

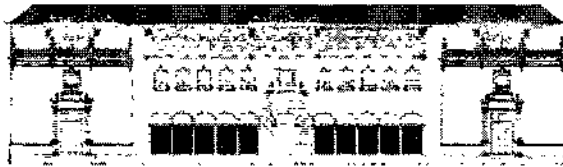
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

NOTA SECRETARIAL

Los números de los edictos aquí descritos por una falla técnica o error de transcripción involuntario fueron repetidos equivocadamente con los mismos números de los edictos anteriores de fecha veintidós de octubre del año en curso(22-10-2013), a pesar de lo cual conservan su plena validez legal.

ATE.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1234
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: ZONA FRANCA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2011-00310-01
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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



P. 3109 322
(4.0)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE ESPECIAL DE DESCONGESTION No.003

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo.

SENTENCIA No. 280 / 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

TEMA: Sanción por infracción aduanera – falta de endoso del conocimiento de embarque para ingreso de mercancías a zona franca

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Radicación: No. **13-001-23-31-013-2011-00310-01**

II. PARTES

Demandante : ZONA FRANCA S.A.

Demandado : DIAN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de fecha 23 de agosto de 2010 (proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se accedieron las pretensiones de la demanda, como se precisará más adelante.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

Primera: *Que es nula la resolución No 228 de fecha Febrero 12 de 2.004, proferida por la división de liquidación de la administración de aduana especial de Cartagena, por haberse expedido con violación de las normas las legales a las que ha debido sujetarse.*

Segunda: *Que por las mismas razones, es igualmente nula la resolución No 1018 de 25 de mayo de 2.004, expedida por la división jurídica de la administración de aduana especial de Cartagena., en la medida en que confirmó en todas sus partes la resolución No 228 de fecha febrero 12 de 2.004, practicada a la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. ZONAFRANCA.SA.*

Tercera: *Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se restablezca en su derecho a la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. ZONA FRANCA S.A., y por lo tanto de le exoneró del pago de la sanción de multa pretendidas por la DIAN, motivado en el hecho que el ingreso de las mercancías a las instalaciones de la Zona franca se realizó con el lleno de los requisitos aduaneros exigidos legalmente.*

Cuarta: *Se ordena suspender el proceso administrativo de cobro fiscal, adelantado por la administración especial de Cartagena contra mí representada, mientras se desarrolla y finaliza este proceso."*

2. HECHOS

"(...)DEL CONOCIMIENTO DEL EMBARQUE No ANRM602008486516

Mediante al B/L ANRM602008486516 del 18 de Noviembre de 2.001, consignado por el despachador en el exterior a la firma ELECTROLUX S.A., ingresó a territorio aduanero nacional contenedores transportando refrigerados, aspiradoras, freezers horizontales, hidrolavadoras lavarropas y motosierra.

Una vez ingresada y descargada la mercancía en territorio nacional y dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a su descargue, tal y como lo ordena el artículo 113 del decreto 2685 de 1.999, procedió mi representada a satisfacer los requisitos de ley, para obtener de los funcionarios de la DIAN, específicamente ante el grupo de registro de documentos de viaje de la división de servicio al comercio exterior en los muelles, la autorización de retiro y traslado de las mercancías, tal y como lo contempla el manual de procedimientos SIDUNEA de la DIAN, acreditando ante ellos el ENDOSO o la consignación a un usuario industrial o comercial del usuario operador ZOFRANCA S.A. retiro y traslado que se pudo obtener por encontrarse debidamente endosado el B/L a un usuario de la zona franca, en este caso de ELECTROLUX S.A. a ROLDAN Y CIA LTDA. (usuario comercial), endoso que fue avalado en su momento por los funcionarios de la DIAN, comisionados para autorizar los traslados a Zona Franca y otros depósitos, trámite y autorización de la DIAN sin la cual no hubiera sido posible agotar este procedimiento.

Previamente a su traslado, la administración especial de aduanas de Cartagena, grupo de registro de documentos de viaje de la división de servicio al comercio exterior, acatando el manual de procedimientos SIDUNEA 2.63 capítulo correspondiente a la recepción y registro de documentos de viaje, localización de mercancías y salida del lugar de arribo, páginas 6,7 y 8, expedido por la Dirección general y mediante sus funcionarios procede a localizar virtualmente en el sistema informático de la DIAN, esta mercancía en las instalaciones de la Sociedad Operadora

Zona Franca Industrial de Bienes y servicios de Cartagena de Indias S.A. ZOFRANCA S.A. Para que una vez revisado y aceptados los procedimientos y requisitos especialmente el ENDOSO, localice y expida la planilla de envío, que es el documento aduanero que soporta dicho traslado físico hasta las instalaciones de ZONAFRANCA S.A.

No suficiente con lo anterior los funcionarios de la DIAN, y antes de la salida y retiro de las mercancías de las instalaciones de la Sociedad Portuaria De Cartagena S.A., vuelven a refrendar y aprobar el endoso en los términos del traslado, permitiendo su retiro físico, y autorizado el traslado a las instalaciones de la zona franca.

Este procedimiento se surte con la autorización e intervención de la DIAN, quien avala y acepta las exigencias legales del endoso, además de las verificaciones de procedimientos y términos.

Para cumplir con las exigencias previstas en los artículos 394 del decreto 2685 de 1.991 y 367 de la resolución No 4240 de 2.000, el consignatario ELECTROLUX S.A., Efectuó el correspondiente endoso a favor de ROLDAN Y CIA LTDA. (Usuario comercial de ZOFRANCA S.A.), en los términos legales necesarios, suficientes y acorde con las características ANRM602008486516 en el documento que se identifica con el consecutivo No 1 OF 3, tal como consta en la copia auténtica de este documento, anexo a esta demanda.

De conformidad a lo señalado en el artículo 393 del Decreto 2685 de 1.999, ZOFRANCA S.A., emitió el formulario No 10908 de fecha 08 de Diciembre de 2.001 autorizando el ingreso de las mercancías toda vez que venían debidamente endosadas a nombre del usuario ROLDAN Y CIA LTDA. (usuario comercial), por su consignatario ELECTROLUX S.A.

Posteriormente y mediante declaración de importación la mercancía es nacionalizada y obtiene levante a través del sistema informativo SIDUNEA 2,63 siendo esto posible gracias a la intervención de la DIAN quien no solo da su conformidad a los requisitos exigidos para el traslado de la mercancía

sino que también localiza virtualmente le mercancía en las bodegas del usuario comercial de la zona franca, (ROLDAN y CIA LTDA), Haciendo viable su trámite a través del mismo sistemas.

3.2 EL REQUERIMIENTO ESPECIAL ADUANERO No 000504 DE NOVIEMBRE 20 DE 2.003.

Con fecha 20 de noviembre de 2.003, la División de fiscalización grupo de infracciones de la administración especial de aduanas de Cartagena expidió el requerimiento especial No 000504, mediante el cual formulo requerimiento especial aduanero en contra de la zona franca industrial y comercial de Cartagena, identificado con NIT 890.480.385-8, de acuerdo a los establecido en el numeral 2.2., del artículo 19 del decreto 918 de 2.001, por permitir el ingreso de mercancías extranjeras a los recintos de la Zona Franca, sin que vinieran endosadas o consignadas, el conocimiento de embarque No ANRM602008486516 del 18 de noviembre de 2.001, a nombre de un usuario de ZOFRANCA S.A.

Proponiendo a la división de liquidación de esa administración le impusiera a ZOFRANCA S.A. una sanción equivalente a 40 salarios mínimos legales vigentes, al momento de la ocurrencia de los hechos, de conformidad con el numeral 2.2 del artículo 488 del decreto 2685 de 1.999, modificado por el salario mínimo año 2.001: \$286.000.

Sanción: 40 salarios mínimos

Valor sanción: \$ 11.400.000 (ONCE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MCTE).

3.3 LA RESPUESTA AL REQUERIMEINTO ESPECIAL ADUANERO

En la oportunidad legal, mi representada dio respuesta al Requerimiento Especial Aduanero, Aduciendo las siguientes objeciones y pruebas:

a) Que la administración debía archivar la investigación, por cuanto le había otorgado valor probatorio a documentos que por ley, no tenían el carácter de negociable, pues había desconocido el hecho, que el Documento de Transporte, como título valor representativo de mercancías se rige por las normas de circulación, prevista en el Código de Comercio, que se emite en varios ejemplares, de los cuales solo el original posee las características de título valor, como la de ser transferido por endoso a modo de ejemplo.

B) Que el documento aportado por el Coordinador del Grupo de Registro de la División de Servicio al Comercio Exterior, que sirvió de prueba en la investigación, fue copia de la copia que reposa en sus archivos y que como tal no tiene ningún valor probatorio, pues es una copia no negociable y al no serlo no puede realizarse ningún endoso, además no debía valorarla como efecto ocurrió pues por expresa remisión del artículo 471 del Estatuto Aduanero, que la determinación, práctica y valoración de las pruebas se estará a lo establecido entre otros a las normas del Código de Procedimiento Civil, y ellas consagran cuando las copias tendrán valor probatorio.

C) Que la Administración omitió su deber primordial de verificar la exactitud del documento de transporte negociable, trasladándose a la SIA, (declarante) quien es la encargada de conformidad con las normas aduaneras de mantener durante un lapso de cinco años los originales del documento de Transporte, para que en el evento de no encontrarse el endoso se proceda a su sanción.

Al efecto se anexaron las siguientes pruebas

Copia del conocimiento de Embarque N° ANRM602008486516 del 18 de noviembre de 2001, debidamente endosado por el consignatario a ROLDAN Y CIA LTDA. Donde se establece la cadena de endoso, autenticada ante notario.

Certificación expedida por la ZOFRANCA S.A., donde consta que la Sociedad ROLDAN Y CIA LTDA., está registrada como usuario comercial ante el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Certificado de existencia y representación legal de Zofranca S.A.

3.4 LA RESOLUCIÓN N° 228 DE FECHA FEBRERO 12 DE 2004

A pesar de los argumentos y pruebas que se adujeron con ocasión de la respuesta al Requerimiento Especial, el 12 de febrero de 2004, la División de Liquidación produjo la Resolución N° 228, mediante la cual se impuso una sanción pecuniaria al Usuario Operador de Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios, Motivada en el hecho según el cual el Usuario Operador de ZOFRANCA S.A., permitió el ingreso a sus instalaciones de mercancías sin que viniera endoso el documento de transporte a nombre de un usuario de dicha zona. "

3. ARGUMENTOS JURIDICOS DE LA DEMANDA

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política : artículos 2,6,29,83
- Código Contencioso Administrativo: artículos 2 y 3
- Código de Comercio: artículos 619, 625, 654, 655, 767, 768,1683
- Código de Procedimiento Civil: artículos 174 y ss. 254
- Estatuto Aduanero: artículos 2, 121, 367, 393, 394, 471, 476
- Estatuto Tributario: artículos 742 a 749

Del concepto de la violación expuesto se puede resaltar lo siguiente:

"Con las resoluciones proferidas la Administración violo lo estatuido en el artículo 2 de la Constitución Nacional, que señala que las autoridades de la republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades. La sociedad ZOFRANCA S.A., en su condición de zona franca, autorizo el ingreso de una mercancía, porque ella venía endosada a nombre de su usuario comercial INTERIMEX LTDA, cuya documentación por ende cumplía a cabalidad con los requisitos exigidos por la ley para ese ingreso, como era venir endosada a un usuario, ejecutando así su misión dentro de los límites de su responsabilidad. La DIAN al adelantar el proceso sancionatorio vilo el precepto constitucional aquí consagrado, porque desconoció pruebas contundentes que obran en el proceso y manejo una doble posición. Veamos, ella a atreves de sus propios funcionarios acepta los términos del endoso, al determinar las condiciones y requisitos para la autorización de tránsito o de

traslado de las mercancías a las instalaciones del usuario operador, generando una confiabilidad que esta autorización representa para él , y luego en virtud de una visita posterior, realizada por otros funcionarios de la DIAN, desconocen esta actuación y deciden rechazar los términos del endoso, sin mayores argumentos, pero nuevamente este endoso cumple con la finalidad al autorizar la administración el levante aduanero y permitir la libre disponibilidad de la mercancía.

Viola el artículo 6 de la constitución nacional, cuando establece que los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la constitución y las leyes. La sociedad operadora Zona Franca, al permitir el ingreso a la Zona Franca de la mercancía amparada con el documento de transporte ANRM602008486516 del 18 de noviembre de 2001, lo hizo porque venía endosado a nombre de un usuario de ZOFRANCA (ROLDAN Y CIA LTDA. Usuario comercial), conforme a los procedimientos previsto por la legislación aduanera, los mismo que le permitieron a los funcionarios de la DIAN autorizar el retiro de las mercancías de las instalaciones del muelle hacia las instalaciones de ZOFRANCA SA. y que posteriormente permitieron aceptar una declaración de importación y otorgar un levante de mercancía, todo esto soportado en la existencia de unos endosos claramente visibles en el documento de transporte que permitió la operación.

Entonces si la misma DIAN le otorga validez al documento de transporte, para efectuar en él, los procedimientos de declaración de importación y levante de la mercancía, es porque el Conocimiento de embarque cumplía con los requisitos de ley y al desconocerlo con las resoluciones, sin lugar a dudas, viola el artículo 6 de la C.N., por no existir irregularidad alguna, en el ingreso de las mercancías, en consecuencia es improcedente la sanción.

De igual manera se viola el artículo 2 del Decreto 2685 de 1999, o principios orientadores de la legislación aduanera. En este caso al proferir las resoluciones que hoy se acusan los funcionarios de la DIAN, desconocieron, el documento de transporte que efectivamente contiene el endoso al usuario comercial ROLDAN Y CIA LTDA., que permitió el ingreso a zona franca de la mercancía, avalado por esa

misma entidad y ratificado posteriormente cuando se procedió al levante de la mercancía una vez cancelado los impuestos correspondientes a su nacionalización.

Se violan los artículos 393 y 394 del decreto 2685 de 1999, los cuales imponen a los usuarios operadores autorizar el ingreso de mercancías cuyos documentos de transporte vengan a favor de los usuarios comerciales o industriales, al desconocer el endoso realizado por el consignatario de la mercancía ELECTROLUX S.A a ROLDAN Y CIA LTDA, usuario comercial de la zona franca.

Se viola el artículo 655 del Código de Comercio, por cuanto el endoso existe en el documento, a favor de un usuario comercial, lo que permitió su ingreso a la Zona Franca, y de forma pura y simple tal como lo preceptúa la ley, desconocer este documento de la forma como lo hace la DIAN es violar este precepto.

Efectivamente la administración especial de aduanas de Cartagena, al imponer a la SOCIEDAD OPERADORA ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS SA. ZOFRANCA SA. una sanción consistente en una multa de \$11.440.000 por haber permitido el ingreso de mercancías extranjera a los recintos de la zona franca sin que viniera consignada o endosada en el documento de transporte a nombre de un usuario de dicha zona, viola las disposiciones legales contenidas en nuestras normas sustanciales y procesales, porque le dio valor probatorio a un ejemplar del conocimiento de embarque No. ANRM602008486516 del 18 de noviembre de 2001, que no tenía las características de título valor negociable.

La particularidad de este título valor es que se emite por lo menos en dos ejemplares o más , uno de estos firmado por el transportador, será negociable y se entregara al cargador, el otro ejemplar, firmado por el cargador o su representante, quedara en poder del transportador o su representante. Este ejemplar no será negociable.

El ejemplar del conocimiento de embarque que no ostenta la calidad de título valor no es negociable, al no ser negociable no puede en el realizarse ningún endoso, ya

que de acuerdo a las normas de títulos valores, el endoso únicamente debe constar en el título mismo, ósea en el título original, ya que la literalidad nos enseña que todos aspecto fundamental o accesorio de un título valor debe constar en el título y de agotarse el espacio, en una hoja adherida al mismo.

Dentro del término establecido para responder al requerimiento especial No. 504 de fecha noviembre 20 de 2004 , presente como prueba el Conocimiento de Embarque No. Anrm602008486516 del 18 de noviembre de 2001, constante de tres folios, donde se distingue claramente sin que resulte ilegible al folio 1 of 3 el siguiente texto ENDOSAMOS EL PRESENTE DOCUMENTO CON TODAS SUS OBLIGACIONES PARA EFECTOS DE TRASLADO A SUS BODEGAS UNICAMENTE A ROLDAN ZONA FRANCA, realizando por ELECTROLUX S.A., consignatario del documento de transporte, probándose con esto que ene l título valor que tiene el carácter de negociable si reposa el ENDOSO realizado al USUARIO COMERCIAL de la zona franca ROLDAN Y CIA LTDA., permitiéndose por ende el ingreso de la mercancía a Zona Franca.

La administración, como lo afirme en mi escrito de descargos al requerimiento aduanero, le ha dado valor probatorio a copias que no tienen idoneidad por expreso mandato de la ley, el hecho de que el comisionado hubiese practicado la visita a nuestras instalaciones y hubiese sacado copia de una copia que por ley no tiene valor probatorio, ese simple hecho no le da el carácter de prueba que pretende la administración otorgarle, tal como lo afirme al resolver mis descargos, pues la ley es clara, tratándose de títulos valores, es en el original donde debe constar el endoso.”

B. LA CONTESTACION

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional de Cartagena contestó en término oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Básicamente manifiesta sus hechos partiendo de que la División de Fiscalización Aduanera, con base en auto 0946 del 11 de septiembre de 2002, adelanto

inspección administrativa en las instalaciones de la ZONA FRANCA DE BIENES Y SERVICIOS, encontrando que el B/L ANRM602008486516 del 18 de noviembre de 2001, no aparece endosado a un usuario de la Zona Franca.

Que mediante requerimiento especial aduanero No. 000504 del 20 de noviembre de 2003, se establece que la posible infracción aduanera en la que incurrió ZONA FRANCA DE BIENES Y SERVICIOS, es la contemplada en el numeral 2.2. del artículo 488 del decreto 2685 de 1999, consistente en permitir el ingreso a los recintos de la Zona Franca, mercancías extranjeras que no vengán consignadas o endosadas en el documento de transporte a nombre de un usuario de dicha zona, en cuantía de \$ 11.440.000. El requerimiento fue notificado personalmente al representante de Zona Franca, el día 11 de diciembre de 2003, otorgando al interesado la oportunidad de interponer descargos, lo cual se verificó dentro de la oportunidad legal, solicitando práctica de pruebas, posteriormente y mediante Resolución N° 000228 del 12 de febrero de 2004, la División de Liquidación Impuso sanción administrativa a la ZONA FRANCA DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA, por la comisión de la conducta establecida en el numeral 2.2 del artículo 488 del Decreto 2685 de 1999, en cuantía de \$11.440.000.00., interpuesto los recursos contra la anterior resolución la entidad demandada considero que la resolución atacada merecía su confirmatoria.

Aduce el apoderado de la entidad demandada que de conformidad con el artículo 367 de la Resolución N° 4240 de 2000 se establecen los requisitos para la introducción de bienes procedentes de otros países, alegando que la autorización procede en los siguientes casos:

- a. Cuando el documento de transporte venga consignado directamente a un usuario de zona franca.
- b. Cuando el documento de transporte se endose a un usuario de la Zona Franca. En este evento el endoso deberá realizarse antes del registro del respectivo manifiesto de carga y se otorgue la autorización del tránsito, o se expida la planilla de envío para su traslado a la Zona Franca.

Manifiesta la demandada que para el ingreso de la mercancía al depósito, no es necesario que se aporte el original del título valor, es suficiente con que se aporte copia del original del título valor endosado, por lo tanto, puede recibir el usuario operador de la Zona Franca copia del original del título valor, pero previamente endosado, tal como lo dispone el artículo 367 de la resolución reglamentaria 4240 de 2000.

Finalmente sustentan que era una obligación legal de la zona franca de revisar que el documento de transporte debía estar endosado para términos de almacenamiento, que si bien la demandante con posterioridad presenta el B/L, la entidad no desconoce que el documento este endosado si no la fecha en que fue endosado, y que por tanto la norma se transgrede dado que el endoso debe ser antes de ingreso de la mercancía a la zona franca.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (FL 108-120)

Mediante providencia de fecha 23 de agosto de 2010 el Juzgado Décimo Tercero Administrativo de Descongestión, encuentra procedente acceder a las pretensiones de la demanda al encontrar que los argumentos expuestos por la demandada no satisfacen la realidad y que la demandante logra desvirtuar la legalidad del acto, en cuanto demuestra que si existió el endoso que la ley exige y por el cual fue finalmente sancionado.

Dentro de los argumentos esgrimidos por el A Quo se resaltan los siguientes:

“(...) es así como solo el original del documento de transporte ostenta la calidad de título valor y puede, por ende, ser objeto de endoso, por lo que es aceptable la explicación ofrecida por la parte demandante de que en el momento de la entrega de la documentación correspondiente a la autoridad aduanera se cometió un error y se le dio involuntariamente una copia del ejemplar no negociable, lo cual es para el Despacho una falta de organización administrativa de la empresa pero de ninguna manera el

incumplimiento de un deber legal, porque como se desprende de las normas hasta ahora citadas la demandante solo debía asegurarse del endoso, pero no era una obligación tener el original o una copia del documento de transporte en sus instalaciones, razón por la cual no le era exigible en la visita realizada para tal fin, de allí que la DIAN al expedir las resoluciones acusadas se extralimito en sus funciones al sancionar a la accionante por el incumplimiento de cargas legales inexistentes.

Es claro entonces que las resoluciones demandadas vulneran el postulado de buen fé, pues ponen en duda la veracidad del endoso acreditado por la empresa Sociedad Operadora Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios de Cartagena de Indias, Zona Franca S.A., durante la investigación preliminar, en defensa de lo cual sostiene la entidad demandada que el endoso no tiene fecha y la de su autenticación es posterior a el traslado de las mercancías a las bodegas de Zona Franca S.A., desconociendo así de paso la copia autentica allegada en el trámite administrativo aduanero.

