alegado por la parte que acciona ha sido considerado como se dijo antes, el título jurídico de imputación por excelencia para establecer la obligación indemnizatoria del Estado; en el caso bajo estudio dicho régimen tampoco procede en la medida en que la falla del servicio tiene como fundamento el incumplimiento de una obligación a cargo de la administración o bien, cuando lo que provoca el hecho dañoso es la falta de diligencia y cuidado, situación que no fue probada en el asunto de marras.

Lo anterior teniendo en cuenta ya lo dicho en la presente providencia en el sentido que la administración cumplió con los protocolos del caso como quiera que procedió a disponer la custodia y vigilancia del artefacto explosivo a fin de evitar riesgos a la población civil habitante del sector y al resto del personal militar, mientras eran desactivadas por expertos en el manejo de explosivos.

En conclusión, el acervo probatorio obrante en el expediente no deja al despacho duda alguna en torno a que los daños sufridos por el accionante no resultan jurídicamente imputables a la Administración, toda vez que el proceder asumido por el Sargento Segundo Jhon Suárez Salgado reúne los elementos necesarios para entender configurada la eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y

¹ Ver folio 32 a 33

² Ver folio 542 a 555

determinante de un tercero, la cual excluye la responsabilidad del daño a la entidad demandada.

(...)"

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante³, interpone recurso de apelación contra la sentencia de 11 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, manifestando entre otros, los siguientes motivos de inconformidad:

El actor reitera lo expuesto en la demanda, así mismo señala que conforme al precedente judicial del H. Consejo de Estado, le corresponde al Tribunal Administrativo de Bolívar, en virtud del principio iura novit curia, y conforme a los hechos y pruebas allegadas al expediente permiten advertir el mal funcionamiento del artefacto explosivo por parte del Sargento de la Armada Nacional Jhon Suárez Salgado.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1 Demandante:

No alegó.

5.2. Demandado:

Alegó de conclusión, manifestado que el sub examine no está probado ninguno de los elementos que constituyen la falla del servicio; señala que los hechos del libelo demandatorio carecen de absoluto respaldo probatorio, ya que la causa del daño no fue la actuación del ente demandado, sino la propia víctima con la participación de terceros. (Folio 573 a 575).

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

No rindió concepto.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 14 de agosto de 2012 se admitió el recurso de apelación (folio 570).

El 31 de octubre de 2012 se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 572).

³ Folio 557 a 564

Finalmente, el proceso entró al Despacho para fallo el 1 de febrero de 2013 (folio 576).

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 Doce Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que los hechos ocurrieron, según se pudo establecer, el 4 de marzo de 2003; y el 14 de septiembre de 2004 el actor presentó la demanda a través de apoderado judicial, es decir, dentro del término de dos años que establece el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

3. PROBLEMA JURÍDICO.

Determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios materiales y morales derivados de las lesiones sufridas por el ex Infante de Marina Elkin Eduardo Bustamante Díaz durante la prestación del servicio militar obligatorio, por la explosión de artefactos encontrados durante un patrullaje y manipulados por otro integrante de la Fuerza Pública.

4. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIAL

De la responsabilidad del Estado.

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

La Responsabilidad Patrimonial del Estado se integra por tres elementos básicos a saber: (i) La existencia de un daño; (ii) La ocurrencia de un hecho u omisión, productor del daño; y, (iii) El nexo causal entre el hecho y el daño.

El daño es aquella merma, mengua o afectación al patrimonio de una persona, se tiene entonces que, la existencia del daño antijurídico constituye el elemento esencial de la posibilidad de reparación de los perjuicios, siempre que el daño sea imputable a una entidad estatal.

El hecho u omisión generadora del daño es una conducta, positiva o negativa, desplegada por la administración, que condujo a la producción del daño.

Entre los dos elementos anteriores debe existir una relación causa y efecto, es decir, debe existir un nexo causal entre el hecho y la producción del daño, que permita imputar a la entidad administrativa las afrentas injustificadas sufridas por el administrado.

Soldado Conscriptos

Al respecto el H. Consejo de Estado ha señalado:

“En relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha avalado la posibilidad de que sean, en primera medida, aquellos de naturaleza objetiva -tales como el daño especial o el riesgo excepcional-, y de otro lado, el de la falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección, en reciente oportunidad, puntualizó⁴:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas⁵; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos⁶;

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 18.725.