Nótese como a la falta de fecha del endoso la DIAN atribuye efectos de indicio en contra de la empresa demandante, sin ningún sustento legal, como tampoco lo tiene el hecho de que la fecha de autenticación del documento de transporte sea 19 de diciembre de 2003, pues aunque el ingreso de la mercancía a las instalaciones de la Zona Franca S.A., fue el 3 de diciembre de 2001, la autenticación se realizó para efectos de aportarla a la actuación administrativa adelantada por la DIAN, es decir, para que la copia tuviera el mismo valor probatorio del original, lo cual no tiene nada que ver con la fecha real de realización del endoso, que en caso de duda por aplicación del principio de buena fe se presume realizado antes del registro del manifiesto de carga y demás trámites correspondientes para su traslado a la Zona Franca contenido en la resolución N° 4240 de 2000 expedida por la DIAN, o para desvirtuar su autenticidad se pudo oficiar al declarante para que allegara la copia correspondiente.

De allí que, las resoluciones N° 00228 del 12 de febrero de 2004 y 001018 del 25 de mayo de 2004 expedidas por la DIAN vulneran las normas legales en que debían fundarse, Particularmente el artículo 488 del Estatuto Tributario (...)"

D. LA APELACION (FI 122- 128)

La parte demandada apela la sentencia argumentando que la normatividad aduanera es muy clara en establecer que las mercancías, procedentes de otros países, que ingresen a una Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios, deben estar consignados directamente a un Usuario de la Zona Franca y si no lo están el documento de transporte debe endosarse a un usuario de la Zona Franca y debe hacerse antes del registro del respectivo manifiesto de carga. No se puede pasar por alto, la disposición anterior, al señalar que la oportunidad legal para realizar el endoso del B/L es antes del registro del respectivo manifiesto de carga, teniendo en cuenta que el manifiesto de carga es el documento que contiene la relación escrita de todos los bultos que comprende la carga, a bordo del medio de transporte y que van a ser descargadas en un puerto, en el mismo se relacionan el número de conocimientos de embarque.

Argumenta el apoderado en el escrito de apelación que en el archivo de dicha entidad reposa el B/L ANRM60200846516 del 18 de noviembre de 2001, remitido por el grupo de registro de documentos de viaje de la División de comercio Exterior, fue solicitada por la oficina competente de la DIAN que adelantaba la investigación, el cual fue solicitado con requerimiento ordinario y en la copia aportada por la misma dependencia NO FIGURO ENDOSO A NINGUN USUARIO COMERCIAL DE ZONA FRANCA, que en ese sentido y bajo esa situación, no podía ser desconocida, y mucho menos pasado por alto.

El apoderado de la entidad no comparte la decisión adopta por el A quo, pues si bien el demandante aporta dentro del trámite del proceso copia debidamente autenticada del B/L ANRM60200846516 del 18 de noviembre de 2001, en la que

figura el endoso a un usuario de la zona franca, es suficiente para considerar que la Zona Franca cumplió con las obligaciones impuestas por la legislación aduanera, al ingreso de sus mercancías a sus instalaciones

El juez considera que el aporte dentro de la investigación de la copia debidamente autenticada del B/L No. Ponlfor00600148 del 12 de diciembre de 2001, en la que figura el endoso a INTERIMEX LTDA, es suficiente para considerar que la Zona Franca cumplió con las obligaciones impuestas por la legislación aduanera, al ingreso de las mercancías a sus instalaciones. Lo cual alegan difieren, debido a que la Juez le da credibilidad al documento aportado posteriormente al proceso diferente al que se encontró en la diligencia de inspección de la DIAN y con relación a las otras copias que sirvieron de sustento para la imposición de la sanción a la Zona Franca.

Finalmente y de cara al principio de buena fe, se cuestionan hasta que límite se debe presumir el cumplimiento de los requisitos legales, cuando hay pruebas que permiten inferir que antes del ingreso de las mercancías a Zona Franca, no fue endosado el documento de transporte a un usuario de la misma. Por tanto solicitan la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar que la sanción impuesta se ajusto a la realidad fáctica, y que el cumplimiento se debió principalmente al dejar de hacer de las obligaciones propias de sus obligaciones la Zona franca, hoy demandante.

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante: la apoderada de la parte demandante dentro de la oportunidad legal, solicita tal como fue planteado con la presentación de la demanda se accedan a las pretensiones de la misma, y por tanto considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada. (FL 199-204)

La parte demandada: en sus alegatos de conclusión reitera lo dicho en su escrito de apelación de la sentencia y solicita se revoque la sentencia objeto de la

apelación y en su defecto se denieguen las pretensiones de la demanda. (FL 205-208)

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público desistió de emitir concepto en esta instancia..

V. 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.

2. Actos administrativos acusados.

- Resolución No. 00228 de fecha 12 de Febrero de 2004, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se impone una sanción aduanera.

-Resolución No. 001018 del 25 de mayo de 2004, proferida por la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resolvió un recurso de reconsideración y confirmo en todas sus partes la Resolución N° 00228 de fecha 12 de febrero de 2004.

3. Síntesis del Caso y problema jurídico a resolver.

Mediante la presente acción la entidad demandante Zona Franca de Bienes y Servicios de Cartagena de Indias, solicita que se declare al nulidad de las resoluciones N° 00228 de fecha 12 de febrero de 2004 y la Resolución N° 001018 del 25 de mayo de 2004, mediante la cual se confirma la primera, al considerar que no han infringido norma legal alguna, y que contrario a lo expuesto por la entidad demanda, ha dando cabal cumplimiento a su obligación como zona franca, en tanto que el ingreso de la mercancía cumplió con los requisitos establecidos en el estatuto aduanero, siendo que efectivamente la mercancía fue endosada a un usuario de dicha zona franca, para tal efecto allega copia del B/L y que tal documento no fue tenido en cuenta por la DIAN, aseguran además, que por un error les fue entregada a dicha entidad la copia que no es negociable, pero que como se dijo antes en el trámite administrativo fue aportada oportunamente la copia que da constancia del endoso efectuado.

Por su parte la entidad demanda, considera que los actos administrativos fueron expedidos con total apego al procedimiento en y a las normas que gobiernan el asunto, pues a su entender no se puede presumir que la Zona Franca haya cumplido con su deber cuando, al momento de realizar la inspección no contaba con los documentos que dieran cuenta que la mercancía ingresada haya sido endosada con anterioridad a un usuario de dicha zona franca, alegan además, que tal incumplimiento no debe ni puede ser pasado por alto, pues la normatividad ha sido muy específica en cuanto a los requisitos previos a la entrada de mercancía en dichas zonas francas.

El Juez de instancia considera, que si bien en las inspección a la Zona fue entregada a la DIAN copia sin el endoso respectivo, la demandante dentro del trámite del proceso administrativo, entrega la copia autentica en la que se evidencia que efectivamente el endoso si ocurrió y que se dirigió como lo dicta la norma a un usuario de dicha zona franca, aduce además que no es obligación de dichos entes

la conservación de dichos documentos aunque sería lo ideal, sin embargo entienden que lo que existe es una desorganización administrativa y por ende no se puede presumir que la misma no cumplió con el requisito de haber sido efectuado el endoso antes de la entrada de la mercancía a la Zona, razón por la cual el Juez de instancia accede a las pretensiones de la demanda.

La DIAN al no encontrarse conforme con la decisión adoptada presenta recursos de apelación sosteniendo los argumentos expuesto en el escrito de contestación de la demanda y reiterando que el requisito de demostrar el endoso previo no fue satisfecho por la demandante y que es la razón fundamental por la cual fue sancionada, y que dicha sanción se sustenta en las normas establecidas en el estatuto aduanero. Por lo que solicitan la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda, en la contestación, así como el recurso de apelación y los argumentos expuestos por el Juez de primera instancia, en la sentencia de fecha 23 de agosto de 2010, esta sala de considera que el problema jurídico a resolver en el presente caso, consiste en establecer si los actos administrativos acusados, por medio de los cuales se sanciono a la demandante Zona Franca S.A., se encuentran ajustados a derecho o si por el contrario tal como lo determinó el A quo, dichos actos están viciados de nulidad en vista de que la parte actora si cumplió con el requisito de endoso exigido por la ley para poder introducir la mercancía a la Zona Franca?

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

4. Marco jurídico

Como primera medida es necesario mencionar que la legislación vigente en noviembre de 2004, época en que se realizó la exportación y el registro de información motivo de la sanción que se discute, era el decreto 2685 de 1999 que

disponía lo siguiente respecto de los usuarios operadores de las zonas francas permanentes:

“ARTÍCULO 409. OBLIGACIONES DE LOS USUARIOS OPERADORES DE LAS ZONAS FRANCAS PERMANENTES. Son obligaciones de los usuarios operadores de las Zonas Francas Permanentes, las siguientes:

- a) Autorizar el ingreso a la Zona Franca de mercancías consignadas o endosadas en el documento de transporte a un usuario de dicha zona;*
- b) Autorizar el ingreso a los recintos de la Zona Franca desde el resto del Territorio Aduanero Nacional, de mercancías en libre disposición, o con disposición restringida, de conformidad con lo establecido en las normas aduaneras;*
- c) Autorizar la salida de mercancías de la Zona Franca hacia el resto del Territorio Aduanero Nacional, con el cumplimiento de los requisitos y formalidades establecidos por las normas aduaneras;*
- d) Autorizar la salida de mercancías con destino al exterior con el cumplimiento de los requisitos y formalidades establecidos por las normas aduaneras;*
- e) Reportar a la autoridad aduanera la información relacionada con la recepción de las mercancías entregadas por el transportador;*
- f) Elaborar, informar y remitir a la autoridad aduanera el acta de inconsistencias encontradas entre los datos consignados en la planilla de envío y la mercancía recibida, o adulteraciones en dicho documento, o sobre el mal estado o roturas detectados en los empaques, embalajes y precintos aduaneros o cuando la entrega se produzca fuera de los términos previstos en el artículo 113 del presente decreto;*
- g) Facilitar las labores de control que determine la autoridad aduanera;*
- h) Llevar los registros de la entrada y salida de mercancías de la Zona Franca conforme a los requerimientos y condiciones señaladas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales;*
- i) Expedir el Certificado de Integración de las materias primas e insumos nacionales y extranjeros utilizados en la elaboración y transformación de mercancías en la Zona Franca, de conformidad con lo previsto en el artículo 401 de este decreto;*
- j) Contar con los equipos de seguridad, de cómputo y de comunicaciones que la autoridad aduanera establezca, para efectos de su conexión al sistema informático aduanero;*
- k) Informar por escrito a la autoridad aduanera, a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la ocurrencia del hecho o de su detección, sobre el hurto, pérdida o*

sustracción de las mercancías sujetas a control aduanero de los recintos de la Zona Franca;

l) Disponer de las áreas necesarias para realizar la inspección física de las mercancías y demás actuaciones aduaneras;

m) Supervisar el cumplimiento del régimen de la Zona Franca;

n) Autorizar y llevar el control de las operaciones de ingreso y salida de mercancías e inventarios de bienes de los usuarios, para lo cual el operador deberá establecer un sistema informático de control de inventarios y efectuar inspecciones físicas a dichos inventarios y revisiones a los procesos productivos de los mismos, cuando lo considere conveniente, o cuando lo solicite la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales;

o) Contratar una auditoría externa en los términos del artículo 393-27;

p) Declarar la pérdida de la calificación de los Usuarios Industriales de Bienes, Industriales de Servicios o Comerciales en los eventos previstos en el artículo 393-27 del presente decreto.

q) Las demás que le sean asignadas legalmente en relación con el desarrollo de las actividades de la Zona Franca."

En cuanto a las infracciones aduaneras de los usuarios operadores de las zonas francas y las sanciones establecidas, el artículo 488 que también era aplicable, tenía la siguiente redacción en lo que para el caso nos interesa:

"ARTÍCULO 488. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS USUARIOS OPERADORES DE LAS ZONAS FRANCAS Y SANCIONES APLICABLES.

Constituyen infracciones aduaneras en que pueden incurrir los usuarios operadores de las Zonas Francas y las sanciones asociadas con su comisión, las siguientes:

(...)

2.2. Permitir el ingreso de mercancías en libre disposición o con disposición restringida, a los recintos de la Zona Franca sin el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas aduaneras.

(...)"

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que estas normas que hemos citado eran las aplicables, puesto que la supuesta infracción aduanera en que se dice que incurrió la parte actora, se habría presentado en el mes de diciembre de 2001, y para esa fecha la redacción que tenían estas disposiciones era la transcrita por la

Sala, por lo que respetando el principio de legalidad y del debido proceso tutelado por el artículo 29 de la C.P. que determina que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente...”*, ello significa para la corporación, que tanto el hecho sancionable y su sanción deben estar previamente determinados por el legislador y que las normas aplicables son las vigentes a la fecha en que sucedieron los hechos, toda vez que, por regla general, la ley no es retroactiva, pues el propósito es que rija para las actuaciones futuras.¹

Ahora bien, con relación al ingreso y salida de bienes a las zonas francas permanentes, el artículo 393 del decreto 2685 de 1999, establecía en ese momento lo siguiente:

“ARTICULO 393. INGRESO Y SALIDA DE BIENES.

El Usuario Operador deberá autorizar todo ingreso y salida de bienes, de manera temporal o definitiva, de la Zona Franca Industrial de Bienes y de Servicios, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos aduaneros a que haya lugar. La autorización será concedida mediante el diligenciamiento del formulario correspondiente, donde se indique el tipo de operación a realizar y las condiciones de la misma.

PARAGRAFO. El Ministerio de Comercio Exterior y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinarán la forma y contenido de los formularios y dispondrán que dichas autorizaciones se efectúen a través de sistemas computarizados.

Otra disposición importante es el art. 394 del decreto 2685 de 1999 que dispone:

“ARTICULO 394. REQUISITOS PARA LA INTRODUCCIÓN DE BIENES PROCEDENTES DE OTROS PAÍSES.

La introducción a Zona Franca Industrial de Bienes y de Servicios, de bienes procedentes de otros países por parte de los usuarios no se considerará una importación, y sólo requerirá que los bienes aparezcan en

¹ Consejo de Estado sentencia de 3 de octubre de 1995 Proceso No 5670 Magistrado Ponente Dr Delio Gómez L

el documento de transporte consignados a un usuario de la zona, o que el documento de transporte se endose a favor de uno de ellos.

PARAGRAFO. Estos bienes deberán ser entregados por el transportador al Usuario Operador de la respectiva Zona Franca en sus instalaciones, dentro de los plazos establecidos y para los efectos previstos en los artículos 113o. y 114o. De este Decreto. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinará las condiciones y requisitos para la autorización de tránsito o de traslado de las mercancías, según el caso, con sujeción a lo establecido en el artículo 113o. Del presente Decreto.

En todo caso, la autoridad aduanera de la jurisdicción correspondiente al lugar de arribo, siempre deberá informar al respectivo Usuario Operador sobre las mercancías cuyo traslado o tránsito haya sido autorizado a la Zona Franca.

Previas las anteriores consideraciones normativas, la Sala entrará a analizar el caso en concreto a fin de resolver el problema jurídico previamente planteado.

5. Caso concreto

De las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que mediante el B/L ANRM602008486516 de fecha 18 de noviembre de 2001, consignado por el despachador en el exterior a la firma ELECTROLUX S.A., este ingreso al territorio aduanero Nacional y que una vez ingresada la mercancía al territorio Nacional se procedió a la autorización de retiro y traslado de la mercancía, acreditando ante ellos el endoso a un usuario industrial de ZONA FRANCA, retiro que se pudo hacer por encontrarse debidamente endosado.

Subsiguientemente encuentra la Sala que la parte demandada efectuó una inspección en los archivos de la demandante concluyendo que el ingreso de la mercancía a las instalaciones de la ZONA FRANCA, se había hecho sin el cumplimiento del endoso, y concluyendo de esa manera que se estaba incumpliendo la norma aduanera.

Igualmente encuentra la sala que la demandada profiere requerimiento especial aduanero contra a la parte demandante, dando este último respuesta dentro de la

oportunidad legal aduciendo que la administración había desconocido el hecho de que el documento de transporte como título valor representativo se encontraba debidamente endosado. A su turno sostiene que la administración omitió el deber de verificar muy bien el documento de transporte negociable trasladándose al declarante quien es la encargado de mantener por el lapso de 5 años los originales del documento de transporte, ante este suceso, y en su oportunidad legal la Zona Franca interpuso el recurso de reconsideración señalando que el conocimiento de embarque fue aportado al proceso de investigación en copia original autenticado donde se evidenciaba el endoso que tenía como característica el ser un título valor.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Sala de decisión que resulta ciertamente como lo decidió el A quo improcedente la sanción propuesta por parte de la administración Especial de Aduanas a la parte demandante, por inexistencia de uno de los elementos que tipifican la sanción contemplada en el artículo 488 numeral 2.2 del decreto 2685 de 1999.

En efecto, en relación con el requerimiento mencionado, cabe mencionar que dentro del término establecido para responder dicho requerimiento, la parte demandante demuestra que presentó como prueba el B/L No. ANRM602008486516 de fecha 18 de noviembre de 2001, donde se aprecia por parte de esta Sala el ENDOSO a ROLDAN SIA S.A, debidamente firmado por ELECTROLUX S.A, prueba que no fue tomada en cuenta por la DIAN al momento de imponer dicha sanción, lo cual debió ser tomada en cuenta, ya que allí se encontraba el endoso puro y simple que hace el consignatario de la mercancía al usuario comercial de la Zona Franca.

Es cierto que uno de los requisitos exigibles al momento de trasladar una mercancía de las instalaciones de la DIAN a las instalaciones de la Zona Franca es el requisito del endoso conforme a los requisitos de ley, en este caso la DIAN pretende sancionar a la parte demandante por permitir el ingreso de las mercancías sin que vinieran debidamente endosadas, sin valerse de ninguna prueba, que de fé que el endoso no se realizó con anterioridad al ingreso real de la mercancía, hecho

como ya se preciso debió por lo menos ser tenido en cuenta en vía administrativa antes de desechar la prueba que les fue oportunamente aportada.

Como quiera que se observa que el B/L mencionado y que contiene el endoso fue puesto en conocimiento de la DIAN aportado con la contestación del requerimiento y aduciendo la DIAN que tal situación no le da seguridad que tal endoso se haya realizado con anterioridad para esta Sala al igual que para el Juez de instancia resulta de gran relevancia dicha prueba sin que exista otra que pueda desvirtuar que no fue realizado el endoso dentro de la oportunidad legal, es decir que la demandante en aras de garantizar la autenticidad del documento procedió a entregarle una copia a la DIAN debidamente autenticada, hecho que lleva a concluir a esta Corporación que la mercancía al ingresar a la Zona Franca si venia debidamente endosada.

Por otra parte la Administración omitió verificar el documento de transporte negociable, trasladándose al declarante quien es el encargado de mantener durante un lapso de 5 años los originales del documento de transporte, sin embargo no yacen prueba alguna que la DIAN haya efectuado tal gestión.

Finalmente es claro que el usuario operador no está en la obligación de conservar los documentos de transporte, pues esta es una obligación exclusivamente del declarante, sin embargo el usuario operador aportó dichos documentos en que demuestra el endoso al momento de ser proferido el requerimiento especial aduanero tal como lo reafirma la demandada en su contestación, si bien en el momento de la inspección no fue aportada la copia que evidencie el endoso, lo cierto es que mal haría en presumirse que el mismo no se había efectuado, más aun cuando la DIAN no solicito al declarante el mencionado documento en aras de verificar la copia que le fue entregada posteriormente por la Zona Franca.

Así las cosas, se confirmará el fallo de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

VI.- DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, la Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 23 de agosto de 2010 proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la sociedad operadora ZONA FRANCA INDUSTRIAL DE BIENES Y SERVICIOS DE CARTAGENA DE INDIAS S.A. ZOFRANCA S.A. mediante apoderado judicial, contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL - DIAN**, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

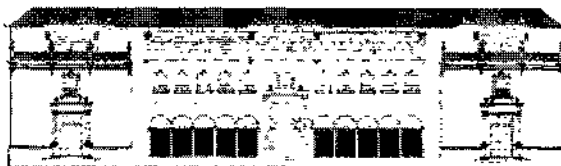
Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDINO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1235
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

MAGISTRADO PONENTE-DR : ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

DEMANDANTE : CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ

DEMANDADO : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

RADICADO J. XXI : 13-001-33-31-002-2011-00213-01

FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA (30) 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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 168 a 165
(C: 1)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 259 - 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Prima de actividad -Reajuste de Asignación de Retiro

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-33-31-002-2011-00213-01

II. PARTES

Demandante: CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9524, PSAA 12-9537 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación

interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veinticuatro (24) de agosto de 2012, proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

*"1. La Nulidad de la decisión tomada mediante el **OFICIO CREMIL N° 35094 CONSECUTIVO 23946 DE FECHA 29 D EMAYO DE 2009**, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al Incremento de la Prima de Actividad, la Reliquidación y el correspondiente Reajuste de la asignación de Retiro solicitadas por el señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ.*

2. Que como consecuencia del punto anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene el incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD del señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ del veinte y cinco por ciento (25%) que se le venía cancelando al treinta y tres por ciento (33%) de acuerdo a lo ordenado en el Decreto 2070 de 2003, la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del 2004 a partir del 01 de enero del 2005 hasta el 30 de junio de 2007.

3. En igual sentido se ordene el incremento de la PRIMA DE ACTIVIDAD del Señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ, al cuarenta y nueve punto cinco (49,5%). a partir del 01 de julio de 2007 de acuerdo a lo ordenado con la entrada en vigencia del Decreto 2863 del 27 de julio del 2007, y en concordancia con los PRINCIPIOS DE LA CONDICIÓN MAS FAVORABLE O BENEFICIOSA AL TRABAJADOR, LA IGUALDAD Y LA OSCILACIÓN.

4. Se ordene la RELIQUIDACIÓN de la prima de actividad y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO del señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ, computado en su asignación de retiro los porcentajes incrementados de la prima de actividad, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 2070 de 2003, la ley 923 de 2004, Decreto 4433 de 2004, y Decreto 2863 del 2007. Reajustes que deberán efectuarse a partir del 01 de enero de 2005 y el 01 de julio del 2007 respectivamente y con carácter permanente.

5. Que se cancelen con retroactividad todos los valores adeudados por estos conceptos en forma indexada, dando aplicación al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

6. Que se me reconozca personería jurídica para actuar en nombre y representación de mi poderdante en los términos en que está suscrito el presente poder.

7. Que se condene en costas a la entidad demandada.”

2. HECHOS

“1) La caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ identificado con cédula de ciudadanía número 9.071.609 de Cartagena, mediante RESOLUCIÓN N°1398 DE FECHA 30 DE JUNIO DE 1988, QUE SE ANEXA.

2) LA Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no incrementó los porcentajes de la PRIMA DE ACTIVIDAD reconocida a mi poderdante según lo determinante los Decretos 2070 de 2003, la ley 923 de 2004, y Decreto 4433 de 2004 al treinta y tres por ciento (33%) de la misma manera no se realizó el incremento al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) a partir del mes de julio de 2007 según lo ordenado por el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, en concordancia con los PRINCIPIOS DE LA CONDICIÓN MAS FAVORABLE O

BENEFICIOSA AL TRABAJADOR, LA IGUALDAD Y LA OSCILACIÓN, que son aplicables.

3) *Al señor Capitán (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ, se le ha estado cancelando un porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD menor al que le corresponde por Ley, en razón que se le venía pagando el veinte y cinco por ciento (25%), en vez del treinta y tres por ciento (33%) que ordenan los Decretos 2070 de 2003, ley 923 de 2004 y Decreto 4433 del 2004, con un detrimento del ocho por ciento (8%).*

4) *Con la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, a partir del 01 de Julio de 2007 se le debió incrementar la prima de actividad al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49,5%) en congruencia con los PRINCIPIOS DE LA CONDICIÓN MAS FAVORABLE O BENEFICIOSA AL TRABAJADOR, LA IGUALDAD Y LA OSCILACIÓN, que rige los incrementos en las asignaciones de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, lo cual no se ha materializado hasta el momento por la Caja de Retiro y en consecuencia mi poderdante actualmente se le está pagando por concepto de PRIMA DE ACTIVIDAD el treinta y siete punto cinco por ciento (37,5%), con un perjuicio real ocasionado por la disminución del doce por ciento (12%) en su asignación de Retiro; configurándose una violación e incumplimiento del principio de oscilación e igualdad y formalizándose una inequidad en relación con sus compañeros e iguales.*

5) *Mediante reclamación administrativa con radicado del 11 de mayo de 2009, consecutivo 35094, el señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ solicita el incremento de la prima de actividad en concordancia con los Decretos 2070 de 2003 y Decretos 4433 del 2004 y Decreto 2863 de 2007.*

6) La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con el Oficio CREMIL N°. 35094 Consecutivo 23946 de fecha 29 de mayo de 2009, niega el derecho al incremento de la prima de actividad, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitadas por el accionante, aduciendo que la prima de actividad se liquidó en la forma y términos establecidos en la ley, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares.

7) Con la negación del incremento de la prima de actividad por parte de la Caja de Retiro de Fuerza Militares, el señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ se le ha desmejorado su asignación de retiro y en consecuencia se ha empobrecido al dejarle su asignación de retiro disminuida e incompleta y teniendo en cuenta que es el medio de subsistencia con que cuenta.

8) Para todo lo anterior se deberá tener en cuenta el espíritu de la Ley 4 de 1992, la ley 923 de 2004, Decretos 2070 de 2003, Decreto 4433 del 2004, artículo 13 y 42 y el Decreto 2863 del 2007, artículo 2 y demás normas concordantes del Código Sustantivo de Trabajo.

9) la Vía gubernativa ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares quedó agotada con la expedición de los oficios impugnados.

10) El demandante se retiró del servicio activo estando en la FLOTILLA DE SUPERFICIE, en la guarnición de Cartagena, como consta en la CERTIFICACIÓN expedida por la demandada mediante el oficio N° 380 CREMIL 50144 CONSECUTIVO 32778 DE FECHA 08 DE JULIO DE 2011.

11) SOLICITUD DE CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN DERECHO N° 0171 2009, con fecha 15 de diciembre de 2009, expedida por la PROCURADURÍA 65 JUDICIAL 1 ADMINISTRATIVA ANTE LOS JUZGADOS

ADMINISTRATIVOS DE CARTAGENA, mediante la cual se declara AGOTADA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA.

12) CONSTANCIA DE LA SOLICITUD DE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL N° 171-2009, expedida por la Procuraduría 65 Judicial I para Asuntos Administrativos ante los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena, con fecha de 18 de diciembre de 2009, mediante la cual se da POR FALLIDA LA DILIGENCIA Y DA POR CUMPLIDO EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD, entre el convocante señor Capitán de Corbeta (r) CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ, y la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES." (SIC)

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 1, 2, 4, 6, 13, 23, 48, 53.
- Artículo 21 CST
- *Decreto 1211 de 1990 Artículo 159
- * Decreto 2070 de 2003.
- * Ley 923 de 2004, artículo 3° numeral 1.1o
- * Decreto 4433 de 2004, artículo 13
- * Decreto 2863 de 2007, artículo 2.
- * Artículos 177 y 178 del C.C.A.

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

En primera medida hace un llamado claro y expreso a la violación de derechos constitucionales, pues considera que: *“La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, desconoce los derechos fundamentales de los miembros retirados, entre ellos los el demandante, al expedir el acto administrativo cuestionado la entidad*

demandada compromete el derecho para el demandante a una vida en condiciones justas y dignas que necesitan especial protección de parte de las autoridades administrativas y Judiciales, afectando un derecho consagrado dentro del Estado Social de Derecho como el solicitado con la presente acción.

En el mismo sentido el demandante considera que: *“además, vulnera los derechos adquiridos toda vez que en el ejercicio del trabajo como miembro activo del Ejército Nacional, se le venían liquidando y pagando el ciento por ciento concerniente a la prima de actividad como activo y una vez que adquiere la condición de retirado o pensionado, se le disminuye este derecho para efectos de su asignación de retiro”.*

Finalmente frente a las normas legales violadas el demandante alega que: la entidad de mandada no ha dado aplicación a las normas legales anteriormente citadas y que por tanto se debe declarar la nulidad del acto administrativo que le negó el reajuste de la prima de actividad conforme a los decreto 2070 de 2003, Decreto 4433 de 2004 y 2863 de 2007, razón por la cual se le deben hacer los ajustes del 25% al 33% desde el 01 de enero de 2005 y del 49.5 % desde el 1 de julio de 2007 este último conforme al Decreto 2863 de 2007.

B. LA CONTESTACION

La entidad demandada mediante escrito con fecha de recibido 13 de marzo de 2012 (FL 34-37), contesta la demanda oponiéndose a la misma, pues precisa que con ocasión de la expedición del Decreto 2863 de junio de 2007, que dispuso el incremento de la partida de prima de actividad en el 50% del porcentaje que venía siendo liquidada, la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en la norma. De tal suerte que antes del mes de julio de 2007 el actor tenía una prima de actividad del 25% y a partir del mes de julio de 2007 devengaba un porcentaje de prima de actividad del 37.5%.

Para el demandando no se configura ninguna causal de pueda invalidar el acto administrativo expedido y que no existió por parte de la entidad falsa motivación para su expedición y que tal como se puede corroborar en el acto administrativo de reconocimiento de su asignación de retiro como el acto hoy demandado los mismos se encuentran ajustados a derecho y los aumentos a la prima de actividad fueron realizados por la entidad de conformidad como lo estipulan las normas que lo rigen.

Finalmente la entidad demandada realiza un análisis de las normas y leyes que regulan la materia, dejando en claro que su posición fue el cumplimiento cabal de las normas citadas.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 80-90)

En la sentencia de primera instancia el a-quo decidió negar las pretensiones de la demanda pues consideró que no se le estaba vulnerando derecho alguno al demandante y que le fueron aplicadas a su caso las normas pertinentes, las razones expuestas entre otras fueron las siguientes:

"(...) Ahora bien, atendiendo a que el accionante arguye que a partir de la vigencia del decreto 4433 de 2004 el porcentaje debió ser incrementado del 25% al 33%, se hace necesario precisar que el mencionado decreto no le es aplicable, pues como quedó establecido, su derecho a la asignación de retiro se consolidó bajo la vigencia del decreto 89 de 1984, de tal suerte que la liquidación de tal prestación debió hacerse en la forma establecida en el mismo, sin que haya lugar a la aplicación retroactiva del nuevo régimen contemplado en los artículos 14 y 15 del decreto 4433 de 2004.

En este orden de ideas, le asiste razón a la entidad demandada al negarse a reconocer al actor el incremento pretendido de la prima de actualización hasta el 33%, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 152 del decreto

89 de 1984 y acorde con el tiempo de servicio el porcentaje que le es aplicable es el 25%, como en efecto se hizo.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación del Decreto 4433 de 2004 en virtud del principio de oscilación, es necesario aclarar que el decreto en mención no modificó el porcentaje que se reconoce como prima de actividad al personal en servicio activo, pues continua siendo del 33%; por tal razón, no es de recibo la afirmación del demandante en el sentido de que dicho decreto debe ser aplicado en virtud del principio de oscilación.

En efecto, si el principio de oscilación implica que las asignaciones de retiro deben ser incrementadas en idénticas proporciones a las de los aumentos efectuados a las asignaciones del personal en actividad, al no existir variación alguna a la asignación del personal en servicio activo que deba ser replicada al personal retirado, se desdibujan los supuestos necesarios para dar aplicación a este principio.

Se sigue de lo anterior, que no es procedente invocar el principio de oscilación como pretexto para aplicar en forma retroactiva el decreto 4433 de 2004, a quienes adquirieron el derecho a la asignación de retiro antes de su entrada en vigencia.

Dicho sea de paso, y en sustento de lo anterior, que el régimen establecido en el decreto 4433 de 2004 consagró para el personal retirado unos porcentajes diferenciales que se aplican sobre la totalidad de las partidas computables – incluyendo la prima de actividad –, porcentajes que en ningún caso superan el 95%.

Quiere decir esto, que a partir de la vigencia del mencionado decreto, el personal en retiro en ningún caso percibirá el 100% de la prima de actividad que devengaba un activo.

*Así las cosas, si en gracia de discusión se considerara aplicable al actor el régimen contenido en el decreto 4433 de 2004, no sería procedente el reconocimiento de la prima de actividad en su asignación de retiro en el porcentaje reclamado -35%-, pues según quedó expuesto, el cómputo de esta partida debe efectuarse en los términos señalados en los artículos 14 y 15 *ibidem*." (SIC)*

D. LA APELACION (Folio 94-98)

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, solicitando revocar dicha sentencia y que en su defecto se accedan a las pretensiones de la demanda, pues considera que el Juez de primera instancia se limitó a realizar un análisis literal de las normas aplicables al caso como son el Decreto 1211 de 1990, decreto 4433 de 2004 y decreto 2863 de 2007, sin que haya ahondado en la ponderación de las normas que regulan la prima de actividad con los principios de la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, la igualdad y la oscilación. Para lo cual sustenta su posición en un fallo de la Corte Constitucional T-800/99 con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, y finalmente solicita que se declare nulo el acto demandado y como consecuencia de ello se proceda al restablecimiento del derecho tal como fue solicitado en la demanda.

E. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante no presentó escrito de alegatos de conclusión en segunda instancia.

La parte demandada tampoco presento alegatos en esta instancia.

F. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en el trámite de segunda instancia.

V. TRÁMITE PROCESAL

Segunda instancia:

- Por auto de fecha 14 de junio de 2013, se admitió el recurso de apelación.¹
- Por auto posterior de fecha 05 de agosto de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.²
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena

2. Síntesis del caso.

En el presente asunto pretende el demandante que se le ordene el incremento de la prima de actividad del veinticinco por ciento (25%) que se le venía cancelando al

¹ FL 164

² FL 166

treinta y tres por ciento (33%) de acuerdo a lo ordenado en la Ley 923 de 2004 y el Decreto, Decreto 4433 del 01 de enero de 2005; igualmente solicitó el incremento de la prima de actividad al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49,5%), a partir del 01 de julio de 2007 de acuerdo a lo ordenado con la entrada en vigencia del Decreto 2863 del 27 de julio de 2007.

En concordancia con lo anterior solicita que se le ordene la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro, computando en su asignación de retiro los porcentajes incrementados de la prima de actividad, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 2070 de 2003, Decreto 4433 de 2004 y Decreto 2863 del 2007, reajustes que deberán efectuarse a partir del 31 de diciembre de 2004 y el 01 de julio de 2007 respectivamente con carácter permanente.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, argumentando que no es de recibo lo pedido por el actor dado que está pidiendo la aplicación de normas que no le son aplicables y por tanto son es viable declarar la nulidad del acto que demanda puesto que el mismo se encuentra ajustado a la ley.

Por su parte la entidad demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas en forma desfavorable, en razón a que al actor le ha sido aplicado los reajustes tal como lo establece la ley y que su actuación está enmarcada dentro de lo legal

3. Acto administrativo demandado.

El demandante solicita la nulidad del acto administrativo OFICIO CREMIL N° 35094 consecutivo 23946 de fecha 29 de mayo de 2009

4. Problemas jurídicos a resolver.

4.1. El primero se concreta en establecer si el demandante tiene derecho al incremento de la prima de actividad del 25% al 33% de acuerdo a lo ordenado en el decreto 2070 de 2003, la ley 923 de 2004 y el decreto 4433 del 2004 a partir del 01 de enero del 2005 hasta el 30 de junio de 2007.y el incremento al 49.5% a partir del 01 de julio de 2007 de acuerdo a lo ordenado con la entrada en vigencia de Decreto 2863 del 27 de julio de 2007.

4.2 Una vez superado el primer problema jurídico y dependiendo de este, analizará esta Sala si en consecuencia el señor **CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ**, tiene o no derecho a la Reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro en el sentido de incluir los incrementos de la prima de actividad, de acuerdo con lo establecido en los Decretos 2070 de 2003, Decreto 4433 de 2004 y Decreto 2863 del 2007

5. Marco jurídico

Para resolver el asunto objeto de debate es necesario tener en cuenta las normas reguladoras de la prima de actividad a fin de determinar con claridad cuales son los factores a tener en cuenta para liquidarla.

1. Naturaleza y Evolución de la Prima de Actividad.

La prima de actividad se consagró como un factor que tiene relevancia, como su nombre lo indica, para aquellos servidores de la Fuerza Pública en estado de servicio activo que es una retribución que se le asigna al servidor como un porcentaje de su sueldo básico.

Así mismo, la prima de actividad por expreso mandato normativo, constituye un factor que integra los conceptos que ha de tener en cuenta la Caja de Retiro correspondiente a efectos de liquidar la Asignación de Retiro de los miembros de la fuerza Pública.-

En ejercicio de la referida por la Ley 1^a de 1.983³ se expidió el **Decreto 089 de 1.984**, mediante el cual se reorganizó la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares.

Esta disposición estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo en cuantía equivalente al 33 (%) por ciento del respectivo salario o sueldo básico (Art.80). En el mismo sentido se incluyó la Prima de Actividad como factor o concepto integrante para liquidar la Asignación de retiro (Art.151).-

Posteriormente, como efecto de las facultades conferidas de la ley 5^a de 1.988⁴, se expide el **Decreto 095 de 1.989** regulando la prima de actividad en su artículo 82 con el siguiente tenor literal:

“Art.82: Prima de Actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio Activo tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”

Igualmente la citada normatividad dispuso incluir la prima de actividad para el cómputo de las prestaciones y en la asignación de retiro, regulados así:

“Artículo 154. Cómputo de la Prima de Actividad. A los oficiales o suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de

³“Que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.”

⁴“Que revistió de facultades al Presidente de la República para reformar los estatutos de carrera de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; el régimen disciplinario para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; el estatuto de Capacidad Psicofísica, 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; y Reformar los Reglamentos de Calificación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”

retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma.

- *Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).-*
- *Para individuos con quince (15) años de servicio pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*
- *Para individuos con veinte (20) años de servicio pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).-*
- *Para individuos con veinticinco (25) años de servicio pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).-*
- *Para individuos con más de treinta (30), el treinta y tres por ciento (33%).-*

Se anota que el Decreto 095 de 1.989 derogó de manera expresa, el Decreto de 089 de 1.984.-

Siguiendo el orden cronológico normativo, el Congreso de la República expide la **Ley 66 de 1989** mediante el cual le otorgó facultades protempore al Presidente de la República para, entre otros, reformar los estatutos del personal de **Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional**, en las siguientes materias: disposiciones preliminares; jerarquía; clasificación, escalafón, ingreso, formación y ascenso; administración de personal; asignaciones, subsidios, primas, dotaciones y descuentos, traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias; suspensión, retiro, separación y reincorporación; régimen general de prestaciones sociales; reservas. normas para alumnos de las escuelas de formación; tramite para reconocimientos prestacionales y disposiciones varias.

Amparado en ella expide el **Decreto 1211 de 1.990** "por medio el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares". Este Decreto

no tuvo variación en cuanto a la regulación de la Prima de Actividad tanto para el personal en servicio activo como para el retirado, conservando los porcentajes en relación con el tiempo servido para efecto de cuantificar su inclusión en la asignación de retiro respecto de las disposiciones del Decreto 095 de 1.989. En efecto, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1.990 consagró la Prima de Actividad para el personal en servicio activo así:

**ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico*.*

Por su parte, en relación con su inclusión en la asignación de retiro, sus porcentajes con relación al tiempo servido se reguló en el artículo 159 de la siguiente manera:

**ARTICULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computara de la siguiente forma:*

- Para individuos con menor de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).*
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).*
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).*

- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).”

Se tiene entonces que el Decreto 1211 de 1.990 estableció el cómputo de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 en la siguiente forma:

“ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de

1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias”.

Hasta este momento se tiene que existen unas disposiciones que regularon de manera uniforme, y más o menos pacífica, la inclusión de la prima de actividad, tanto en el Salario o sueldo básico de los miembros en servicio activo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, y luego como concepto o factor para liquidar las asignaciones de retiro, en un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su pase a retiro.-

Luego de las disposiciones anteriores al Decreto 1211 de 1.990, se expide la **ley 797 de 2.003** mediante el cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

“ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 17 y 218 de la Constitución Política”.

En desarrollo de la precitada normatidad se expide el **Decreto 2070 de 2.003** “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”. En el Decreto que nos ocupa, al regular la Asignación de Retiro y de manera especial y concreta las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares dispuso:

"ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales

13.1.1 Sueldo básico.

*13.1.2 **Prima de actividad.***

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6 del presente decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.

13.2 Soldados profesionales.

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones, y sustituciones pensionales".

Por su parte, en relación con los porcentajes de las partidas computables para

efectos de liquidar la Asignaciones de retiro de las Fuerzas Militares, el artículo 15 del Decreto 2070 de 2.003 señaló:

ARTÍCULO 15. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior, se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada

año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables”.

Debe decirse respecto del Decreto 2070 de 2003 que fue declarado inexecutable mediante la Sentencia **C-432 de 2004** con fundamento en los siguientes argumentos:

“Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente. Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

15. Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación en retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150 numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto al régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias.”

Y Agregó en relación con toda la normatividad en estudio:

18. En el asunto bajo examen, tanto el Decreto-Ley 2070 de 2003 "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional" como su ley habilitante, al conformar un solo conjunto regulador sujeto a unos mismos principios y reglas, constituyen un sistema normativo entrelazado, frente al cual esta Corporación debe proferir un fallo unívoco.

En efecto, todo el contenido normativo del Decreto-Ley 2070 de 2003, se destina a regular el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública, señalando entre otras materias: Su campo de aplicación (art. 1º), la garantía de los derechos adquiridos en materia de asignación de retiro y otras pensiones (art. 2º), los principios que regulan las prestaciones de asignación de retiro y otras (art. 3º), los factores salariales susceptibles de constituir el ingreso base de liquidación de las citadas prestaciones (arts. 4º, 5º y 6º), la forma de computar el tiempo de servicio para la debida liquidación prestacional (arts. 7º, 8º, 9º y 10), el régimen de beneficiarios (arts. 11 y 12), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de las fuerzas militares (arts. 13 a 22), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de la policía nacional (arts. 23 a 29), la pensión de invalidez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional (arts. 30 a 33), otras disposiciones relacionadas (arts. 34 a 45) y la vigencia (art. 45).

Por ello, si todo el Decreto-Ley 2070 de 2003 es contrario a la Constitución Política por vulnerar la reserva de ley marco, debe integrarse cabalmente la unidad normativa, en el entendido que conforma un sistema normativo integral con la ley habilitante. Lo anterior, con el propósito de impedir que en el ordenamiento jurídico

continúen produciendo efectos en derecho disposiciones que desconocen la naturaleza jerárquica del Texto Superior.

Por lo anterior, la Corte declarará en la parte resolutive de esta providencia inexecutable tanto el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, como el Decreto 2070 de 2003, por vulnerar la reserva de ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición del Texto Superior."

Por manera entonces que el Decreto 2070 de 2003, en su integridad, fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional generando como efecto de derecho, el que la legislación que le precedía y que regulaba las asignaciones de retiro, concretadas en el Decreto 1211 de 1.990, recobrarán toda su vigencia y validez. Así lo dispuso la sentencia que viene relacionada en los siguientes términos:

24. Finalmente, la declaratoria de inexecutable del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que ampare sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que "la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta"⁵⁶

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que habrán sido derogadas por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, y trabajo de los ciudadanos funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia.

Surge como ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad que se cita, que el régimen prestacional de la Fuerza Pública sólo puede ser expedido en desarrollo de una ley materialmente creada por el Congreso de la República y por tanto, el Presidente de la República carece de facultades para regular la materia mediante una norma jurídica distinta.

El discurrir normativo nos conduce a la expedición de la **Ley 923 de 2.004** "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19 (literal e) de la Constitución Política". Con apoyo en la citada ley, se expide el **Decreto 4433 de 2.004**, que en su artículo 13 dice:

ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas: así:

3.1 *Oficiales y Suboficiales:*

13.1.1 *Sueldo básico.*

13.1.2 **Prima de actividad.**

13.1.3 *Prima de antigüedad.*

13.1.4 *Prima de estado mayor.*

13.1.5 *Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.*

13.1.6 *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*

13.1.7 *Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*

13.1.8 *Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

13.2 *Soldados Profesionales:*

13.2.1 *Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.*

13.2.2 *Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

PARAGRAFO: - *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.*

Del artículo anterior, la Sala observa que hubo un cambio frente a la redacción que tenía el artículo 158 del decreto ley 1211 de 1990, puesto que en el nuevo artículo se expresa que entre las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro, está la prima de actividad, pero sin agregarle lo atinente a los porcentajes que entre el 15% y el 33% que traía el artículo 159 del Decreto ley 1211 de 1990.