⁵ En sentencia de 10 de agosto de 2005, exp: 16.205, la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridas por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: “...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”

⁶ En sentencia de 28 de abril de 2005, exp 15.445, dijo la Sala: “En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el “daño” tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla

pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

"...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada"⁷.

En consecuencia, frente a los daños ocasionados a quienes son obligados a prestar el servicio militar, en la medida que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio, que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, es claro que la Administración debe responder bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquél al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

Como se aprecia, en relación con los conscriptos, el principio iura novit curia reviste una característica especial, toda vez que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados. Además, no debe perderse de vista que en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que es una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, además de que, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública⁸.

probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos...Ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadores de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor".

⁷ Expediente 11.401.

⁸ Sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18.586

Dicho tratamiento, decantado por la jurisprudencia contenciosa administrativa, respecto de la responsabilidad del Estado por daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, obedece en principio a la diferencia que se evidencia entre los soldados que se encuentran en esta categoría frente a aquellos que ingresan voluntariamente a la fuerza pública. Tal contraste radica en que los primeros lo hacen para cumplir con un deber constitucionalmente impuesto, mientras que los segundos de manera espontánea, por su propia iniciativa, eligen vincularse al establecimiento militar, de lo cual se infiere que optan por asumir o al menos compartir con el Estado los riesgos que sobre ellos puedan materializarse en el ejercicio del servicio que voluntariamente escogieron desempeñar.

Tal situación no ocurre con los soldados conscriptos, quienes únicamente tienen el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc., pero si durante la ejecución de su deber constitucional les sobrevienen lesiones a situaciones que tienen protección jurídica como la vida, la integridad personal y la salud, ellas pueden ser causa de imputación de daño antijurídico al Estado, por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no comparte ni asume ese tipo de riesgos con el Estado⁹.

No obstante ello, si el juez encuentra, de conformidad con las pruebas valoradas en el plenario, que los daños que sufrió el conscripto durante su reclutamiento, obedecieron a una falla en la prestación del servicio imputable a la demandada, así deberá declararlo.

Se estimó necesario presentar las anteriores reflexiones con el propósito de establecer, con fundamento en las pruebas valoradas en el proceso, si la entidad demandada es la responsable de los hechos que se le imputan.”

5. Caso concreto

En el presente asunto, entra la Sala a resolver el problema jurídico que se origina con la solicitud de alzada; y es determinar ¿si la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios materiales y morales derivados de las lesiones sufridas por el ex Infante de Marina Elkin Eduardo Bustamante Díaz durante la prestación del servicio militar obligatorio por la explosión de artefactos encontrados durante un patrullaje y manipulados por otro integrante de la Fuerza Pública?

⁹ Sentencia de 6 de junio de de 2007, expediente

6. Pruebas obrantes en el proceso

- Copia autentica del registro civil de Natalia Bustamante Díaz (folio 18).
- Copia autentica del registro civil de Elkin Eduardo Bustamante Díaz (folio 19).
- Fotografías de la lesión sufrida por Elkin Bustamante (folio 20).
- Copia autentica de la historia clínica No. 89155 correspondiente al señor Elkin Eduardo Bustamante (folio 67 a 248).
- Copia autentica del Acta Aclaratoria No. 013/06 DHONAC Marzo /06 de la Junta Médica Laboral 161/2005 (folio 69).
- Copia autentica de la historia clínica de egreso (unidad de cuidados intensivos) de Elkin Bustamante, en donde consta que ingresó al Hospital Naval de Cartagena el día 4 de marzo de 2003 por politraumatismo por mina antipersonal, fracturas abierta grado IIIb en rótula, supracondilea de fémur, tibia derechos y tibia izquierda, heridas en muslos, POP orquidectomía por avulsión de testículo izquierdo (folio 91).
- Copia autentica del Acta de Junta Medica Laboral No. 063-2/2004 (folio 97-98).
- Copia autentica del Acta de Junta Medica Laboral No. 161/2005 (folio 118-119).
- Copia autentica de Orden Administrativa Personal No.294 del 8 de noviembre de 2002, mediante la cual fue dado de alta por la Armada Nacional el ex Infante de Marina Regular Elkin Bustamante Díaz (folio 255 a 289).
- Copia autentica de Orden Administrativa Personal No. 216 del 3 de mayo de 2004, por medio de la cual se da baja a un personal de Infantería de Marina entre ellos el actor Elkin Bustamante (folio 304 a 317).
- Copia autentica de la investigación disciplinaria formal No. 2003-009 adelantada por el Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No.3 con ocasión a la presunta manipulación indebida de un artefacto explosivo que ocasionó la muerte del IMAR Dávila Grisales Nicolás y heridas a otros integrantes de la patrulla Cáncer 1, el día 4 de marzo de 2003 en el sector la Glorieta jurisdicción del Municipio de El Carmen de Bolívar. (folio 318 a 482).
- En los cuadernos de pruebas Nos. 1, 2, 3 y 4 del expediente, encontramos copia autentica del proceso penal no. 468 adelantado por el Juzgado 104 de Instrucción Penal Militar iniciado el 27 de octubre de 2003 contra el S2MIM Jhon Suárez Salgado, a quien se le condenó como autor responsable de los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas en concurso, por hecho ocurridos el día 4 de marzo de 2003 en el área de La Glorieta de El Carmen de Bolívar en donde resultó herido el señor Elkin Bustamante Díaz entre otros.

- Copia autentica de la constancia de ejecutoria del fallo condenatorio de primera instancia del 6 de noviembre de 2007, en donde se hace constar que contra la sentencia no se interpuso recurso alguno (C.4 folio 1218).
- Copia autentica del dictamen rendido por la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bolívar de fecha 12 de octubre de 2012, en donde se establece que el señor Elkin Eduardo Bustamante Díaz tiene un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de un 77,78% y la calificación del origen de su incapacidad es accidente de trabajo (Folio 518 a 521).

Ahora bien, en relación con la imputación, corresponde determinar si las lesiones sufridas por Elkin Bustamante Díaz, pueden ser atribuidas a la entidad demandada o corresponden al hecho exclusivo y determinante de un tercero, como sostuvo la sentencia de primera instancia.

Teniendo en cuenta lo anterior, está demostrado en el plenario que las lesiones se presentaron cuando el infante Elkin Bustamante se encontraba bajo la custodia de la entidad demandada como soldado regular, hallándose en la patrulla Cáncer 1, en el sector de La Glorieta jurisdicción del Municipio de El Carmen de Bolívar, en desarrollo de actividades propias del servicio militar, de tal forma que los daños sufridos fueron por causa y razón del servicio que prestaba.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha precisado en distintas oportunidades el régimen de responsabilidad aplicable a los eventos de daños causados a los soldados que prestan el servicio militar en calidad de conscriptos, es decir, aquellos que son reclutados de manera obligatoria (soldados regulares, bachilleres, campesinos etc.)¹⁰ que se diferencia del régimen jurídico aplicable por los daños causados al personal de la fuerza pública y de los organismos de defensa y seguridad del Estado que ingresan de

¹⁰ Artículo 13 de la Ley 48 de 1993: El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

“ARTICULO 13°. Modalidades prestación servicio militar obligatorio.

“El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

“Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses;
- b. Como soldado bachiller, durante 12 meses;
- c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;
- d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

“PARAGRAFO 1°. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

“PARAGRAFO 2°. Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.

manera voluntaria (personal de soldados voluntarios y profesionales, suboficiales y oficiales, personal de agentes de la Policía Nacional, detectives del DAS, entre otros)¹¹.

En efecto, de tiempo atrás ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial, determinado, por dos situaciones que deben concurrir:¹² en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados, por mandato constitucional¹³ en los términos¹⁴ y salvo las excepciones consagradas por la Ley, a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los asociados están llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los demás miembros de la sociedad, por consiguiente, cuando sufren desmedro físico o fallecen por razón del servicio, **el Estado asume la obligación de reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, pues el conscripto sólo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes del ejercicio de la actividad militar.** La anterior situación no se genera, en principio, con el segundo grupo, es decir, con el personal de las fuerzas armadas que se vincula de manera voluntaria en virtud de una relación legal y reglamentaria, como sucede, por vía de ejemplo, con el personal de Soldados Voluntarios, Soldados Profesionales, Suboficiales y Oficiales, porque al elegir su oficio consienten su incorporación y asumen los riesgos inherentes al mismo, a su turno, la Entidad estatal brinda la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones, por consiguiente, si se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se genera la llamada por la doctrina francesa indemnización a *forfait*¹⁵⁻¹⁶ de manera que, en principio, para que la responsabilidad estatal surja en este tipo de eventos, además del riesgo inherente a la profesión debe ocurrir un hecho anormal generador de un daño que no se está obligado a soportar, evento en el cual surge el derecho a reclamar una indemnización plena y complementaria a la que surge de la esfera prestacional, bajo el régimen general de la responsabilidad de la administración, con las connotaciones propias en relación con los elementos estructurales y las causas extrañas enervantes del fenómeno jurídico. Es de anotar que

¹¹ Entre otras, Sentencia proferida dentro del radicado 12.799.