Adviértase además que tanto el dictado inexecutable Decreto 2070 de 2.003, como el Decreto reglamentario 4433 de 2.004, son explícitos y claros en señalar el ámbito de aplicación temporal y material de sus disposiciones. En efecto, todos los Decretos que vienen enunciados con posterioridad al 1211 de 1.990, apuntan a prescribir, que la regulación en ellas contenidas⁵, desde el punto de vista material y personal, comprenden a aquellos miembros de las Fuerzas Militares que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos, o que se encuentren en servicio activo la entrada en vigencia y sean retirados.

De manera pues que si bien es cierto que el numeral 13.1.2. del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, tuvo una redacción diferente a la del artículo 158 del Decreto ley 1211 de 1990, pues en el primero nada se dijo referente a porcentajes atados a tiempo de servicios para incrementar la prima de actividad como factor computable de las asignaciones de retiro, no obstante la Sala considera que ello no significó que el gobierno hubiese derogado mediante dicho decreto las disposiciones que sobre la materia trae el art. 159 del Decreto Ley 1211 de 1.990.

Así las cosas, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2.004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo a la variación porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo tanto en ese aspecto, a juicio de la Sala siguió en plena vigencia y eficacia, el contenido de los artículos 84, 159 y concordantes del Decreto 1211 de 1990.

En ese mismo orden de ideas, para todos los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la Asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el

⁵ "Art 13 del Decreto 2070 de 2 003 "que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto" artículo 14 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, que sean retirados" y artículo 15 Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto"

⁶ "Artículo 14 del Decreto 4433 de 2.004 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, o, o sean retirados"

status de retirado antes del Decreto 1211 de 1900, hasta ese momento debía estarse a la normativa bajo cuya vigencia el Oficial y suboficial alcanzó el reconocimiento de dicha prestación, normas estas que en nada se oponen al contenido del Decreto 4433 de 2.004.-

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, tenemos que ya más recientemente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, el cual en su artículo 2º dispuso:

"Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)". (Negrillas fuera del texto)

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

"En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo

correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007”.

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones”. (Negrillas fuera de texto)

Es decir, que a partir de la expedición del decreto reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares obtenidas antes del 1° de julio de 2007, y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

Finalmente se expidió con relación a la prima de actividad, el decreto 673 de marzo 4 de 2008, que en el artículo 31 dispuso lo siguiente:

“Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68 del decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%)

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del decreto ley 1211 de 1990 y 141 del decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)”. (Negrillas fuera de texto)

En ese mismo sentido fue expedido el Decreto 737 de 2009 de fecha 06 de marzo de 2009, el cual en su artículo 30 dispuso lo siguiente:

“Artículo 30. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del **Decreto 1214 de 1990**, los artículos 84 del **Decreto ley 1211 de 1990**, 68 del **Decreto ley 1212 de 1990**, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del **Decreto ley 1211 de 1990** y 141 del **Decreto ley 1212 de 1990**, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).”

Ahora, con relación al denominado principio de oscilación, cabe señalar que el mismo es un sistema de reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares de acuerdo con las variaciones o modificaciones que se introduzcan anualmente en las asignaciones de actividad para cada grado por el gobierno nacional y que tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro.

Dicho principio de oscilación, para el ramo de las fuerzas militares ha venido consagrado de forma inalterable desde hace varios años pudiendo citar por ejemplo el art. 139 del Decreto 2337 de 1971, que decía lo siguiente:

“Artículo 139. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de este decreto. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestatociales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.

Otras disposiciones como el artículo 169 del decreto ley 1211 de 1990 lo consagraron de la siguiente manera:

“Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.

Posteriormente los Decretos 2070 de 2003 art. 2 y 4433 de 2004 artículo 42, mantuvieron la misma redacción que en el principio de oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.

6. Caso concreto.

La prima de actividad desde su creación se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro, según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

Revisada la foliatura se observa que a páginas 14 a 15 al actor le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 1398 del 30 de junio de 1988 que fue allegada por la parte demandada y posteriormente admitida por la entidad demandada, observamos que precisamente en la liquidación de la asignación de retiro del actor, se tuvo en cuenta que este laboró al servicio de las Fuerzas Militares un total de 21 años, 10 meses y 10 días; también se tuvo en cuenta su grado de Capitán de Corbeta con que se retiró del servicio y además se le tuvieron en cuenta las siguientes partidas

computables: prima de actividad 25%, prima de antigüedad 16%, y prima de navidad 1/12, subsidio familiar del 39%.

Se decidió entonces en el artículo 1º de la parte resolutive de dicha Resolución que a partir del 01 de junio de 1988 se reconocía y pagaba al demandante una asignación mensual de retiro en un porcentaje del 74%.

Se puede corroborar en el certificado expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares⁷ que el actor en principio le fue reconocida en la precitada Resolución un porcentaje de prima de actividad del 25%, sin embargo se observa que en tal certificación que a partir de julio de 2007 la misma prima fue liquidada en un porcentaje del 37.5% quiere decir esto que la misma fue aumentada, esto de conformidad con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, es decir se aumentó en un 50% lo que se venía cancelando al señor CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ por concepto de prima de actividad.

El señor **CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ**, interpone demandada de nulidad y restablecimiento contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que se le reconozca, reliquide y pague la prima de actividad del 25% al 33% entre el 01 de enero del 2005 hasta el 30 de junio de 2007 conforme a lo dispuesto en los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 y ley 923 de 2004 e incremento al 49.5% a partir del 1º de julio de 2007 conforme al Decreto 2863 de 2007.

El A quo en su sentencia declaró que con relación al aumento del porcentaje de la prima de actividad del 25% al 33% entre el 01 de enero de 2005 y el 30 de junio de 2007, conforme al principio de oscilación dispuesto por los decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, no es procedente, pues este consideró que como quedo suficientemente establecido que el derecho a la asignación de retiro se consolidó en vigencia del decreto 89 de 1984 que de tal suerte la liquidación de tal prestación debe hacerse en la forma establecida en el mismo, sin que haya lugar a la aplicación

⁷ FL 64-68

retroactiva del nuevo régimen contemplado en los artículos 14 y 15 del decreto 4433 de 2004.

El demandante al no encontrarse de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia interpone recurso de apelación contra la misma, en el que sostiene que la sentencia impugnada quebranta la ley pues considera que, el Juez de instancia no realizó el ejercicio jurídico correspondiente alegando que solo aplicó los decretos anteriormente citados de forma literal, sin además analizar la ponderación de los principios como el de la condición más favorable o beneficiosa al trabajador, la igualdad y la oscilación.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos que se encuentran probados, así como las precisiones normativas que han sido efectuadas respecto de la figura jurídica de la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y del principio de oscilación de la asignación de retiro o pensión, esta Sala considera que no hay duda alguna que en su momento, la entidad demandada le ha dado aplicación a las normas sobre prima de actividad a cabalidad, no permitiendo que se le afectara derechos al actor.

Ahora bien, la parte demandante reclama en su apelación, el aumento del porcentaje de la prima de actividad del 25% al 33% entre el 01 de enero de 2005 y el 30 de junio de 2007, conforme al principio de oscilación dispuesto por los decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, ley 923 de 2004, esta Sala considera que no le asiste razón a la parte actora, y no encuentra posible aplicar el principio de oscilación previsto por los artículos 42 de los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, para aumentar el porcentaje de la prima de actividad del 25% al 33% como si la venían devengando los oficiales y suboficiales en servicio activo, pues no existía para el periodo comprendido entre el 31 de enero del 2004 y el 30 de junio del 2007 norma alguna que permitiese incrementar el porcentaje de la prima de actividad del personal retirado, en el mismo porcentaje establecido para el personal en servicio activo en aplicación del principio de oscilación, pues ello solo vino a ser posible a partir de la expedición por el gobierno nacional del

decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, siendo esta norma la que expresamente en el artículo 4º permitió aplicar el principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión previsto por el art. 42 del decreto 4433 de 2004, a las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares obtenidas con anterioridad al 1º de julio de 2007, señalando de manera taxativa el derecho de estas personas a que la prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro, se les incrementara en el mismo porcentaje en que se haya ajustado la prima de actividad del personal activo correspondiente, es decir del mismo grado que el del retirado, y que según el art. 2º del decreto 2863 de 2007, dicho incremento de la prima de actividad para el personal en servicio activo fue en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007.

En armonía con la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, no es factible dar aplicación retrospectiva de la ley, y por tanto, no puede el Decreto 2863 de 2007, extender sus efectos o consecuencias jurídicas de sus disposiciones a situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio y vigencia de una ley o normativa anterior, o lo que es lo mismo, darle aplicación retroactiva, por lo que el reajuste autorizado por el Decreto y sus efectos fiscales solo aplican es a partir del 1º de julio de 2007 porque así lo dispuso en forma expresa el art. 7º del mencionado Decreto.

Por otro lado en cuanto al incremento del porcentaje de la prima de actividad al 49.5% a partir del 1º de julio de 2007, y por aplicación también del principio de oscilación, considera la Sala que ello no es procedente toda vez que el decreto 2863 de 2007, en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permitiese incrementar la asignación del actor en ese porcentaje, sino que como ya se expresó arriba, el incremento sería solo de un 50% de lo que venía recibiendo que para su caso sería el 12.5% sumándole el 25 % que ya venía recibiendo daría un total de 37.5%, que es lo que actualmente el demandante reconoce que viene recibiendo por prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

⁸Sentencia del 11 de mayo de 2000, Consejero Ponente NICOLAS PAJARO PEÑARANDA expediente No.16.114.-

Así las cosas, la Sala considera acertada la decisión del A quo, en cuanto no aumentar el porcentaje de la prima de actividad del 25% al 33.6 entre el 01 de enero de 2005 y el 30 de junio de 2007, conforme al principio de oscilación dispuesto por los Decretos 2070 de 2003 y 4433 de 2004, como tampoco lo es el incremento de la citada prima de actividad a partir del 1º de julio de 2007 al 49.6% conforme el decreto 2863 de 2007; puesto que la entidad demandada ha realizado los aumentos que la normativa le ha permitido realizar, por lo todo lo expuesto no tiene vocación de prosperar las pretensiones del actor.

Frente al segundo problema jurídico planteado por esta judicatura y dado que la Sala encontró que no es procedente lo pedido por el actor frente a las pretensiones de incremento de la prima de actividad conforme a los Decretos 2070 de 2003, 4433 de 2004 ley 920 de 2004, tal como lo hizo el Juez de primera instancia, precisa que aun frente a la posición de reajuste de la asignación de retiro el Decreto 673 de 2008 en ninguno de sus artículos establece disposición alguna que permita que la asignación de retiro del accionante sea reajustada como resultado de incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro que le vienen reconocidas, como que dicho Decreto solamente determinó acrecentar el porcentaje de la prima de actividad como prestación social para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en servicio activo.

Finalmente manifiesta esta Judicatura que la providencia apelada no viola el principio de oscilación y las demás normas manifestadas por el recurrente, puesto que el ajuste decidido del 25 % al 37.5% a partir del 1º de julio de 2007 se realizó con fundamento en el art. 4º del decreto 2863 de 2007, en efecto los incrementos solicitados son imposibles de decretarlos.

Por consiguiente esta Corporación confirmará en todos sus apartes la sentencia de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado

Administrativo Piloto de Descongestión del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

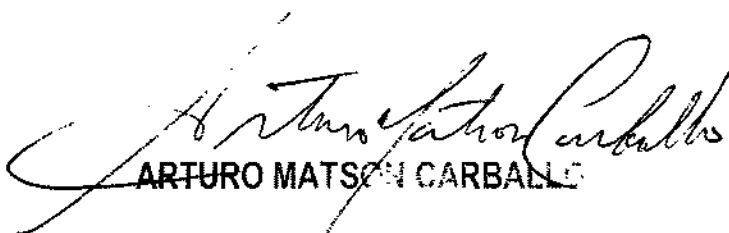
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia de fecha veinticuatro (24) de agosto de dos mil doce (2012), profrenda por el Juzgado Administrativo Piloto del Circuito de Cartagena, dentro del trámite procesal de la demanda de Nulidad y Restablecimiento de Derecho interpuesta por el señor CARLOS ALBERTO DIAZ DIAZ, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que denegó las pretensiones

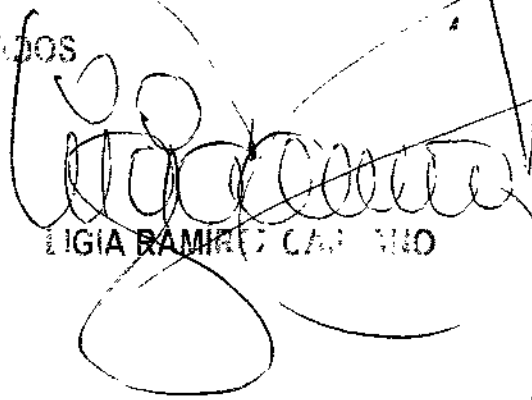
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTA QUE SE CUMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CAPUTO

JOSÉ FABIÁN GALLO

(PRESENTA AL PODERADO)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1236
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO
DEMANDADO	: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-011-2011-00045-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TREINTA (30) 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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f: 186 a 196
(1.1)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 257 - 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Reconocimiento y reajuste de asignación de retiro por cómputo prima actualización

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-33-31-011-2011-00045-01

II. PARTES

Demandante: LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9524, PSAA 12-9537 expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación

interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha veinte (20) de junio de 2012, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada la excepción de prescripción del derecho y en consecuencia se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

“PRIMERO: Al nulidad de la decisión tomada mediante Resolución 3919 de noviembre 26 de 199 y oficio CREMIL 23953, consecutivo 15063 del 28 de junio de 2006, proferidas por la Caja de retiro de las Fuerzas Militares por medio de la cual se niega el reconocimiento del derecho de la prima de actualización, la RELIQUIDACIÓN y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO solicitado por el Señor Capitán de Fragata (r) LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la nulidad anterior y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene el reconocimiento del derecho a la prima de actualización, la RELIQUIDACIÓN y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO del señor Capitán de Fragata (r) LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO, incorporando en su asignación básica los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico de conformidad con la ley 4ta de 1992 y los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995 y a partir del 1 de enero de 1992.

TERCERO: Que como resultado de la pretensión anterior (numeral segundo) y, de acuerdo con jurisprudencia del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso

Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, se ordene que los REAJUSTES anuales de Ley a partir del 1° de enero de 1996, se liquiden teniendo en cuenta la base prestacional modificada que resulta de aplicar hasta ese año la prima de actualización prevista en los Decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995.

CUARTO: Que se haga clara distinción entre el fenómeno de prescripción de mesadas y el derecho imprescriptible (objeto principal de esta demanda) a que se incluyan en la asignación básica (sueldo Básico) del señor Capitán de Fragata (r) LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO, los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico, que constituyen factor salarial de acuerdo con los Decretos reglamentarios de la prima de actualización. Es decir que se ordene la reliquidación y reajuste el sueldo básico, como consecuencia de los efectos permanentes que dejó la mencionada prima durante el tiempo que estuvo vigente.

El derecho a la reliquidación del sueldo básico nunca caduca, así opere el fenómeno de prescripción de mesadas.

QUINTO: Que se tenga en cuenta el nuevo sueldo básico reajustado del señor Capitán de Fragata (r) LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO para le cómputo con retroactividad de los valores adeudados correspondientes a la aplicación de las otras primas (que conforman la prestación) sobre dicho sueldo básico reajustado.

SEXTO: Que se condene a la demandada cancelar en forma indexada todas las sumas dejadas de pagar y a las que tiene derecho mi poderdante como consecuencia de las peticiones anteriores a partir de 1 de enero de 1992 y

hasta la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta los aumentos legales anuales.

SÉPTIMO: Que se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia con arreglo a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

OCTAVO: Que se condene en costas a la demandada.” (SIC)

2. HECHOS

En resumen son los siguientes hechos:

“1. El señor LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 3.796.426 de Cartagena, hizo parte de la Fuerza Pública, a servicios de la Armada Nacional, pasando a uso de buen retiro con el grado de Capitán de Fragata.

2. Que en la actualidad mi poderdante disfruta de su “Asignación de Retiro” debidamente reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

3. Que de acuerdo con Sentencia del Consejo de Estado de fecha 14 de agosto de 1.997 en expediente N° 9923, Magistrado ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda y Sentencia del Consejo de Estado de fecha 6 de noviembre de 1.997 en expediente N° 11423, Magistrado ponente Dra. Clara Forero de Castro, mi poderdante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento de la Prima de Actualización y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO con petición de fecha 14 de septiembre de 1998, radicada en esa entidad bajo el N° 64046 y petición de fecha 21 de abril de 2006.

4: Que la Caja de retiro de las Fuerzas Militares negó el reconocimiento de la Prima de Actualización y el correspondiente REAJUSTE A LA ASIGNACIÓN

DE RETIRO de mi poderdante, mediante Resolución 3919 de noviembre 26 de 1999 y CREMIL 23956, consecutivo 15063 del 28 de junio de 2006, que aquí se anexa.”

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas las siguientes:

- Constitución Nacional, artículos 4, 13 Y 53
- Decreto 025 de 1993, artículo 28
- Ley 4ª de 1992, artículo 13
- Decreto 335/92 artículo 15.
- Decreto 065 de 1994, artículo 28.
- Decreto 133 de 1995, artículo 29

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

“Artículo 4 de la Constitución Política:

Se considera violado este artículo porque todos los nacionales deben acatar la Constitución y las leyes y el Ministerio de Defensa, está incumpliendo la Ley 4° de 1992 al negarse a cumplir lo estipulado en los Decretos reglamentarios.

Artículo 53 de la Constitución Política:

Se considera violado porque la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores y la decisión de la Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares así lo hace al negar el reconocimiento de la prima de actualización y el correspondiente REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO derechos estos adquiridos por mi poderdante luego de las sentencias del Consejo de Estado que no tienen discusión.

Artículo 15 Decreto 335 de 1992, Art. 28 Dcto 025 de 1993, Art. 28 Dcto 065 de 1994, Art. 29 Dcto 133 de 1995:

EL Honorable Consejo de Estado en sentencias del 14 de agosto y del 6 de noviembre de 1997 anuló de los respectivos parágrafos de los anteriores artículos las expresiones: "Que la devengue en servicio activo" y "reconocimiento de" produciéndose como consecuencia de tales decisiones la pérdida de la fuerza de ejecutoria de las citadas expresiones que limitaban su aplicación única y exclusivamente a los miembros de las Fuerza Pública en actividad y a quienes la habían devengado en tal condición extendiéndose por lo tanto el derecho a los retirados con anterioridad al 1 de enero de 1992 tal es el caso de mi poderdante.

No obstante lo anterior la Caja de Retiro interpretando erróneamente los criterios expresados por el Honorable Consejo de Estado, se ha negado a reajustar la Asignación de Retiro de mi poderdante, incorporando los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización sobre el sueldo básico de conformidad con la ley 4ª de 1992 y los decretos 335 de 1992, 025 de 1993, 065 de 1994 y 133 de 1995, reajuste al cual tiene derecho desde el 1 de enero de 1992.

Artículo 13 Ley 4° de 1992:

Al negar el reajuste del sueldo a mi poderdante la Caja de Retiro contraria el espíritu de la Ley 4° de 1992 art.13 establecida para nivelar los salarios, asignaciones de retiro y pensiones de la Fuerza Pública, pretendiendo que el abanico salarial no fuera tan disperso, con tasas de retorno a la experiencia no solo para los rangos más altos según se puede observar en la exposición de motivos de la citada Ley en la ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley N° 31 de 1991 del Senado de la República, aprobado el 27 de febrero de 1992. En resumen si el legislativo previó el establecimiento de una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración del personal activo y

retirado de la Fuerza Pública no le es dable a la Caja de Retiro de las FF. MM. Desconocer dicha nivelación."

B. LA CONTESTACION (55-59)

La entidad demandada se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, pues considera que el actor pretende la extensión de la vigencia de la prima de actualización con posterioridad a 1995 cuando las normas que le dan vida jurídica eran de carácter transitorio; siendo que las mismas fueron derogadas, razón por la cual lo que pretendería sería revivir la vigencia de tales decretos, hecho que de prosperar su petición generaría inseguridad jurídica en un estado Social de Derecho.

En ese mismo hilo argumentativo el apoderado de la parte demandante sustenta que: *"habiendo culminado el 31 de diciembre de 1995 el proceso de nivelación dispuesto por la ley 4 de 1992, la prima de actualización no puede extender su aplicación más allá de esta fecha, por lo que nadie podría pretender su pago después de 31 de diciembre de 1995. Como ella obedecía a un fin específico, el cual se cumplió, no tiene el carácter de derecho adquirido y por tanto no puede ordenarse la continuación de su pago."*

Propone como excepciones la caducidad de la acción, excepción de pago frente al reajuste de la asignación de retiro a partir del 1 de enero de 1996, prescripción del derecho

De lo anterior la entidad finalmente solicita que sean despachadas en forma desfavorable las suplicas de la demanda.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 128-140)

Mediante sentencia de fecha veinte (20) de junio de 2012 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena declaró probada la excepción de prescripción del derecho, por cuanto consideró que, *“el demandante elevó por primera vez en sede gubernativa el 14 de septiembre de 1998, según queda así manifestado en la Resolución N° 3919 de 1999; es la es única petición que interrumpe la prescripción como queda claro en el precitado artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.*

Al presentar petición el 14 de septiembre de 1998, el actor tenía hasta le 14 de septiembre de 2002 para demandar el acto que negó el reconocimiento. Pero el actor no presentó su demanda sino hasta el 05 de abril de 2011 cuando ya había operado la prescripción de su derecho a reclamar prima de actualización que tenía un carácter temporal y con efectos hasta diciembre de 1995. Sin que se pueda pensar que elevando una nueva petición como la presentada en abril del 2006, interrumpía nuevamente la prescripción.

Por ello, es razonable, en este caso, aplicar la prescripción cuatrienal a la petición del actor porque esta figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley otorga, lo que supone, en primer lugar, la evidencia de la exigibilidad (ocurrída el 24 de noviembre de 1997, según lo antes señalado) y, en segundo lugar, una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento la que se evidencia en la mora en agotar acudir la vía judicial.”