¹² Sentencia proferida el 23 de abril de 2008 Exp. 15720.

¹³ Artículo 216 de la Constitución Política.

¹⁴ Artículo 3º de la Ley 48 de 1993.

¹⁵ Michel Paillet. La responsabilidad administrativa. Año 2001. Traducción: Jesús María Carrillo Ballesteros. Universidad Externadote Colombia

¹⁶ A este respecto en sentencia de fecha 3 de mayo de 2007. Radicación 16200, la Sala precisó:

“...El mismo ordenamiento jurídico, se ha encargado de establecer un régimen prestacional de naturaleza especial, que reconozca esa circunstancia de riesgo connatural a las actividades que deben desarrollar estos servidores públicos, cuando quiera que resulten lesionados o muertos en razón y con ocasión del cumplimiento de sus funciones, por lo cual se puede afirmar que, desde este punto de vista, los miembros de tales instituciones se hallan amparados de un modo que generalmente excede el común régimen prestacional de los demás servidores públicos, en consideración al riesgo especial que implica el ejercicio de las funciones a su cargo...”

la Sala ha precisado que la “*indemnización a forfait*” y la indemnización plena no son, en principio, excluyentes entre sí, porque la primera tiene una causa legal, lo cual implica que debe pagarse de manera independiente a que la responsabilidad de la administración se halle o no comprometida por la ocurrencia de los hechos, en tanto la segunda tiene origen en la responsabilidad misma, proveniente del daño antijurídico que no está obligado a soportar el administrado¹⁷.

Pues bien, la jurisprudencia en situaciones similares ha señalado:

“Para la Sala, la responsabilidad de la Administración se encuentra comprometida a título de falla en la prestación del servicio, en tanto los soldados reclutados en calidad de concriptos deben recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica¹⁸, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades, por ende, someterlo a desarrollar tareas de inteligencia táctica de combate, tendientes a identificar a los adversarios o potenciales adversarios, su capacidad de ataque y centros de arremetida o cualquier otra forma de exponerlos al fuego del adversario constituye una falla en el servicio por la inobservancia de una obligación legal que implica el surgimiento de la responsabilidad de la administración determinado en el incumplimiento del contenido obligacional de protección que tiene el Estado en relación con los concriptos”.

Es de anotar que de los medios de prueba allegados válidamente al proceso se desprende que el Infante Bustamante Díaz, se encontraba realizando labores de patrullaje, situación que permite corroborar la falla en la prestación del servicio a cargo de la Entidad demandada, dado que los soldados concriptos no están en la capacidad de realizar este tipo de actividades en sitios denominados de alto riesgo; de esta manera, independientemente de quien haya manipulado los artefactos que produjeron las lesiones cuyo resarcimiento se pide, no resulta de recibo la tesis sostenida en la sentencia de primera instancia, pues la falla del servicio se configuró en este caso, por el solo hecho de exponer al soldado regular, a una situación de alto riesgo que no está obligado a soportar por encontrarse prestando el servicio militar obligatorio.

El daño se encuentra acreditado; la lesión que sufrió el Infante Elkin Bustamante Díaz, se deduce no sólo de los informes administrativos elaborados con ocasión de los hechos, sino de las historias clínicas diligenciadas por las diferentes instituciones que prestaron la

¹⁷ Sentencia de marzo 1 de 2006, Exp. 14002 y Sentencia del 30 de agosto de 2007. Exp.15724.

¹⁸ Parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 48 de 1993. Cfr. Num. 3.

atención médica al demandante.

El nexo de causalidad surge de manera diáfana. El incumplimiento de la obligación legal constitutiva de falla del servicio condujo a que el soldado Bustamante fuera expuesto al actuar negligente e irresponsable del Sargento Jhon Suárez Salgado, quien al manipular las granadas halladas con ocasión del servicio causó la explosión de las mismas, lo cual determinó la causación del daño.

A juicio de la Sala el eximente de responsabilidad conocido como el hecho de un tercero alegado por la Entidad demandada carece, en el asunto sub - lite, de la virtualidad suficiente para enervar la relación etiológica entre el hecho imputable jurídicamente a la Administración y el daño antijurídico experimentado por la víctima, en primer término porque no puede considerarse tercero al propio agente de la Administración que con su actuar imprudente o inexperto ocasionó el daño, y por otro lado, porque aún tratándose de un tercero (verbigracia fuerzas enemigas), la administración debió abstenerse de exponer al soldado a las labores de patrullaje con los riesgos que ello conlleva, los cuales fácilmente podía prever la administración, de manera que la causa extraña no se abre paso para impedir la estructuración de la responsabilidad de la administración, porque no evitar el daño teniendo la obligación de impedirlo o pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

Indemnización de perjuicios

Perjuicios morales.

Por las lesiones del infante Elkin Bustamante concurren al proceso, además de la víctima directa de los daños: Eduardo Bustamante (padre de la víctima), Cecilia Díaz Montero (madre), Vladimir Bustamante, Loraine Bustamante Díaz y Natalia Bustamante Díaz (Hermanos) según se desprende de la demanda y de los poderes debidamente conferidos a su apoderado, quienes pidieron, por dicho concepto, una suma equivalente, en 15 salarios mínimos legales a cada uno.

Se encuentra acreditado que Eduardo Bustamante y Cecilia Díaz Montero son los padres de Elkin Bustamante (lesionado) y Natalia Bustamante Díaz es la hermana, según los registros civiles de nacimiento que reposan a folios 18 -19, cuaderno 1, no obstante dentro del expediente no obra prueba alguna que indique Vladimir Bustamante y Loraine Bustamante Díaz son hermanos de la víctima como afirma el actor en libelo de la demanda.

Acreditado el parentesco de los demandantes con Elkin Bustamante puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante con la víctima, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre éstos, y que por lo tanto aquéllos sintieron angustia e incertidumbre por las lesiones del joven soldado. Pueden considerarse suficientes, entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso para tener demostrado el daño moral reclamado por los demandantes.

En cuanto se refiere a la cuantía de la indemnización de este perjuicio inmaterial, debe recordarse que, de conformidad con lo expresado en sentencia del seis de septiembre de 2001, la Sección Tercera del Consejo de Estado, abandonó el criterio según el cual se estimaba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se 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 grado de intensidad¹⁹.

Se encuentra acreditado que Elkin Bustamante sufrió una lesión, siendo la misma una de las razones por las cuales fue declarado no apto para continuar en el servicio militar

Siendo consecuente con lo dicho y atendiendo que la magnitud de las lesiones sufridas por Elkin Bustamante causaron una pérdida de capacidad laboral del 77,78%, una tasación justa y acorde con la gravedad de las lesiones por él sufridas, será de 77 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para la víctima directa del daño; la suma de 38,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para Eduardo Bustamante y Cecilia Díaz Montero, en calidad de padres de la víctima, mientras que a Natalia Bustamante Díaz, se les reconocerá la suma de 19,5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como hermana de la víctima.

Perjuicios materiales

El actor pide que se condene a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de *“daños actuales y materiales sufridos en su humanidad”* (daño emergente) la suma de 60 salarios mínimos mensuales vigentes para el Infante.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, actor: Belén González y otros – William Alberto González y otra

Por otra parte, los padres solicitan una suma equivalente en 30 salarios mínimos mensuales vigentes, y los hermanos una suma equivalente a 15 salarios mínimos mensuales vigentes, por concepto de daños materiales.

Al respecto, precisa la Sala el daño emergente solicitado se negará, toda vez que no hay prueba alguna que soporte dicha pretensión; por otra parte el perjuicio material únicamente se reconoce a la víctima directa, porque a los parientes solo se hacen acreedores del mismo cuando hay muerte, situación que no se da en el presente caso.

Pues bien; el porcentaje de la disminución de la capacidad laboral de la víctima es de 77.78 %, elemento que resulta necesario, en este caso, para calcular la indemnización reclamada por los demandantes, de tal suerte que la Sala condenará, a la entidad demandada al pago de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante.

Lucro cesante: comprende dos (2) períodos; i) **VENCIDO**: Desde el momento en que el demandante, señor ELKIN EDUARDO BUSTAMANTE DIAZ, se le DA DE BAJA del servicio activo de la Armada Nacional por TIEMPO DE SERVICIO MILITAR CUMPLIDO, con fecha 30 de abril de 2004, según la Resolución No. 216 de 3 de mayo de 2004(fl.308), hasta la fecha probable de este fallo, 24 de octubre de 2013, y ii) **FUTURO**: Desde del día siguiente del fallo, 25 de octubre de 2013, hasta la fecha probable de vida del demandante.