D. LA APELACION (Folio 146-151)

La parte demandante interpone recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena y que en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

Considera el apelante en su escrito, que: *“en resumen como no se solicita el pago de la prima, sino la reliquidación de una prestación periódica por no haberse incluido*

factores salariales, queda claro que no existen para esta solicitud términos de caducidad porque según el Consejo de Estado luego de unificar criterios: "La Sala considera que la petición de reliquidación de la asignación de retiro, por controvertir el monto de la pensión reconocida, es un acto que pende del acto principal de reconocimiento de la prestación, el cual no tiene término de caducidad y en esta medida tampoco lo tiene el que decide la petición de reajuste o de reliquidación. Como quiera que la petición de reliquidación está controvertiendo el monto que no el derecho, entonces no está sometido a término de caducidad, por que la norma en cita consagra que le reconocimiento de prestaciones periódicas, puede ser demandado en cualquier tiempo, sin perjuicio de que opere el fenómeno de la prescripción trienal frente a las mesadas pensionales."

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes no presentaron escrito de alegatos finales.

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio público desistió de emitir concepto en esta instancia.

V. TRÁMITE PROCESAL

Segunda Instancia:

- Por auto de fecha 25 de abril de 2013, se admitió el presente recurso.¹
- Por auto posterior de fecha 31 de julio de 2013 (FI 185), de conformidad con el inciso 5 del artículo 212 del C.C.A se corre traslado a las parte para que aleguen de conclusión, y al Ministerio Público para que si a bien lo tiene emita concepto.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia.

¹ FL 183

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Quinto Administrativo 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.

2. Síntesis del caso.

En el presente asunto pretende el demandante que se declare la nulidad de la Resolución N° 3919 del 26 de noviembre de 1999 y oficio CREMIL 23953, consecutivo 15063 del 28 de junio de 2006 proferida por la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual la entidad demandada negó el derecho al reconocimiento de la prima de actualización, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro del hoy demandante.

Por su parte la entidad demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas en forma desfavorable, pues considera que dado el carácter transitorio de la prima, y de conformidad con el fallo del Consejo de Estado de 1997, el derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización de los retirados fenecía en noviembre de 2001 y dado que la solicitud fue elevada en el año 2006 por el demandante tal derecho estaría prescrito.

El Juez de primera instancia luego de un análisis normativo, declaro probada la excepción de prescripción del derecho por cuanto la solicitud elevada por el demandante el 14 de septiembre de 1998, el actor contaba hasta el 14 de septiembre de 2002 para demandar el acto que negó el reconocimiento, pero dado que le actor presentó su demanda el 05 de abril de 2001, ya había operado la prescripción de su derecho a reclamar prima de actualización, puesto que la misma tenía carácter temporal y con efectos hasta diciembre de 1995, alega además que no se pueden pensar que elevando una nueva petición como la presentada en abril de 2006, interrumpía nuevamente la prescripción.

3. Acto administrativo demandado.

El demandante solicita la nulidad de la Resolución N° 3919 del 26 de noviembre de 1999, y el oficio CREMIL 23953, consecutivo 15063 del 28 de junio de 2006, Proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por medio de la cual se negó el reconocimiento, pago de la prima de actualización del hoy demandante y el reajuste de su asignación de retiro como consecuencia de dicho reconocimiento.

4. Problema jurídico a resolver.

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si el actor tiene derecho al reconocimiento de la prima de actualización entre los años 1992 hasta 1995 y, al correspondiente reajuste de su asignación de retiro, de acuerdo a lo dispuesto en los Decretos 335/92, 25/93, 65/94 y 133/95, teniendo en cuenta que la última solicitud se presentó cuatro (04) años después de la ejecutoria de las sentencias que declararon la nulidad de la expresión "en servicio activo".

Pues bien, en aras de desatar los problemas jurídicos planteados se harán las siguientes precisiones en torno al tema que hoy ocupa la atención de la Sala.

5. De la prima de actualización y el caso en concreto.

Sea lo primero manifestar que la prima de actualización fue creada mediante el Decreto 335 de 1992 y fue desarrollada posteriormente por los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995. En los mencionados actos se estableció que dicha prima sería percibida únicamente por Oficiales y Suboficiales en servicio activo y sólo éstos tendría derecho a que se les computara en su asignación de retiro.

No obstante lo anterior, esta perspectiva cambió a raíz de las sentencias de fecha 14 de agosto de 1997² y 6 de noviembre de 1997³, proferidas por el H. Consejo de Estado, dándole otro sentido a los decretos previamente citados y armonizándolos con la Ley 4^a de 1992, ley marco de salarios y prestaciones, de tal forma que a partir de estos fallos, debe entenderse que la prima de actualización cobija tanto al personal activo como retirado de la Fuerza Pública. En razón a lo anterior, es a partir de estas sentencias que surge el derecho para el personal retirado de la Fuerza Pública de acceder a la prima de actualización.

El Consejo de Estado mediante la sentencia de fecha 27 de enero de 2011, con ponencia del M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, precisó la naturaleza de la prima de actualización y los requisitos necesarios para acceder a ella, teniendo en cuenta la normatividad y los precedentes jurisprudenciales proferidos al respecto por el acto tribunal de lo contencioso administrativo, así:

"(...)

(i) *De la prima de actualización.*

² Expediente 9923. C.P. Dr. Pájaro Peñaranda.

³ Expediente 1423. C.P. Dra. Clara Forero de Castro.

El artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, ordenó al Gobierno Nacional establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, de conformidad con los principios establecidos en dicha ley, normatividad que estuvo acorde con el Plan Quinquenal para la Fuerza Pública aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social "CONPES".

En desarrollo de esos mandatos el Gobierno Nacional expidió sucesivamente los Decretos números 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que ordenaron, en los artículos 15, 28 y 29, respectivamente, establecer una prima porcentual de actualización (Prima de actualización) sobre la asignación básica devengada por Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Sin embargo, los Decretos mencionados erigieron esta prima de actualización sólo para el personal "en servicio activo", situación que a la postre fue declarada nula por el Consejo de Estado mediante Providencias del 14 de agosto de 1997, expediente No. 9923, Magistrado Ponente Doctor Nicolás Pájaro Peñaranda y 6 de noviembre del mismo año, expediente No. 11423, Magistrada Ponente Doctora Clara Forero de Castro, al considerar que se violaba el derecho de igualdad de los Oficiales y Suboficiales en retiro de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, a quienes por estos decretos se les estaba negando el derecho a gozar de la prima de actualización correspondiente; también indicó el Consejo de Estado que se desconocía el mandato legal del artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, que ordenó establecer la escala gradual porcentual para nivelar los sueldos tanto del personal activo como del retirado de la Fuerza Pública.

- (ii) Vigencia de la prima de actualización.

De acuerdo con la normatividad que le dio origen a la prima de actualización es válido concluir que la misma sólo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo carácter transitorio.

En efecto, la prerrogativa de recibir esta prima fue delimitada temporalmente hasta cuando se expidiera, por parte del Gobierno, una norma que nivelara las asignaciones de todos los miembros de la Fuerza Pública, la cual se efectuó mediante el Decreto 107 de 1996, en donde se plasmó que el principio de oscilación, de ahora en adelante, iba a regir tales asignaciones y pensiones.

Así, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones sociales, en ese orden, si la referida prima de actualización sólo tuvo como fin nivelar la remuneración del personal activo y retirado dentro del período de 1993 a 1995, mal puede decretarse por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, la cual, se repite, son liquidadas teniendo en cuenta las variaciones que sufran las asignaciones en actividad.

En torno a este punto, esta Corporación mediante sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 3 de diciembre de 2002, con Ponencia del Dr. Reynaldo Chavarro Buritica, aclaró lo siguiente:

“Como se dijo atrás, los decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 crearon la prima de actualización para las respectivas vigencias. Esta prima tenía carácter temporal, «hasta cuando se consolide la escala salarial porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, de

conformidad con lo establecido en el artículo décimo tercero de la Ley 4ª de 1992», según se lee en los respectivos artículos, que enseguida se transcriben:

(...)

En orden a la segunda acusación, encaminada a que se deje sin efectos la sentencia en cuanto confirmó la denegación de la prima de actualización a partir del 1 de enero de 1996, la Sala considera que esta prima fue creada con carácter temporal, pues en los artículos 28 de los decretos 35 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995 se dispuso que la prima tendría efecto hasta cuando se consolidase la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, lo que efectivamente se logró con el Decreto 107 de 1996, que fijó la escala gradual porcentual para los sueldos básicos del personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública con respecto al grado de General (artículo 1º), con efecto a partir del 1 de enero de 1996, y derogó expresamente el Decreto 133 de 1995, último de los que establecieron la Prima de Actualización (artículo 39).” (...)

Ahora bien, el Decreto 1211 de 1990, por medio del cual se regula el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en el cual se fijan las asignaciones, subsidios, PRIMAS, traslados, comisiones, pasajes, viáticos, licencias y todo lo relacionado con las prestaciones salariales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, jerarquía, escalafón, suspensiones y terminación de la actividad militar, señala en su artículo 174 lo siguiente:

“ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigible. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción pero sólo por un lapso igual. El derecho

al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasaran a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

Para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se haya solicitado el reconocimiento del derecho. Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

En el caso objeto de examen, no puede predicarse que a la fecha de expedición de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 la obligación se hubiera hecho exigible para los oficiales retirados del servicio, pues, precisamente, tales preceptos sólo consagraban la prima de actualización para los agentes en servicio activo.

Así entonces tenemos que, procede contabilizar el término de prescripción del derecho a partir de noviembre de 1997 (fecha en la cual quedaron ejecutoriadas las sentencias del Consejo de Estado, a partir de las cuales nació el derecho de la prima de actualización al personal retirado de las Fuerzas Militares), por tanto el plazo de cuatro (4) años con que disponía el interesado para el correspondiente reclamo venció el noviembre de 2001, en aplicación del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Pero, antes de verificar si el demandante interrumpió oportunamente el término de prescripción, se procede a verificar la fecha en que el señor LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO pasó a retiro en las Fuerzas Militares.

De las pruebas obrantes en el expediente se tiene que mediante la Resolución 03717 del 08 de septiembre de 1964, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al Capitán de Fragata (r) LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO. (Fl. 13-15)

A su vez, a través de la Resolución 3919 del 26 de noviembre de 1999 (Fl18-19), le fue negado el reconocimiento y pago de la prima de actualización al demandante, y

posteriormente con ocasión de nuevo derecho de petición la demandada resuelve negar nuevamente dicho reconocimiento mediante Oficio CREMIL 23953 Consecutivo N° 15063 de fecha 28 de junio de 2006 (FI 26-27)

Revisado el expediente, se tiene que la parte actora formuló la segunda petición en sede gubernativa el 21 de abril de 2006, tal como se desprende del acto acusado (fls. 26-28), o sea, cuando ya habían transcurrido los cuatro (04) años contados desde la ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que permitieron devengar la prima de actualización al personal retirado, lo que significa que la oportunidad para intentar su reclamo había prescrito, imponiéndose entonces declarar extinto al disfrute en dinero del derecho a la prima de actualización.

No obstante lo anterior, no sucede lo mismo con el derecho al reajuste de la asignación de retiro, toda vez que dicha prima, que estuvo vigente en los años 1992 – 1995, afecta indudablemente la base pensional de la asignación de retiro devengada por el demandante, pues está claro que se creó con el objeto de nivelar los sueldos de los miembros de las Fuerzas Militares hasta que se prohiriera la escala gradual porcentual y, desconocerlo sería contrariar el espíritu de esa reglamentación y permitir que el beneficiario de la asignación de retiro siguiera devengando una pensión que perdió valor adquisitivo por no ser debidamente reajustada.

Sobre lo indicado la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 6 de septiembre de 2001, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, dijo:

“La prima de actualización hace una modificación gradual a las asignaciones de actividad que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro y pensión, no solo para quienes la devenguen en servicio activo como lo determina expresamente el parágrafo del artículo 15 ya citado, sino también para el personal retirado, ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones establecido en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las

asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas."

Se reitera entonces, que al reconocer la precitada prima se modifica indefectiblemente la base pensional de la asignación de retiro del actor, sin que pueda ser considerada tal ejecución como la inclusión de la prima de actualización como un factor salarial permanente, pues está claro que tuvo carácter temporal.

Así las cosas, como quiera que hubo un reconocimiento de una prestación adicional posterior al hecho del retiro, con vigencia temporal que incide en el valor base de la asignación de retiro y, por ende, el valor difiere del pagado al actor a partir de 1996 al que constituiría su base luego de incluir la prima de actualización hasta el 31 de diciembre de 1995, la entidad demandada deberá reconocer la prima de actualización y una vez dé cumplimiento a esta orden de reconocimiento, deberá realizar la respectiva reliquidación de la asignación de retiro, estableciendo el valor real base hasta el 31 de diciembre de 1995 y de allí en adelante aplicar los incrementos de ley correspondientes, todo de conformidad con la escala salarial porcentual única, vigente desde el 1996 y los demás que haya previsto la ley si a ello hay lugar.

En lo relativo a la prescripción de las diferencias que se generaron por el reconocimiento del reajuste, dado que la última petición fue presentada el 21 abril de 2006, los reajustes anteriores a la fecha en mención se encuentran prescritos, en virtud de la prescripción cuatrienal aplicable al personal de las Fuerzas Militares.

Así las cosas, se procederá a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual, se negaron las pretensiones de la demanda, advirtiendo que ha operado la prescripción del disfrute del pago en dinero de la prima de actualización durante el tiempo en que estuvo vigente, pero que sí procede la reliquidación de la asignación de retiro.

6. De la condena en costas.

Al respecto el Artículo 171 del C.C.A. establece: *“Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, 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.”*

Conforme lo anterior, no advierte este Tribunal que en el curso del sub judice las partes asumieran una posición temeraria o dilatoria, motivo por el cual no se condenara en costas⁴.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha veinte (20) de junio de 2012, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar se dispone:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones 3919 de fecha 26 de noviembre de 1999 y el Oficio CREMIL N° 23953 consecutivo 15063 del 28 de junio de 2006 emanada de la Dirección de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago

⁴ El Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente 10.775. Reiterada en la Sentencia de 12 de octubre de 2000. expediente 13.097 dispuso sobre la condena en costas que *“En otros términos, en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con interés meramente dilatorio se considerará que ha incurrido en una conducta reprochable que la obliga a correr con los gastos realizados por la otra parte para obtener un pronunciamiento judicial”*.

de LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN, REAJUSTE Y RELIQUIDACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO del demandante.

SEGUNDO. DECLARAR probada la EXCEPCION DE PRESCRIPCION sobre el pago efectivo de la PRIMA DE ACTUALIZACION reclamada por el demandante, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se adoptan las siguientes decisiones:

- a) ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, efectuar la reliquidación de la asignación de retiro del señor LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO con el fin de establecer la verdadera base de su asignación al 31 de diciembre de 1995 con base en la prima de actualización y, a partir del 1º del enero de 1996 reliquidar la asignación de retiro en la forma como se ha previsto en la ley.
- b) ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES PAGAR a favor del demandante las diferencias que resulten entre la reliquidación que arriba se ordena y las sumas ya canceladas por concepto de incremento o reajuste anual de la asignación de retiro.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCION CUATRIENAL sobre las diferencias reclamadas, causadas con anterioridad al día 21 de abril de 2006, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: ORDENAR que los valores adeudados hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, sean ajustados en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

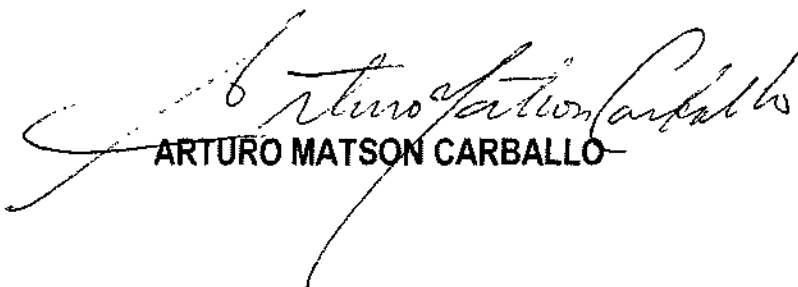
SÉPTIMO: Sin costas.”

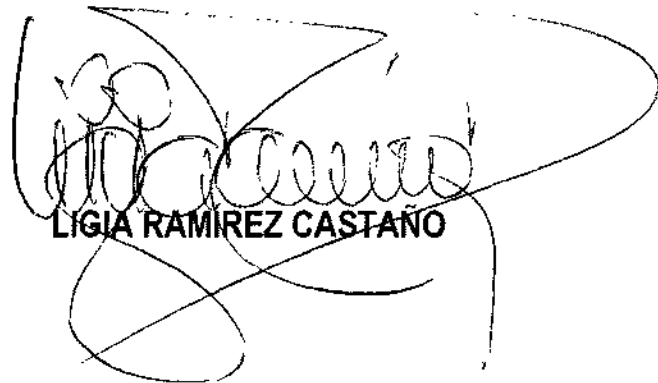
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO

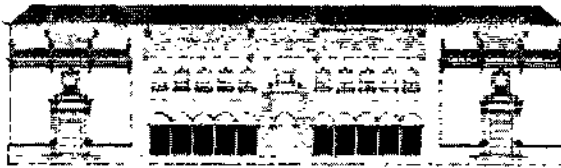

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE FANDIÑO GALLO

(AUSENTE CON PERMISO)

LAS ANTERIORES FIRMAS CORRESPONDEN AL PROCESO DE RADICACION N° 011-2011-00045-01 DTE LUIS EDUARDO HERRERA GALINDO
– CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

SU(descongestion)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1237
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: HECTOR RAFAEL TORRES MARTÍNEZ
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE HACIENDA- MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL-INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2010-00047-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA (30) 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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 336 a 347
(U.C)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
Proceso Nulidad y Restablecimiento
Demandante: HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA –
MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL – INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
Radicado: 13 001 33 31 009 2010 00047 01



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003.
Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

Cartagena de Indias, D. T. y C., Treinta (30) de Septiembre de dos mil trece (2013)

TEMA: Reconocimiento pensional con aplicación de convención colectiva – Caducidad de la acción.

SENTENCIA No. **258 - 2013**

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13 001 33 31 009 **2010 00047 01**

II. PARTES

Demandante: HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ.

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL – INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 22 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

PRIMERO. El señor HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ laboró como trabajador oficial entre el 8 de febrero de 1995 al 26 de Junio del 2003 con el Instituto de Seguros Sociales, fecha en la cual pasó sin solución de continuidad (Decreto 1750 del 2003) como empleado público con derecho a los beneficios convencionales a la ESE José Prudencio Padilla, tal como lo estableció la sentencia C-314/04, hasta el 30 de Abril del 2.006 fecha fue desvinculada de la empresa por supresión del cargo de técnico administrativo.

SEGUNDO. Una vez el señor HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ empezó a prestar servicios a la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, esta desconoció los derechos convencionales a que tenía derecho la funcionaria y solo reconoció los salarios y prestaciones legales, muy a pesar de que la sentencias C-314 del 2.004, C-349 del 2004y en especial la T-1166 del 2.008 establecen para ella derechos convencionales.

TERCERO. Entre la Organización Sindical Sintraseguridadsocial y el Instituto de los Seguros Sociales, se suscribió una Convención Colectiva vigente desde el 1º de Noviembre de 2001 y actualmente está vigente, según lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional sentencias C-314 del 2004, C-349 de 2004y T-1166 del 2008.

CUARTO. El señor HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ en su condición de trabajador sindicalizada del Instituto de Seguros Sociales para el momento de escisión conforme-al Decreto 1750 del 2003 al ser vinculado sin solución de continuidad traía derechos prestacionales convencionales que le dejaron de cancelar durante los cuatro años que prestó sus servicios a la ESE José Prudencio Padilla, pues solo le

cancelaron las prestaciones legales a partir del 26 de julio de 2003, fecha de la escisión.

QUINTO. Es por eso que al señor HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ, se le adeudan desde el 26 de julio de 2003, las diferencias salariales, prestacionales, e indemnizatorias que resultan de deducir el pago de las prestaciones legales, pagadas por su empleador desde entre el 26 de julio de 2003 al 30 de abril del 2006, fecha en la cual fue desvinculada de la ESE por supresión del cargo, y las que resulten de la aplicación de la convención colectiva de trabajo durante ese mismo término.

SEXTO. A través de la reclamación administrativa de fecha 16 de junio de 2009, se agotó la vía gubernativa ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Instituto de Seguro Social.

SEPTIMO. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público trasladó la reclamación del derecho al Ministerio de la Protección social a través de comunicación escrita en donde manifiesta a su igual de la cartera de Protección Social que los mismos eran temas de su competencia y los remitía para los fines pertinentes.

OCTAVO. A través de oficio 10100 RAD 251142, de 14 de Agosto de 2009 el Ministerio de la Protección Social resuelve la solicitud de reconocimiento de derechos y prestaciones convencionales negándose al reconocimiento y pago de las mismas, pero sin hacer un pronunciamiento concreto y pormenorizado sobre lo realmente solicitado, sino más bien a través de un formato de consideraciones jurídicas sobre la viabilidad de aplicación de la Convención Colectiva del ISS a los empleados de las ESE'S.

NOVENO. Por Decreto 2709 del 23 de julio de 2008, la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asumió el pago de las obligaciones laborales a cargo de la ESE JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACIÓN.

DECIMO. De acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia contencioso administrativa.

B- PRETENSIONES

PRIMERO. Que se declare la nulidad del acto administrativo vertido en el oficio 10100 RAD 251142, de 14 de Agosto de 2009, en virtud del cual se negó por improcedencia de ordenar el pago de los salarios y prestaciones de carácter convencional, dejados de pagar durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, la cual se encuentra liquidada, o en su defecto la diferencia que se hubiese dejado de pagar entre lo reconocido y lo pagado y sus derechos convencionales.

SEGUNDO. Que se declare que bajo el criterio de excepción de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 4° de la Constitución Nacional se dejara de aplicar el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, por violación abierta de los principios constitucionales de igualdad consagrados en el artículo 13 y 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, así como la protección del trabajador sin distinción o exclusión derivada de la naturaleza de patrono o del vínculo laboral establecida en la Carta de derechos Humanos artículos 1° y 17, Pacto de Derechos Político y Civiles artículo 26, Declaración Americana de los Derechos del Hombre Art2y en especial el convenio 151 de 1978 aprobado por la ley 411 del 5 de noviembre de 1.997 "relativo a la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública"; Así mismo el convenio 154 de 1.981 aprobado por la ley 524 del 12 de Agosto de 1.999, normas de carácter constitucional conforme a la regla constitucional dada en el Art 93 sobre la aplicación de tratados y convenios suscritos, así como las sentencias C-377 de 1.998, sentencia C-161 del 2000 de la honorable Corte Constitucional, que declararon la exequibilidad de dichos convenios, por ello con base en dichos criterios de bloque de

constitucionalidad, se inaplique el Artículo 416 del C.S.T.

TERCERO. Que como consecuencia directa del pronunciamiento anterior y con el único objeto de restablecer el derecho de mi poderdante se declare que el señor Héctor Rafael Torres Martínez, le era aplicable el régimen convencional durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, hasta el momento de su desvinculación, establecido en la Convención Colectiva suscrita por el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Sintraseguridadsocial, con el cual venia cobijándolo al momento de escindir el ISS el Decreto 1750 del 2003, y pasar el trabajador a la ESE JOSÉ PRUDENCIO PADILLA sin solución de continuidad.

CUARTO. De igual manera se ordene el pago de todos los salarios y prestaciones de carácter convencional y la indemnización convencional por terminación de la relación laboral, dejados de pagar durante su vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, o en su defecto la diferencia que se haya dejado de pagar entre lo reconocido y pagado y sus derechos convencionales.

QUINTO. Que se reconozca y pague, dichas sumas aumentado año tras año conforme los ÍNDICES DE PRECIOS AL CONSUMIDOR, certificados por el Banco de la República, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 178 del C.C.A.

SEXTO. Que se condene a la autoridad demandada al pago de las costas, incluyendo dentro de las mismas, las correspondientes agencias en derecho.

C- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

“El Artículo 4º de la Constitución Política establece, que la Constitución es norma de normas, por ello con base en esa declaración es que solicitamos se inaplique por Vía de Excepción de Inconstitucionalidad el Art. 416 del C.S.T. que desconoce el derecho del empleado público a negociar, suscribir y a ser beneficiarios de ellas, pues dicha norma viola abiertamente los principio de igualdad consagrados en el Artículo 13 y 53 de la Constitución Política, que consagra el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación,

así como la protección del trabajador sin distinción o exclusión derivada de la naturaleza de patrono o del vínculo laboral establecida en la Carta de derecho Humanos arts. 1 y 17, Pacto de Derechos Político y Civiles Art 26, Declaración Americana de los Derechos del Hombre Art 2y en especial el convenio 151 de 1978 aprobado por la ley 411 del 5 de noviembre de 1.997 "relativo a la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública" Así mismo el convenio 154 de 1.981 aprobado por la ley 524 del 12 de Agosto de 1.999, normas de carácter constitucional conforme a la regla constitucional dada en el Art 93 sobre la aplicación de tratados y convenios suscritos, así como las sentencias C-377 de 1.998, sentencia C-161 del 2000 de la honorable Corte Constitucional, que declararon la exequibilidad de dichos convenios, por ello con base en dichos criterios de bloque de constitucionalidad, se solicita se inaplique el Art 416 del C.S. T. y se reconozca el derecho del trabajador a un trato igual ante la ley y se le reconozca su derecho de beneficiario de la Convención colectiva en mención.

La Honorable Corte Constitucional ha señalado en su ya reiterada jurisprudencia el derecho de los trabajadores , en el caso de la escisión del Instituto de Seguros Sociales, a recibir los beneficios convencionales que traían adquiridos al ser escindidos y que pasaron sin solución de continuidad a las nuevas Empresas Sociales del Estado creadas con el Decreto 1750 del 2005, tal como lo señala en los siguientes apartes de la sentencia C-314 del 2004 al señalar: "Aunque en principio esta expresión podría considerarse respetuosa de los criterios jurisprudenciales embozados en torno a los derechos adquiridos, esta Corporación considera que la misma resulta restrictiva de la protección constitucional que la Carta ofrece a las garantías laborales."

En primer lugar, la expresión señalada del artículo 18 es inconstitucional porque únicamente hace referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional. Dejando por fuera los derechos adquiridos en materia salarial. Aunque dicho defecto podría resolverse gracias a la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión "en todo caso", la inexequibilidad de la expresión demandada proviene del hecho de que al definir lo que debe entenderse por derecho adquirido, no incluye en el espectro de protección de los mismos aquellos correspondientes al régimen salarial de los empleados públicos de las entidades creadas por el Decreto 1750 de 2003. Es claro que los derechos adquiridos no se dan en el campo

meramente prestacional sino también en el salarial, como ocurre, por ejemplo, con la remuneración a que se tiene derecho por razón de trabajar horas extras. **Esto demuestra que la definición del artículo 18 no cubre la totalidad de los presupuestos que constituyen el ámbito de protección de los derechos adquiridos (Subrayado fuera del texto).**

En este contexto, la norma, al dejar por fuera tales derechos, menoscaba las garantías laborales protegidas por el artículo 53 de la Carta Política, al tiempo que desconoce la protección de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles y por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

De igual modo, la definición de derecho adquirido consignada en el artículo 18 resulta violatoria de los derechos de los trabajadores por no ser clara frente a los que podría considerarse un derecho adquirido. En efecto, la expresión que se ataca prescribe que un derecho se ha adquirido en materia prestacional cuando la situación jurídica se ha consolidado, es decir, cuando ha sido causado ha ingresado en el patrimonio del servidor.

Para la corte, la ambigüedad de la definición radica en que no existe una clara diferencia entre la prestación que se ha causado y la que ha ingresado en el patrimonio del trabajador, pues cuando una prestación o un derecho han sido causados se entienden incorporados en el patrimonio del acreedor. Así las cosas, el legislador considera como hipótesis distintas aquellas que para la doctrina son una misma, por lo que, no siendo posible determinar con exactitud cuando el derecho de que se habla se ha adquirido o permanece como mera expectativa, la norma debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

El carácter restrictivo de la expresión acusada no proviene únicamente de los dos criterios vistos. **Al definir los derechos adquiridos como aquellos que han ingresado al patrimonio del servidor o que han sido causados, el legislador deja por fuera de dicha definición los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el desempleados públicos.** (Subrayado fuera del texto)

Para analizar dicho punto valga recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, una convención colectiva es aquella celebrada entre uno o varios patronos o asociaciones patronales y uno o varios sindicatos o federaciones

sindicales de trabajadores para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, esto es, para establecer el régimen salarial y la regulación de primas, auxilios, horarios, permisos, vacaciones, jubilación incentivos, vivienda, licencias, becas, indemnizaciones, etc.

Al ser acto regente de los contratos laborales ejecutados durante su vigencia la convención colectiva y de trabajo es considerada por la jurisprudencia como una verdadera fuente de derechos y obligaciones. Pese a las diferencias que pudieran suscitarse respecto de su naturaleza jurídica, el acuerdo básico al que ha llegado la jurisprudencia es que la convención colectiva de trabajo es ley para las partes, pues entraña la creación de un subsistema jurídico de cobertura restringida al cual deben someterse trabajadores y empleadores en el desarrollo de su relación laboral.

De la definición legal se deduce que la convención colectiva es un acuerdo bilateral celebrado entre una o varias asociaciones profesionales de trabajadores y uno o varios patronos para regular las condiciones que regirán los contratos de trabajo, usualmente, buscando mejorar el catálogo de derechos y garantías mínimas que las normas jurídicas le reconocen a todos los trabajadores. De ahí que la convención colectiva tenga un carácter esencialmente normativo, tal como la ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia.

Ella contiene una serie de disposiciones instituidas para regular las relaciones de trabajo en la empresa. Así, en la convención colectiva se establecen en forma general y abstracta las estipulaciones que rigen las condiciones de los contratos de trabajo, las obligaciones concretas del patrono frente a cada uno de sus trabajadores, como también, las obligaciones que el patrono en forma común adquiere frente a la generalidad de los trabajadores. (Sentencia SU-1185 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que

fueron pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico (Subrayado fuera del texto).

De conformidad con lo dicho, esta Corporación estima que la expresión "Se tendrá como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas", es inconstitucional por restringir el ámbito constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual, como se vio, trasciende la simple definición contenida en el artículo 18".

-Igualmente dicho criterio ha sido reiterado en la sentencia T- 1166 del 2,008 Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA, en la cual esa honorable Corte señaló: "5. La variación de régimen laboral de los servidores públicos y sus efectos en los derechos laborales en la escisión del Instituto de Seguros Sociales.

Esta Corporación, mediante sentencias C-314 y C-349 de 2004, estudió la constitucionalidad de algunas normas del Decreto 1750 de 2003 Por el cual se escinde el Instituto de Seguros sociales y se crean Empresas sociales del Estado". Entre los diferentes cargos estudiados en las sentencias en mención, en ellas se definió lo relativo al posible desconocimiento de los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva de los trabajadores oficiales del ISS que, por mandato del decreto, se convertían en empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas, por la posible pérdida de beneficios laborales reconocidos en la convención colectiva vigente.

En la sentencia C-349 de 2004, la Corte hizo un examen sistemático de la situación, que resulta pertinente traer a colación:

"...28. Según se dijo, la demanda considera que la incorporación "automática" y "Sin solución de continuidad" decretada origina la vulneración de los derechos de

asociación sindical y de negociación colectiva, porque los trabajadores que pasaron de la categoría de oficiales para venir a ser empleados públicos perdieron los beneficios pactados en la convención vigente. Esta vulneración, sostienen, debería dar lugar a una indemnización.

Para resolver estos cargos la Corte debe tener en cuenta lo dicho en la reciente sentencia C-314/04 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra)

En este fallo se examinó detenidamente a la luz de la jurisprudencia precedente el problema de la posible afectación de derechos que podría originar en cabeza de los trabajadores el hecho del cambio de régimen jurídico determinado por efecto de reestructuraciones administrativas. En especial se estudiaron algunos aportes demandados de los artículos 16 y 18 del Decreto 1750 de 2003 frente a la acusación según la cual, en virtud de lo dispuesto en dichos apartes, se desconocía la protección constitucional especial al trabajo dispuesta por el artículo 25 superior y las garantías constitucionales de negociación colectiva y asociación sindical, por la posible pérdida de beneficios laborales de origen convencional. El estudio de la Corte concluyó que el aparte final del primer inciso del artículo 18 del Decreto bajo examen restringía la protección constitucional de las garantías laborales, porque únicamente hacía referencia a los derechos adquiridos en materia prestacional, dejando por fuera esta misma categoría de derechos en materia salarial, así como los derechos obtenidos mediante convenciones colectivas de trabajo celebradas por los trabajadores oficiales cuyo régimen fue transformado por el de empleados públicos. Adicionalmente estimó que la definición de derechos adquiridos era ambigua, al no diferenciar entre prestaciones causadas y prestaciones que efectivamente hubieran ingresado al patrimonio jurídico del trabajador.

Concretamente sobre el tema de los derechos laborales derivados de la convención colectiva vigente en el fallo en cita se estimó que la convención colectiva de trabajo era un sistema jurídico que regía contratos de trabajo determinados, por lo cual, respectivamente de los trabajadores cobijados por ella era fuente de derechos adquiridos, por

lo menos durante el tiempo en que dicha convención conservara su vigencia. Dado que el aparte final del primer inciso del artículo 18 no hacía referencia a esta clase de derechos, el mismo vulneraba las normas superiores relativas a la protección del trabajo.

Por todo lo anterior, la Corporación estimó que la expresión 'Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas' era inexequible, por restringir el ámbito

constitucional de protección de los derechos adquiridos, el cual trascendía la simple definición contenida en el artículo 18. (Subrayas fuera del texto original)

Más adelante, la sentencia reiteró lo que la Corte ya había señalado en la sentencia C-314 de 2004, dando mayor claridad al alcance de su estudio de constitucionalidad de la norma y, por contera, de los trabajadores de las nuevas entidades:

"...Ajuicio de la corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentado de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella.), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales.

Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador —trabajador', con ello

se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador-trabajador, en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente.

Por todo lo anterior, lo Corte no estima que las expresiones acusadas' contenidas en el artículo 17 y en el párrafo del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 tengan la virtualidad de desconocer las garantías de asociación sindical y de negociación colectiva por implicar la pérdida de los derechos emanados de la convención vigente.

No obstante para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos de garantías convencionales Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia 314 de 2004". (Subrayas fuera del texto)

Así pues, de los apartes anteriormente transcritos se deduce que la continuidad en a relación Laboral de las personas que venían trabajando en el Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajadores oficiales y. pasaron 'a formar parte de la planta de personal de las empresas sociales del Estado, como la Luis Carlos Galán Sarmiento, implicaba la continuidad de los derechos derivados de la convención colectiva del trabajo vigente.

Adicionalmente, la Sala observa, en relación con la vigencia de la Convención Laboral Colectiva pactada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social de 1 de noviembre de 2001, que el artículo 2° de dicho acuerdo, señala:

"ARTÍCULO 2. VIGENCIA DE LA CONVENCION

La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro [2004,]. Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya dado una vigencia diferente." Sin embargo, aunque el término de vigencia previsto en la Convención se encuentra superado en la actualidad, el artículo 478 de Código Sustantivo del trabajo, prevé lo siguiente:

ARTICULO 478. Prórroga automática. A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación.

Es de concluir, entonces, que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad social, pese a que se encontraba vigente, en principio, entre el primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) y el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004), está sujeta a las prorrogas sucesivas que, por mandato del artículo 478 del Código Sustantivo de trabajo se extienden hasta que se den los supuestos previstos en la jurisprudencia transcrita y que consisten, esencialmente, en que la convención suscrita en el 2001 sea reemplazada por una nueva convención o sea modificada por un laudo arbitral.

En síntesis, esta Sala observa que al no existir prueba de que haya una nueva convención colectiva o un laudo arbitral que la reemplace, la convención de 1° de noviembre de 2004 se encuentra vigente y, por ello, sus efectos se extienden a los trabajadores de la E.S.E Luis Carlos Galán Sarmiento, en los términos de las sentencias C-314 y C-349 de 2004".

Conforme con la jurisprudencia citada, es claro que las Convenciones Colectivas son fuentes de derechos adquiridos para los trabajadores por el tiempo de su vigencia, en consecuencia aunque el régimen laboral del actor, con el Decreto Legislativo 1750/03 cambió, él como beneficiario de la Convención Colectiva de 2001 a 2004 tiene derechos adquiridos derivados de la misma los cuales conforme al Art. 58 de la Constitución Política son intangibles, por tanto se debe concluir que el reclamante tenía un derecho adquirido salarial y prestacional el cual no se puede desconocer y en consecuencia debe ordenarse el pago de las diferencias salariales y prestacionales dejadas de pagar así como subrogar su actual pensión de jubilación de origen legal, por la pensión de jubilación de origen convencional, por serle más favorable (Art. 53 C.N.) y el pago de las diferencias dejadas de pagar teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 104 de la Convención Colectiva 2001 - 2004, es decir, con el 100% del promedio percibido en los tres últimos años de servicios."

D.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

De las entidades demandadas la única que presentó contestación de la demanda, fue el Ministerio de la Protección Social.

D.1 Contestación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Folio 174 a 180)

Indica concretamente en su defensa que en el caso que se pruebe que al demandante le asiste algún derecho, no ese Ministerio el llamado a controvertir en el presente litigio, teniendo en cuenta que dicha entidad es completamente ajena en la relación laboral que existió entre el demandante y el empleador ESE José Prudencio Padilla, persona que es independiente, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, tal y como expresamente lo dispone el Decreto 1750 de 2003.

D.2 Contestación del Ministerio de la Protección Social. (Folio 162 a 182)

El Ministerio de la Protección Social de igual forma se opuso a las pretensiones de la demanda, pues a su juicio en principio no existe una relación legal entre el demandante y el Ministerio de la protección Social, existiendo entonces una falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que no es posible jurídicamente que un órgano del orden Nacional, como lo es el Ministerio de la Protección Social, tome decisiones de carácter administrativo asignadas a las entidades descentralizadas como lo es ESE José Prudencio Padilla.

Por otra parte indicó que las convenciones colectivas de trabajo, solo es aplicable frente a trabajadores oficiales, no es así a los empleados públicos. Así las cosas se demuestra que el accionante luego de la escisión, ostentó la calidad de empleado público, no pudiendo reclamar jurídicamente el pago de salarios y prestaciones sociales derivadas de una convención colectiva suscrita anteriormente con el I.S.S., y el sindicato, pues, con la escisión del Instituto de Seguros Sociales, se presentó un cambio de naturaleza de la relación laboral, pasando de trabajador oficial a empleado público.

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (folio 301 a 314)

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia el 22 de octubre de 2012, negando las pretensiones de la demanda, pues consideró que en el

asunto de marras si bien el actor demandó una decisión administrativa (Oficio 10100 RAD 251142 del 14 de agosto de 2009), que resolvió una solicitud de la parte actora respecto al reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones sociales de carácter convencional y la indemnización convencional, esa situación ya había sido definida por la administración mediante Resolución No. THLPSI-EP No.000913 del 30 de octubre de 2006, por consiguiente la demanda debió dirigirse contra este último acto administrativo, demanda que debió presentarse dentro de los 4 meses siguientes a su notificación, en razón a que este acto administrativo no definía prestaciones periódicas.

Como quiera que el acto definitivo, mediante el cual se liquidaron las prestaciones al actor, no se demandó oportunamente, el despacho de instancia decidió negar las pretensiones de la demanda, toda vez que la posterior reclamación elevada por la parte actora, no revive los términos para demandar la resolución que definió la situación particular del demandante.

VI. LA APELACION (Folio 316 a 321)

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando la revocatoria de la misma, y la concesión de las pretensiones de la demanda.

Indica concretamente en su recurso que, el acto administrativo demandado niega la solicitud de pago de salarios y prestaciones de carácter convencional, la indemnización convencional por la terminación de la relación laboral solicitada por el accionante, con fundamento en que los empleados públicos del ISS, al cambiar su naturaleza jurídica de trabajador oficial a servidor público, a partir del 26 de junio de 2003 no puede ser objeto de convenciones colectivas.

Indica que este tipo de acciones prescriben al término de 3 años de haber culminado la relación laboral, por consiguiente no se había culminado la oportunidad legal para

presentar la demanda.

Argumenta el apelante en su recurso que el juez de instancia no aplicó en debida forma las sentencias C314 y C-349 de 2004 y T-1166 de 2008 de la Honorable Corte Constitucional, ya que en esas providencias se estimó que la convención colectiva de trabajo era un sistema jurídico que regía contratos de trabajo determinados, lo cual, respecto de los trabajadores cobijados por ella era fuente de derechos adquiridos, por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia, y en el presente asunto hay que aplicar la protección constitucional de los derechos adquiridos.

VII. TRÁMITE PROCESAL

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

- El 21 de mayo de 2013 se admitió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.
- Por auto de fecha 31 de julio de 2013 se le dio traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.
- Conforme a lo dispuesto en el acuerdo PSAA12-9201 pasó al despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de fallo.

VIII.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado en el presente asunto, no rindió concepto.

IX.- 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.

2. SÍNTESIS DEL CASO.

En síntesis en el presente asunto el demandante solicita que con la nulidad que se decrete, se le reconozcan prestaciones sociales especiales, ya que lo cobija la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 suscrita entre Sintraseguridadsocial y el Instituto de Seguros Sociales, Convención Colectiva vigente al momento en que se le liquidaron sus prestaciones sociales con ocasión de su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla en liquidación.

El juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que en el asunto de marras no fue demandado el acto administrativo que definió su situación jurídica concreta, sino que procedió a demandar la respuesta a una nueva petición presentada con posterioridad a la expedición del acto administrativo definitivo, por consiguiente con relación al acto administrativo que debió demandar se encuentra caducada la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por su parte el apelante en su recurso se ratifica en su posición y solicita que se concedan las pretensiones de la demanda, manifiesta que la jurisprudencia ha aceptado el derecho que tiene las personas a las que le eran aplicables la convención colectiva que se solicita en la demanda.

3. ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

3.1. Oficio 10100 RAD 251142, de 14 de Agosto de 2009, expedido por el coordinador del grupo administración de entidades liquidadas del Ministerio de la Protección Social, en virtud del cual se negó por improcedencia de ordenar el pago de los salarios y prestaciones de carácter convencional, dejados de pagar durante su

vinculación con la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, la cual se encuentra liquidada, o en su defecto la diferencia que se hubiese dejado de pagar entre lo reconocido y lo pagado y sus derechos convencionales. (Folio 19 a 24)

4. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

Vistas las argumentaciones expuestas por la parte demandante, y con base además en los hechos que se encuentran probados, considera la Sala que el problema jurídico principal radica entonces en determinar si el acto administrativo acusado, se encuentran o no viciado de nulidad, determinando concretamente si el señor HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ, al momento de reconocerle y liquidarle sus prestaciones sociales, con ocasión de su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla, le era o no aplicable la convención colectiva de trabajo 2001-2004, suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridadsocial.

Sin embargo atendiendo los argumentos expuestos en el fallo de primera instancia, y el recurso de apelación presentado, antes de entrar a resolver el tema de fondo la Sala deberá determinar si en el presente asunto operó o no el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, determinando de igual forma se el acto a demandar era o no la Resolución THLPSI – EP No.000913 del 30 de octubre de 2006 expedida por el liquidador de la ESE José Prudencio Padilla, o si por el contrario las pretensiones van bien encaminadas con la demanda del Oficio 10100 RAD 251142, de 14 de Agosto de 2009, expedido por el coordinador del grupo administración de entidades liquidadas del Ministerio de la Protección Social.

5. ANALISIS DEL CASO.

Para la Sala es importante antes de iniciar con el estudio del fondo del asunto, analizar el presupuesto procesal de la caducidad de la acción contenciosa administrativa, pues al revisar el acto administrativo acusado, se observa que el mismo es producto de una reclamación administrativa presentada con posterioridad al

momento de liquidación de las prestaciones sociales, que se reclaman con esta demanda.