Como ingreso se tomará el salario mínimo legal mensual vigente para la fecha en que fue dado de baja del servicio el demandante, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, el cual se actualizará con los índices de precios al consumidor vigente para la fecha antes anotada y el vigente en la fecha de la sentencia.

Salario mínimo legal mensual para el 30 de abril de 2004 = \$ 358.000

Indice de precios al consumidor vigente el 30 de abril de 2004 = 78,74

Indice de precios al consumidor vigente a 24 de octubre de 2013 = 114,23

Salario mínimo 2004 actualizado = $\frac{114,23}{78,74} \times \$ 358.000$

Salario mínimo 2004 actualizado= \$ 519.359,15,

Como salario mínimo legal mensual de 2004, resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente, que asciende a \$ 589.500, se tomará este último para calcular la indemnización.

LUCRO CESANTE VENCIDO

Comprende el período entre la fecha en la cual el actor fue retirado del servicio (abril de 2004) y la fecha de expedición de la presente sentencia, para lo cual se utilizará la siguiente fórmula:

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

Entonces:

Ra = Es el salario mínimo mensual actual que asciende a \$ 589.500, aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales = 736.875,00

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable = 113 meses

$$S = \frac{\$ 736.875 \times (1 + 0.004867)^{113} - 1}{0.004867}$$

$$S = 110.658.754,00$$

LUCRO CESANTE FUTURO:

Comprende el período entre la fecha de expedición de la presente sentencia y la fecha probable de la expectativa de vida del demandante, para lo cual se utilizará la siguiente fórmula:

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

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

Ra = \$ 736.875

I = Interés puro o técnico: 0.004867

N = Número de meses que comprende el período indemnizable, el cual se extiende desde la fecha de la sentencia y hasta el límite de la vida probable de ELKIN EDUARDO BUSTAMANTE DIAZ

El señor Bustamante Díaz, nació el 5 de abril de 1982, luego para la fecha en que fue dado de baja por TIEMPO DE SERVICIO MILITAR CUMPLIDO, tenía 22 años de edad, siendo su probabilidad de vida de 53.94 años, según la Resolución No. 0497 de 20 de mayo de 1997, de la Superintendencia Bancaria, equivalentes a 647,28 meses, de los cuales se descontará el número de meses que fueron liquidados por el período debido o consolidado (113), lo cual arroja un total de 534,28 meses.

Reemplazando, se tiene que:

$$s = \$ = \$ 736.875 \frac{(1 + 0.004867)^{534,28} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)}$$

$$S = \$ 140.089.813,00$$

Total indemnización debida = \$ 250.748.547, 00

COSTAS

De otra parte, atendiendo los criterios establecidos en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la demandante en este proceso.

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

IV. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 11 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, y en su lugar **DECLARAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA patrimonialmente responsable por los perjuicios causados a los señores Elkin Bustamante Díaz, Eduardo Bustamante, Cecilia Díaz y Natalia Bustamante Díaz.

SEGUNDO: En consecuencia, se **CONDENA** a la Nación- Ministerio de Defensa, a pagar a título de indemnización las siguientes sumas de dinero:

A) POR PERJUICIOS MORALES:

Al señor **ELKIN BUSTAMANTE DÍAZ**, el equivalente a **setenta y siete (77) salarios mínimos legales mensuales**, por concepto de perjuicios morales.

A los señores **EDUARDO BUSTAMANTE** y **CECILIA DÍAZ MONTERO**, el equivalente a **treinta y ocho punto cinco (38.5) salarios mínimos legales mensuales**, por concepto de perjuicios morales, para cada uno de ellos en su condición de padres del directo afectado.

A la joven **NATALIA BUSTAMANTE**, el equivalente a **diecinueve punto cinco (19.5) salarios mínimos legales mensuales**, por concepto de perjuicios morales, en su condición de hermana del directo afectado.

El valor del salario mínimo legal mensual será el vigente a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

B) POR PERJUICIOS MATERIALES: A favor del señor **ELKIN BUSTAMANTE DÍAZ**, la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$250.748.547, oo) M/cte**, a título de lucro cesante.

TERCERO: Para el cumplimiento del fallo se dará aplicación a lo dispuesto por los artículos 177 y 178 del C.C.A.

CUARTO: NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Reconocer personería a la Doctora María Castro Castro, identificada con cedula de ciudadanía numero 22.703.476 expedida en Tubará, portadora de la T.P No.65.524 del C.S. de la J, como apoderada de la Nación- Ministerio de Defensa.

SEXTO: Ejecutoriada la presente providencia, remitir 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