La caducidad es el término legal dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, siendo este instrumento jurídico un instrumento que salvaguarda la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre estos y el Estado. El derecho al acceso a la administración de justicia, garantizado con el establecimiento de diversos procesos y jurisdicciones, conlleva el deber de un ejercicio oportuno, razón por la cual, se han establecido legalmente términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial.

El Código Contencioso Administrativo establece en el artículo 136, numeral 2º del C.C.A. que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la "*publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.*" Así entonces, en determinados casos y bajo precisas circunstancias, las cuales se refieren a la forma como se da a conocer la decisión de la Administración, el término para acudir ante la jurisdicción corre a partir de la ejecución del acto administrativo. El término de los cuatro meses para contabilizar el término de la caducidad de la acción, será para aquellos actos administrativos en los cuales no se reclaman prestaciones periódicas, ya que en el evento que se reclamen prestaciones periódicas, a la luz del mismo artículo 136 #2 del C.C.A., no opera el fenómeno de la caducidad, pudiéndose demandar estos actos administrativos en cualquier tiempo.

Pues bien, en el caso bajo estudio, al revisar el material probatorio aportado al expediente, encuentra la Sala que el acto administrativo que liquidó las prestaciones sociales del demandante por su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla, fue el contenido en la siguiente resolución:

- Resolución THLPSI – EP No.000913 del 30 de octubre de 2006, por medio de la cual se le reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla al señor HECTOR RAFAEL TORRES MARTINEZ, acto administrativo contra el cual procedía el recurso de reposición dentro de los 5 días siguientes a su notificación, y que fue notificada al interesado el 2 de octubre de 2006, sin que exista constancia en el expediente de la presentación de recurso de reposición alguno, por consiguiente dicho acto administrativo quedó ejecutoriado el 9 de octubre de 2006, pudiéndose presentar demanda contenciosa administrativa hasta el 9 de febrero de 2007. Es preciso resaltar que dentro del presente asunto no se demandó esta resolución. (Resolución visible entre los folios 33 a 36)

El acto arriba relacionado es un acto administrativo que no resuelve prestaciones periódicas, por lo tanto su demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa debió ser dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que quedó en firme el acto administrativo.

Con relación al fenómeno jurídico de la caducidad de las acciones contenciosas administrativas, el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“La caducidad [procesal] como fenómeno jurídico, constituye propiamente una sanción para el titular del derecho que omite poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional dentro del lapso dispuesto por el ordenamiento jurídico para reclamarlo y, desde el punto de vista estrictamente procesal, se erige como un hecho que enerva o extingue la pretensión desde la base o el nacimiento; por consiguiente, debe ser declarado, aún de oficio, siempre que el fallador de primera o segunda instancia lo encuentre probado, a términos de lo dispuesto por el artículo 164 del C.C.A.”¹

Así las cosas al analizar puntualmente la demanda y los actos administrativos

¹CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A - Consejero ponente CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA - Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012) - Radicación número: 76001-23-31-000-1998-00431-01(22734) - Actor HECTOR NODIER OSORIO HERRERA Y OTROS - Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

demandados, esta Sala es del criterio consistente en afirmar que el acto administrativo que resolvió la situación jurídica concreta del actor, con relación al reconocimiento y pago de acreencias laborales por su desvinculación de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, fue en realidad la Resolución THLPSI – EP No.000913 del 30 de octubre de 2006, pues fue dicho acto el que liquidó las prestaciones con las cuales el actor no está de acuerdo y que persigue le sean reconocidas dentro del presente asunto, sin embargo observa la Sala que el actor no demandó dentro del término legal (cuatro meses), la resolución que según sus afirmaciones vulneró su derecho a recibir unos beneficios convencionales.

El acto administrativo demandado dentro del presente asunto esto es: el Oficio 10100 RAD 251142, de 14 de Agosto de 2009, expedido por el Coordinador del Grupo Administración de Entidades Liquidadas del Ministerio de la Protección Social, mediante el cual no se accede al reconocimiento de unas prestaciones sociales convencionales que le dejaron de cancelar a partir del 26 de julio de 2003, este acto va encaminado a reclamar las acreencias laborales con las cuales no estuvo de acuerdo el actor, y que fueron resueltas en la Resolución THLPSI – EP No.000913 del 30 de octubre de 2006, acto administrativo de carácter definitivo contra el cual no se ejerció el recurso de reposición en vía gubernativa por no ser este obligatorio, pero contra los cual tampoco se presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de las 4 meses siguientes a su ejecutoria, tal y como lo indica la ley.

A juicio de esta Sala el accionante con la interposición de la reclamación administrativa ante el Ministerio de la Protección Social, es una actuación con la que se busca revivir términos judiciales que se encuentran vencidos, pues como ya se explicó dentro del presente asunto, el acto administrativo que resolvió de fondo la situación jurídica definitiva del actor, frente al tema que ahora reclama, fue la Resolución THLPSI – EP No.000913 del 30 de octubre de 2006, y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de esta se encuentra caducada, por consiguiente no considera esta corporación factible iniciar el estudio de fondo de la reclamación presentada, con la revisión de legalidad del Oficio 10100 RAD 251142,

de 14 de Agosto de 2009, pues con el mismo el actor pretende es revivir términos procesales sobre un tema que ya fue resuelto por medio de un acto administrativo definitivo, contra el cual no se interpuso en tiempo la demanda contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho.

Con relación al tema de revivir términos judiciales con la presentación de una nueva petición, cuando en un acto anterior se ha resuelto la situación en concreto, el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“Cuando el acto administrativo que contiene una decisión particular no fue objeto de recursos en vía gubernativa o no fue demandado en tiempo ante la jurisdicción contencioso administrativa, se entiende que una petición posterior que verse sobre los mismos puntos contenidos en tal acto constituye una pretensión de revocatoria directa, no obstante, ni esta solicitud ni la respuesta que la administración emite tienen la fuerza de revivir los términos para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo prescribe el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos. De conformidad con las anteriores precisiones la Sala debe declarar la ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que en el presente asunto no se demandó la Resolución No.2369 de 9 de julio de 1999, que le reconoció a la actora el auxilio de cesantías definitivas, respecto del cual venció la oportunidad para reclamar en vía judicial, sino otros actos que no tienen la virtualidad de revivir términos procesales, incumpliendo con ello la obligación establecida en el inciso 2º del artículo 137 del C.C.A.”²

En este orden de ideas concluye la Sala que la acción contenciosa administrativa para reclamar la inclusión de nuevos factores de liquidación en aplicación de la Convención Colectiva suscrita entre el I.S.S., y Sintraseguridadsocial 2001-2004, se encuentra caducada, no pudiendo el actor pretender que se revise el tema en instancia judicial, cuando el acto definitivos no fue demandado en tiempo, pretendiendo que se estudie

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B Consejero ponente. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008).- Radicación número: 25000-23-25-000-2001-08534-01(0841-05) Actor: MARIA ISABEL INFANTE SEPULVEDA Demandado: MINISTERIOR DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL

el tema aduciendo que existe una nueva solicitud.

Por todo lo anterior esta Sala confirmará el fallo de primera instancia, ya que en este él a quo declaró probada de oficio la excepción de caducidad de la acción, y negó las pretensiones de la demanda.

X.DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha 22 de octubre de 2012 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia 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.

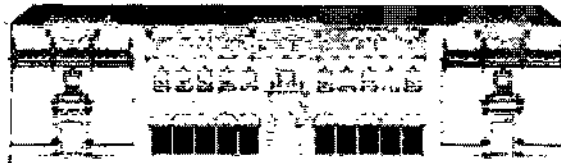
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE FANDIÑO GALLO
AUSENTE CON PERMISO

Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1238
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: CARLOS GÓMEZ TORRES
DEMANDADO	: NACION- RAMA JUDICIAL Y OTRO
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2009-00169-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: DIECISEIS(16) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FUE EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f) 357 a 375
(2.c)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 28512013

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

TEMA: Responsabilidad estatal por error jurisdiccional

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Radicación: No. **13-001-23-31-004-2009-00169-00**

II. PARTES

Demandante: CARLOS GOMEZ TORRES

Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor CARLOS GOMEZ TORRES, quien a través de apoderado judicial interpuso acción de reparación directa contra la NACIÓN

RAMA JUDICIAL, con el fin de que se le declare administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales como consecuencia la falla del servicio por error jurisdiccional.

IV. ANTECEDENTES

A. La demanda

1. Pretensiones

“Primera.- Que la Nación Colombiana-Rama Judicial es responsable patrimonialmente (C.N., art. 90; Ley 270/96, arts. 65, 66 y 67) por los daños antijurídicos que le son imputables por error jurisdiccional por haber proferido el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el proceso radicado bajo el No. 8.924, M.P. Dr. JAVIER ORTIZ DEL VALLE, la sentencia de fecha octubre cuatro (4) de 2005, manifiestamente contraria a la ley y que bloqueó la pretensión indemnizatoria que, por la vía de la acción de reparación directa y con la finalidad de que se le resarcieran todos los perjuicios materiales y morales sufridos en marzo 9 de 1991 con ocasión de un accidente de tránsito ocurrido en la carretera nacional denominada "VÍA AL MAR" por falta de señalización de la vía, había impetrado mi difunto hermano GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ TORRES contra la Nación-Ministerio de Transporte (Ministerio de Obras Públicas y Transporte para la fecha del siniestro de circulación).

Segunda.- Que, como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad, la Nación-Rama Judicial debe pagar al actor las condenas pretendidas por su difunto hermano GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ TORRES en el proceso radicado bajo el No. 8.924, tramitado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, y que se circunscriben a lo siguiente:

2.1. Los PERJUICIOS MATERIALES (daño emergente y lucro cesante), derivados del accidente de tránsito, "que aparezcan establecidos probatoriamente en el proceso y conforme a la cuantía que se acredite dentro de él".

2.2. Los *PERJUICIOS MORALES* en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales.

Tercera.- Que la Nación-Rama Judicial debe dar cumplimiento a la sentencia en el término señalado por el artículo 176 del C.C.A., y a pagar intereses en el caso de que se den los supuestos del inciso quinto del artículo 177 del C.C.A.

Cuarta.- Que las condenas al pago de sumas liquidadas da dinero se efectúen ajustándolas y/o actualizándolas conforme a lo previsto por el artículo 178 del C.C.A.”

2 Hechos

“1. El hermano del actor, señor GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ TORRES, nació el día seis (6) de enero de 1968 en la ciudad de Medellín, Antioquia.

2. Hasta marzo 9 del año 1991, el hermano del actor gozó de excelentes condiciones físicas, especialmente en lo que se refiere a su facultad de locomoción por sus propios miembros inferiores (piernas).

3. En la fecha anotada (marzo 9 de 1991), en horas de la noche, el hermano del actor salió de Barranquilla con destino a la ciudad de Cartagena en compañía del señor RAFAEL RODRÍGUEZ JAIMES, transportándose en un vehículo marca Dodge Coronet de placas No. RC-8423, modelo 1980, servicio particular, tipo sedán, motor No. P848726261, propiedad de la señora ARACELY FORERO DE RODRÍGUEZ, el cual era conducido por RODRÍGUEZ JAIMES.

4. A la altura del Corregimiento "Loma Arena" jurisdicción del Municipio de Santa Catalina, Departamento de Bolívar, a eso de las 9:30 p.m. de tal fecha renombrada, carretera nacional denominada "Vía al Mar", en un cruce o curva extremadamente peligrosa que unía esta vía a la antigua que conduce a Cartagena, el vehículo en que

viajaba el hermano del actor se accidentó saliéndose de la carretera, dando numerosas vueltas, arrasando parcialmente una casa propiedad del señor CARLOS MANUEL BARROS y estrellándose finalmente contra un árbol.

5. Ocurrido el siniestro, el hermano del actor fue sacado del vehículo por vecinos del sector y conducido a Barranquilla a eso de las 11:00 p.m. en un vehículo furgón de la empresa "Transportes Rojas", de placas No. 2218, número Interno 138, y en esta ciudad fue recluido en la Clínica del Caribe; en lo que toca al vehículo accidentado, fue trasladado, igualmente, a la ciudad de Barranquilla remolcado por una grúa.

6. El hermano del actor fue recluido en la Clínica del Caribe de la ciudad de Barranquilla y recibió allí sus primeros auxilios, cuidados Intensivos y tratamiento médico, concluyéndose que sufrió edema cerebral difuso, hematoma epicraneana temporo parietal y FRACTURA DE LA COLUMNA VERTEBRAL, que lo incapacita, de por vida o para toda la vida, para caminar, pues ambas piernas quedaron sin movimiento alguno. PARÁLISIS ABSOLUTA Y PERMANENTE DE LOS MIEMBROS INFERIORES, es el resultado dañoso principal derivado del accidente de tránsito.

7. A partir de la fecha del accidente, el hermano del actor quedó en estado paralítico, sin posibilidad alguna de movimiento propio; y así estuvo hasta el día de su muerte, ocurrida en Barranquilla el 29 de abril de 1993, permanentemente acostado en su cama y/o movilizándose en una silla de ruedas, sumido en su desgracia, en su profundo dolor y aflicción moral. Su deceso se produjo luego de inundarse su cuerpo de escaras al estar demasiado tiempo en una sola posición, adquiriendo una septicemia generalizada.

8. La vía al Mar, donde ocurre el accidente, es una carretera nacional, recién construida para el año 1991 por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y enlaza las ciudades de Barranquilla y Cartagena. Para marzo 9 de 1991, la carretera no

estaba construida en su totalidad; sin embargo, el tramo que cubre Barranquilla-Cruce "Loma Arena" estaba en funcionamiento para la fecha del siniestro. Antes de llegar al cruce citado existe una recta, que empieza en el sitio conocido como "Pueblo Nuevo" y termina en el renombrado cruce; dicha recta tiene una extensión aproximada de dos (2) kilómetros. Los conductores que transitaban por ella -por la recta-, en aquel momento histórico, por un lado, no estaban en condiciones óptimas para visualizar el cruce anotado, circunstancia que hacía obligatoria colocación de señales preventivas de tránsito antes de ser entregada al servicio del público y, por otro, debían efectuar hábiles maniobras para evitar que el cruce "se los tragara", esto es, que se salieran de la vía.

9. Dada la peligrosidad y riesgo que representaba el cruce "Loma Arena" para los usuarios de la carretera nacional, era menester que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, para poner en funcionamiento el tramo señalado en el numeral anterior, colocará señales de tránsito preventivas, indicativas de la existencia, proximidad y peligrosidad de dicho cruce, con la finalidad de que los conductores, ya advertidos, tomaran las precauciones pertinentes y lo pasaren sin riesgo alguno.

10. Para la fecha del accidente -marzo 9 de 1991-, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte no había colocado señales de tránsito preventivas en el sitio crítico y riesgoso llamado cruce "LOMA "ARENA", con la finalidad de precaver la latente, inminente y actual de peligro que dicha zona de la vía representaba para los conductores.

11. El accidente sufrido por el hermano del actor ocurre, entonces, por falla o falta del servicio, ya que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, entidad encargada legalmente de esa función, había omitido o retardado la colocación de las respectivas señales de tránsito, dirigidas, se repite, a advertir y a prevenir a los usuarios de la vía de la existencia del cruce "Loma Arena". La negligencia y descuido de la Administración, en consecuencia, es evidente y notoria.

12. *La falta de señales de tránsito preventivas en el cruce "Loma Arena" no solo causó el accidente del hermano del actor; allí, por esa misma causa, se produjeron cientos de accidentes de tránsito.*

13. *El accidente de tránsito, generado por la falta de señales preventivas de tránsito, causó perjuicios materiales y morales al hermano del actor, GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ TORRES, pues, por la fractura de su columna vertebral, quedó parálítico de sus miembros inferiores de por vida.*

14. *Los daños y perjuicios ocasionados al hermano del actor por su parálisis en ambas piernas están inescindiblemente ligados, causalmente, a la falla de la administración circunscrita a la omisión en colocar oportunamente señales de tránsito que previnieran a los usuarios de la carretera sobre la existencia del peligro que representaba el cruce "Loma Arena".*

15. *El hermano del actor, por intermedio de apoderado, oportunamente, presentó en febrero 16 de 1993 demanda de reparación directa bajo la consideración que el accidente se debió a la falta de señalización en el lugar del accidente, "falla o falta en el servicio imputable al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy denominado Ministerio de Transporte" -dijo en la demanda respectiva-, razón por la cual la dirigió contra la Nación-Ministerio de Transporte.*

16. *Teniendo en cuenta la fecha de ocurrencia del accidente (marzo 9 de 1991) y que en ese momento histórico existía el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y que luego mediante Decreto 2171 de diciembre 30 de 1992 a dicho Ministerio se le denominó solamente "Ministerio de Transporte", el hermano del actor demandó en 1993 a este último organismo por ser el mismo extinto Ministerio de Obras Públicas. Por ese mismo decreto, el Fondo Vial Nacional se reestructuró originándose el Instituto Nacional de Vías -INVIAS-. Dicho Fondo había sido creado por el artículo 1º de la Ley 64 de 1967 como un ente con personería jurídica, autonomía administrativa*

y patrimonio propio, "encargado de atender los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales", entre otros objetivos.

17. En vigencia de la ley 64 de 1967, no se demandaba al Fondo Vial Nacional sino al Ministerio de Obras Públicas y Transporte ya que, dicho Fondo, era una simple cuenta pagadora sin representación legal alguna a pesar de ostentar legalmente personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, aspecto que daba lugar a la idea de su capacidad para ser parte en un proceso contencioso. El representante legal del Fondo Vial era el Ministro de Obras Públicas y Transporte y su planta de personal era la de este mismo Ministerio, amén de carecer de órganos de dirección -sin Director ni Junta Directiva.

Por lo tanto, al ser el Fondo reestructurado en INVIAS, aunque este sí tenía capacidad para ser parte demandado, no se enfocó la demanda hacia el nuevo ente por dos motivos; i) porque dicha legitimación en la causa por pasiva la adquiriría con posterioridad al accidente automovilístico del hermano del actor debiendo tenerla antes, ya que el Decreto que lo crea y define como establecimiento público (el 2171/92) rige hacia el futuro, y ii) dicha legitimación la da la fecha del siniestro (marzo 9 de 1991), y la tenía el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, razón por la cual, al ser reestructurado en Ministerio de Transporte, contra éste se entabló la demanda.

18. Antes de la existencia del Instituto Nacional de Vías (este sí con órganos de dirección y representante legal propios), frente a demandas de reparación directa por hechos ocurridos con antelación a diciembre 30 de 1992, hubo alguna confusión en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado en torno a quién estaba legitimado para demandarse -si al Ministerio de Obras Públicas o al Fondo Vial Nacional- por fallas del servicio relacionadas con carreteras nacionales, situación atribuida al carácter legal dado a este último ente por la ley 64 de 1967-

establecimiento público-, tanto así que, en 1990, se emitieron dos (2) sentencias en donde se exoneró de responsabilidad a la Nación-Ministerio de Obras por falta de legitimación en la causa por pasiva bajo la consideración de que debió demandarse al Fondo Vial Nacional; sin embargo, la jurisprudencia uniforme y reiterada de la Sección Tercera es la de que es la Nación-Ministerio de Obras Públicas, v no el Fondo Vial Nacional persona jurídica legitimada en la causa por pasiva frente a fallas del servicio que daños antijurídicos en carreteras nacionales, especialmente por falta de señalización. Incluso, antes de las dos sentencias de 1990, ya el Consejo de Estado había declarado responsable al Ministerio de Obras y no al Fondo Vial Nacional. Esta evolución jurisprudencial será destacada en el acápite de los fundamentos de derecho, pues se estima necesaria para identificar el error jurisdiccional en que incurrió el Tribunal Administrativo de Bolívar.

19. La demanda presentada por el hermano del actor fue admitida por auto de fecha marzo 30 de 1993; notificada al Ministerio de Transporte, propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva; se practicaron múltiples pruebas; durante el periodo de alegaciones, se introdujeron al proceso dos (2) referentes jurisprudenciales; finalmente, el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia de fecha octubre cuatro (4) de 2005, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y, en consecuencia, se declaró inhibido para decidir de fondo la Litis. Fundó el fallo en que la entidad que debió demandarse era el Instituto Nacional de Vías y no el Ministerio de Transporte.

20. Con la sentencia de octubre 4 de 2005, el Tribunal, resolvió el problema jurídico que, a raíz de la excepción planteada por el demandado (Min transporte), podría formularse de la siguiente manera:

¿Teniendo en cuenta que el accidente ocurre en marzo 9 de 1991 y que, en diciembre 30 de 1992 el Fondo Vial Nacional se convierte en el Instituto Nacional de Vías y el Ministerio de Obras Públicas y Transporte en Ministerio de Transporte, a qué

entidad debió demandarse de acuerdo con las funciones que tenía cada ente en marzo de 1991 y en atención a que la falla del servicio alegada por el actor la hizo consistir en falta de señalización?

Problema jurídico que, a nuestro juicio, ya había resuelto la jurisprudencia del Consejo de Estado en múltiples sentencias, especialmente en la de fecha junio 22 de 2001, a través de las cuales se decidieron aspectos fácticos similares al caso del hermano del actor, razón por la cual queda claro que, el Tribunal Administrativo de Bolívar, no solo se apartó inmotivadamente de los precedentes de su superior jerárquico -pues ni siquiera se refirió a ellos para desecharlos-, sino que lesionó el debido proceso del hermano del actor -vía de hecho- al no decidir de fondo un asunto que reunía todas las condiciones procesales para una decisión de mérito en relación con las pretensiones indemnizatorias de la demanda.

21. La sentencia de octubre 4 de 2005 fue apelada; sin embargo, por auto de fecha febrero 26 de 2006 se declaró improcedente el recurso ya que, por la Ley 945 de 2005, el proceso era de única instancia en razón a su cuantía.

22. El Tribunal Administrativo de Bolívar, al proferir la sentencia de octubre 4 de 2005, erro jurisdiccionalmente ya que, tal decisión, es manifiestamente contraria a derecho si se tiene en cuenta que, era el Ministerio de Obras y no el Fondo Vial Nacional, la entidad legitimada en la causa para ser demandada por la falta de señalización en el cruce "Loma Arena", omisión que originó el accidente de tránsito en donde se fracturó la columna vertebral el hermano del actor.

23. Los presupuestos del error jurisdiccional y, por ende, de la responsabilidad patrimonial de la Nación-Rama Judicial aparecen plenamente satisfechos por cuanto:

a) El error está contenido en una providencia judicial, exactamente en la sentencia de octubre 4 de 2005, respecto de la cual se agotaron los recursos legalmente procedentes;

b) *La sentencia es contraria a derecho ya que se trata de un error de carácter normativo; el yerro del Tribunal Administrativo está, no solo en apartarse motivadamente de la uniforme y reiterada jurisprudencia de su superior jerárquico sobre la materia, sino en la falta de aplicación de (i) los artículos 3° y 6° del Decreto Ley 1344/70, modificado -el primero de los citados- por el artículo 2° del Decreto 2169 de 1970; (ii) 27 del Decreto 1322 de mayo 5 de 1983; (iii) 8 de la Ley 64 de 1967, en concordancia con el Decreto 2862 de 1968; (iv) y 27 del Decreto 1173 de 1980, normatividad interpretada cabalmente en los extractos de las cuatro (4) sentencias reproducidas en el acápite de los Fundamentos de Derecho, literal d.*

c) *El error produjo un daño personal y cierto de carácter antijurídico al hermano del actor, razón por la cual, su resarcimiento integral, que le ha sido transmitido a mi cliente por herencia, debe cumplirlo la Nación-Rama Judicial.*

d) *El error tuvo incidencia en la decisión del Tribunal de declarar demostrada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva e inhibir un pronunciamiento de mérito ya que, de no incurrirse en él, el fallo hubiese sido favorable al hermano del actor pues se probó, en el curso de la actuación, que el accidente de tránsito ocurrió por falla de la administración-Ministerio de Obras Públicas por no colocar señales preventivas de tránsito en el lugar del siniestro -cruce Loma Arena"-, reportándose causalmente como daño para el hermano del actor la fractura de su columna vertebral."*

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El apoderado de la parte actora citó como normas violadas:

- Constitución Nacional, artículos 2°, 6°, 11 y 90.
- C.C.A., arts. 78, 86, 206 y ss.
- El error jurisdiccional. Presupuestos

Invoco lo que ha dicho el Consejo de Estado, Sección Tercera, sobre el error jurisdiccional a partir de la Constitución de 1991 y los presupuestos o elementos que lo configuran:

Cita el actor en este acápite, sentencias de noviembre 22 de 1991, Rad. 13164, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque, sentencia de fecha 27 de abril de 2006, Rad. 14.837, C.P.- Dr. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

B. LA CONTESTACION

La entidad demandada en este proceso contestó la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuando no hubo falla del servicio por error jurisdiccional, ya que toda la actuación judicial estuvo soportada en las normas legales y vigentes.

Entre sus razones de defensa, señala que la parte demandante solicita a través de su Procurador judicial, se declare que la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, son administrativamente y patrimonialmente responsables de la totalidad de los daños causados por una supuesta “ error jurisdiccional” por haber proferido el Tribunal Administrativo de Bolívar sentencia en la que se negaba las pretensiones del señor Gustavo Gómez Torres, hermano del hoy accionante señor Carlos Gómez Torres, hermano del hoy accionante señor Carlos Gómez Torres, al considerar que la persona demandado en el proceso no era la legitimada para responder por los daños imputados.

Cuando se persigue el resarcimiento por perjuicios, con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Estado, en verdad, resulta indispensable indicar el órgano estatal que debe comparecer. Las operaciones, los hechos u omisiones, sin expresión, provienen o tienen su origen en un determinado órgano del Estado, que como tal es el responsable, precisamente, de repeler, a manera de defensa o por

cualquier otro medio idóneo, cualquier reclamación indemnizatoria, por su comportamiento. Y es aquel el Estado debe ser defendido, y para que ellos se logre, no es suficiente citar al agente de Ministerio Público, sino que se requiere dirigir la acción contra el ente que se dice o señala como responsable. De no ser así, se llegaría a la peligrosa circunstancia que el Estado no tuviera la protección procesal necesaria para desvirtuar las afirmaciones de los demandantes, que reclamen cualquier falla o falta del servicio.

Y es que no es posible entender que el Estado sea condenado, por ejemplo cuando no ha tenido ni puede tener, en los términos de la demanda, la concreción de la responsabilidad. Se podrá seguir, entonces que para ellos se notifica al Agente del Ministerio, trabándose, con plenitud la relación jurídica procesal. Pero no puede ser así, puesto que si se estima o considera que el Estado Colombiano es responsable, tiene que referirse la responsabilidad en el ente estatal respectivo.

De otra manera, se concedería ventajas a los demandantes, que no debe admitirse en esta clase de controversias. E apoyo de la valoración jurisprudencias anterior baste agregar que la ley, por, razones de orden, ha creado sus propios centros de imputación jurídica como son los entes territoriales; los establecimientos públicos; las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, para no citar sino algunas de las más importantes, dotándolas de personería jurídica. En el derecho, personalidad significa ser sujeto de papeles previstos en la regulación jurídica, como lo enseña Luis Recasens Siches.

Así mismo señala la entidad demandada con relación al caso concreto y el contenido del acápite de los Fundamentos de Derecho, señalando "No debemos dejarnos confundir con las innumerables jurisprudencias relacionadas en la demanda, y que el problema jurídico no es así durante el termino de existencia del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo Vial Nacional, se debía demandar a la primera, pues

cuando el señor Gustavo Gómez a través de su rodeado judicial demanda, estas entidades ya no existen por lo que no son objeto de ser demandados, y las jurisprudencias por él citadas básicamente, tratan de controversias que existían en cuanto a la persona del demandado cuando debía escogerse entre el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y el Fondo Vial Nacional, lo cual no tiene nada que ver con la demanda instaurada; pues como se reconoce en el acápite de los hechos de la demanda, esas dos entidades ya no existían.

Lo que se debe tener en cuenta es el que con el Decreto 2171 de 1992, se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte y se crearon dos entidades distintas repartiéndose y adjudicándose funciones y competencias distintas; a saber, Ministerio de Transporte e INVIAS, esta última erigida como Establecimiento Público con personería jurídica independiente, otorgándole autonomía patrimonial, administrativa y presupuestal, dirección y representación legal propia.

El primer interrogante que nos debe surgir, es saber ¿en qué fecha se presentaron todas esas demandas?, pues es de suponer que si son anteriores a la entrada en vigencia del Decreto 2171 de 1992, es obvio que en ninguna de ellas se condenó a INVIAS pues este solo nace a la vida jurídica precisamente con la vigencia del referido Decreto.

También debe tenerse en cuenta, que el debate que hoy sostenemos, es originado en la repartición de competencia realizada por el Decreto 2171 de 1992, por lo cual tendríamos que saber concretamente que hechos facticos originaron cada una de las demandas de reparación resueltas en las sentencias relacionadas, para saber qué entidad es competente legalmente para responder y resarcir los daños causados por acción u omisión de esas funciones.

Así mismo la entidad demandada propone las siguientes excepciones:

- Caducidad de la acción.
- Falta de causa para demandar.
- La innominada

C. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Agente del Ministerio Público para asuntos Administrativos de Bolívar, desistió de emitir concepto, en este proceso.

V. TRÁMITE PROCESAL

- Por auto de fecha 23 de Abril de 2007, se admite la presente demanda. (FI-192)
- Por medio del auto de fecha 4 de febrero de 2009, se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto que aprehende el conocimiento de la demanda de fecha 14 de marzo de 2008 en adelante, y se remite el expediente a la oficina judicial de Cartagena, para que se efectúe ente los magistrados del H. Tribunal Administrativo de Bolívar, por razones de competencia.
- En auto de fecha 8 de febrero de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar Aprehende el conocimiento de este proceso, y declara la admisión de esta demanda.
- Mediante auto de fecha 27 de mayo de 2010, se abrió a pruebas el presente proceso.
- Por auto de fecha 14 de diciembre de 2012, se declaró concluido el periodo probatorio, y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y el señor Agente del Ministerio Público, para que emitiera concepto si así lo solicitare.
- Finalmente entra el proceso al despacho 001 en Descongestión para su pronunciamiento de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES

1. La competencia

Por la naturaleza del proceso, el lugar de ocurrencia de los hechos, la ley 270 de 1996 y el auto de 9 de septiembre de 2008 del Consejo de Estado, ésta Corporación es competente para conocer de este asunto en primera instancia.

2. Caducidad

La caducidad es el fenómeno procesal que se presenta como consecuencia del vencimiento del término fijado en la ley para entablar la demanda en ejercicio de una determinada acción. Se trata, por tanto, de una figura eminentemente objetiva que determina la oportunidad para intentar la acción, pues, sin consideración a circunstancia subjetiva alguna y aún en contra de la voluntad del titular del derecho de acción, el mero paso del tiempo condiciona el ejercicio de ese derecho.

La caducidad de las acciones en materia contencioso-administrativa se justifica por la necesidad de *“poner un límite al derecho de los administrados de discutir la legalidad de las actuaciones de la administración o de reclamar su responsabilidad patrimonial, brindando de esta manera la certeza necesaria a sus decisiones y a su situación ante determinado evento litigioso”*.¹

Es importante anotar que si bien, la caducidad de la acción es materia que corresponde definir al juzgador al momento de admitir la demanda correspondiente y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, en los procesos contencioso administrativos no hay lugar a proponer y tramitar excepciones previas, esto no es óbice para que las irregularidades procesales que tienen ese carácter puedan analizarse como impedimentos procesales, bien por petición de parte o de manera oficiosa, incluso, al momento de dictar sentencia.

En otras palabras, como en el proceso contencioso administrativo las circunstancias que constituyen excepciones previas no pueden ser resueltas a través de trámite incidental, tales hechos deben examinarse como irregularidades procesales, pues,

¹ Auto del 17 de febrero de 2005, expediente 26905, de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

independientemente de que sean planteados por el demandado o declarados de manera oficiosa por el juzgador, corresponden, en muchos casos, a presupuestos procesales que determinan que pueda haber un pronunciamiento de fondo.

En relación a la caducidad de la acción de reparación directa, el numeral octavo del artículo 136 C.C.A. señala:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (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 trabajo público o por cualquier otra causa.

Inc. 2º Adicionado. Ley 589 de 2000, art. 7º. Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”.

El Consejo de Estado en auto de fecha (9) de abril de dos mil ocho (2008) realizó un análisis respecto a la línea jurisprudencial seguida por dicha Corporación, providencia en la cual señaló²:

“La jurisprudencia de la Sección Tercera ha interpretado esa norma en aplicación de los principios pro actioni y pro damato según los cuales, en algunos casos el término de caducidad debe empezar a contarse a partir de la fecha en que el interesado tuvo conocimiento del hecho que produjo el daño,

² CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA- Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA-Radicación número: 08001-23-31-000-2005-03756-01(33834)-Actor. WALTER PADILLA PADILLA-Demandado. INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS-

que puede coincidir con la ocurrencia del mismo en algunos eventos, pero en otros casos no. Así en auto del 30 de enero de 2003, reiterado en varias providencias, se dijo:

*Si bien es cierto que el inciso 4º del artículo 136 del C. C. A. establece que el término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, dicha norma entendida de manera racional debe interpretarse en el sentido de que no basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño sino que es necesario que haya sido conocido por el afectado, lo cual en la mayoría de las veces ocurre al mismo tiempo. Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincida temporalmente, el principio *pro actione* **debe conducir al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción.***

*Así mismo, en el derecho español existe una línea doctrinaria y jurisprudencial orientada por el principio *pro damato* que busca aliviar los rigores de las normas que consagran plazos extintivos para el ejercicio de las acciones y aboga por la cautela y el criterio restrictivo con el que deben interpretarse y aplicarse dichas normas” (Negrilla fuera de texto).*

Conforme a la jurisprudencia en comento, la cual esta Sala comparte, el término de caducidad de la acción de reparación directa debe contarse a partir de la fecha en que el interesado tuvo conocimiento de la ocurrencia del hecho dañoso. Tal estudio se hace en atención a que la caducidad se alegó como excepción y a que en virtud principios *pro actioni* y *pro damato*, la demanda había sido admitida y tramitada precisamente para establecer dentro del debate probatorio, si efectivamente se había configurado el fenómeno de la caducidad.

Así, la ley consagra un término de dos años contados desde el día siguiente al acaecimiento que causa el daño y por el cual se demanda indemnización para intentar la acción de reparación directa; vencido éste no será posible solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habrá operado el fenómeno de la caducidad.

Se tiene entonces, que el inicio del término para intentar la acción coincide con el de la ejecución del hecho, omisión u operación administrativa, ocupación temporal o permanente del inmueble y sólo en eventos muy especiales, como aquellos en los cuales la producción o manifestación del daño no coincide con el acaecimiento de la actuación que les da origen, se ha considerado que el término para accionar debe empezar a contarse desde cuando se produjo la actuación causante del daño o desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia del Alto Tribunal de lo Contencioso:

“Por consiguiente, por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa.

*Excepcionalmente, esta Sala en su jurisprudencia ha tenido en cuenta que el término de caducidad, por alguna de esas conductas administrativas, se cuenta a partir del **conocimiento** del hecho dañino y no a partir de su ocurrencia, precisamente, porque el hecho no se hizo visible.”³*

Posición ratificada en sentencia de 16 de agosto de 2001, exp: 13.772, en el cual la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó:

“...en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto.

³ Consejo de Estado, sentencia de 11 de mayo de 2000, Rad 12200, C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez

No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurra con su origen”.

En el presente caso, considera la Sala que la acción fue iniciada oportunamente, por cuanto la providencia por la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, negó las pretensiones de la demanda de reparación directa instaurada por el actor, declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, se encuentra calendada en fecha 04 de octubre de 2005 (FI.165), es decir que en principio diríamos que el término que se tomaría para contabilizar la caducidad de la presente acción de reparación directa, es a partir de la notificación por anotación en edicto de fecha 14 de octubre de 2005, desfijado el día 19 de octubre de 2005, tal y como consta en la constancia expedida por el Secretario General del Tribunal Administrativo de Bolívar, visible a folio 327 del expediente.

No obstante lo anterior, la parte demandante manifiesta en la presente demanda, en el acápite de los hechos, hecho No. 21, que la sentencia de fecha 4 de octubre de 2005 fue apelada, sin embargo por auto de fecha 26 de febrero de 2006 se declaró improcedente el recurso, ya que por la ley 945, el proceso era de única instancia en razón de la cuantía.

Ante la afirmación anterior expuesta por el demandante en la presente demanda, ésta Sala considera que este hecho quedó demostrado dentro del expediente, toda vez que, a folio 171- 188 del cuaderno principal y 412-428 del cuaderno No. 2, obra recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de octubre del 2005 proferida por este Tribunal.

Así mismo se observa a folio 431-433 del Cuaderno No. 2, que reposa providencia de fecha 21 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, donde se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha cuatro (4) de octubre de 2005, dictada por este Tribunal, por improcedente, razón por la cual el termino de caducidad de la acción se debe contabilizar es desde la ejecutoria de esta providencia.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, y que la demanda fue presentada ante la oficina de reparto de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cartagena el día 8 de febrero de 2008, esta Sala considera que fue radicada oportunamente, toda vez que a la fecha en que esta fue presentada , aún no habían transcurrido los dos (2) años contados a partir de la ejecutoria de la providencia que rechazó el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, por improcedente, razón por la cual reitera esta Sala que no operó el fenómeno procesal de la caducidad.

3. Objeto de la demanda.

En el presente asunto se persigue la declaratoria de la responsabilidad administrativa del Estado representado en la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de

Administración Judicial de Cartagena, entidades que en criterio del actor, le causaron perjuicios de orden material y moral por “una inocultable falla en el servicio por error judicial, por haber proferido el Tribunal Administrativo de Bolívar , en el proceso radicado bajo el No. 8.924, con ponencia del Magistrado Dr. JAVIER ORTIZ DEL VALLE, la sentencia de fecha cuatro (4) de octubre de 2005, manifiestamente contraria a la ley y que a su juicio bloqueo la pretensión indemnizatoria que, por la vía de la acción de reparación directa y con la finalidad de que se le resarcieran todos los perjuicios materiales y morales sufridos en marzo 9 de 1991 con ocasión de un accidente de tránsito ocurrido en la carrera nacional denominada “VIA AL MAR” por falta de señalización de la vía.

4. De los hechos probados

- Se encuentra probado en el expediente que el señor GUSTAVO GOMEZ TORRES nació el día seis de enero de 1968 en la ciudad de Medellín, Antioquia. (fl. 31)
- Que el día 9 de marzo del año 1991, en las horas de la noche, el hermano del actor salió de Barranquilla con destino a la ciudad de Cartagena, transportándose en un vehículo, y que a la altura del corregimiento de “Loma arena” jurisdicción del Municipio de Santa Catalina, Departamento de Bolívar, el vehículo en el que viajaba el hermano del actor se accidento saliéndose de la carretera.
- Quedo demostrado que ocurrido el siniestro, el hermano del actor fue sacado del vehículo y conducido a la ciudad de Barranquilla y fue recluido en la Clínica del Caribe, es decir que la fecha de ingreso a la Clínica del Caribe fue el día 9 de marzo de 1991 hasta el día 27 de marzo de 199, tal y como consta en certificación a folio 71 del expediente.
- Que el hermano del actor fue recluido a la Clínica del Caribe de la ciudad de Barranquilla donde recibió hay sus primeros auxilios, cuidados intensivos y

tratamiento médico, con diagnóstico: Síndrome Sección medular, Fractura columna toraxica, Hemitorax izquierdo. (fl. 71)

- Que el hermano del actor a partir del accidente quedó en estado paralitico, y estuvo así hasta el día de su muerte ocurrida el día 29 de abril de 1993 en la ciudad de Barranquilla.(fl. 30)
- Quedo demostrado que el señor GUSTAVO GOMEZ TORRES, (q.e.p.d.) presentó demanda de acción de reparación directa en contra de la Nación- Ministerio de Transporte, con el fin de que se declarara responsable de los perjuicios ocasionados al señor Gustavo Gómez Torres (q.e.p.d.), a raíz del accidente automovilístico acaecido el día 9 de marzo de 1991 en el Corregimiento de "Loma Arena", jurisdicción del Municipio de Santa Catalina, por causa de falla o falta del servicio.(fl. 165)
- Quedo demostrado que el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el proceso de acción de reparación directa, bajo la radicación No. 8.924, profirió sentencia de fecha 4 de octubre de 2005, Magistrado Ponente Dr. Javier Ortiz del Valle, declarando probada la excepción de Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva, razón por la cual se inhibió para decidir en el presente asunto. (fls. 165-169)
- Que la parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de fecha 4 de octubre de 2005. (fl. 171-187)
- Que mediante providencia de fecha 21 de febrero de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, se rechazó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha cuatro (4) de octubre de 2005, por improcedente.(fl. 431-433. Cuaderno 2).

5. Problema Jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el presente caso, se contrae a

determinar si en el caso bajo examen, concurren los requisitos para que se configure la obligación de indemnizar los supuestos perjuicios causados al demandante con ocasión del presunto error jurisdiccional en el que a su parecer incurrió el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el proceso radicado bajo el No. 8.924, M.P. Dr. JAVIER ORTIZ DEL VALLE, al proferir la sentencia de fecha cuatro (4) de octubre de 2005, en la que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y se inhibió para fallar de fondo las pretensiones de la demanda.

Pero antes de contestar el anterior problema jurídico, considera la Sala conveniente hacer algunos planteamientos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos casos en que se solicita la responsabilidad del Estado por el error jurisdiccional.

En ese sentido habría que decir que antes de la Carta Política de 1991 la responsabilidad signada al Estado por el funcionamiento de la administración de justicia era exótica o excepcional, por no decir inexistente, pues aquella simplemente se predicaba de los funcionarios judiciales pero no directamente el Estado y con fundamento en el artículo 40 del C.P.C. Podría decirse incluso que hoy, continúa en proceso de formación.

Solo con el advenimiento de la Constituyente de 1991 y con la expedición de la Ley 270 de 1996, vino a asignársele responsabilidad al Estado por el mal funcionamiento de la administración de Justicia, cuando se den los supuestos normativos previstos en su artículo 65, al igual que en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época.

El citado artículo 65 de la ley 270 en el inciso segundo indica que *“En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad”*.

Es decir luego de la promulgación de la Constitución de 1991, el viraje en materia de responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la administración de Justicia ha consistido en erigir dicha tesis bajo tres modalidades:

- Por error jurisdiccional
- Por el mal funcionamiento de la administración de justicia
- Por la privación injusta de la libertad

Como quiera que el título de imputación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el caso sub examine es el de error jurisdiccional, a continuación se procederá a estudiar dicho régimen.

Del Error Jurisdiccional

Ahora bien, se observa que como parte de las actividades propias de la Administración de Justicia, hay lugar al trámite de procesos dentro de los cuales son múltiples las actuaciones u omisiones que pueden constituirse en fuente de daños a terceros, algunas de ellas contenidas en providencias judiciales, otras en hechos concretos y unas más en simples trámites secretariales o administrativos; es por ello que surgió doctrinal y jurisprudencialmente una clasificación, posteriormente recogida por el legislador, en relación con los eventos de responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia, que comprende los casos, consagrados hoy en día en los artículos 66, 68 y 69 de la Ley 270 de 1996, correspondientes a la privación injusta de la libertad, al error jurisdiccional y al defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia.

Ahora bien en lo referente al concepto del error judicial o jurisdiccional, en sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional manifestó que *"el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha*

*desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y de las pruebas aportadas*⁴.

El error judicial, se configura o materializa a través de una providencia proferida en ejercicio de la función de impartir justicia. La ley 270 de 1996, recoge esta figura en nuestro derecho y la define como: *“el cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley.”* (Artículo 66). Son presupuestos para que se produzca el error judicial generador de responsabilidad estatal, los siguientes:

- Que conste en una providencia judicial respecto de la cual se hayan agotado los recursos ordinarios legalmente procedentes. Mediante el ejercicio de los recursos procedentes contra la providencia judicial el interesado solicita al órgano judicial que corrija el yerro, de manera que cuando no agota estos medios de defensa judicial el perjuicio sería ocasionado por su negligencia y no por el error judicial; en estos eventos se presenta una culpa exclusiva de la víctima que excluye la responsabilidad del estado.
- Que la providencia sea contraria a derecho, sin que esto signifique que la contradicción tenga que ser grosera, abiertamente ilegal o arbitraria⁵.

De igual forma, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado se ha encargado de precisar las características identificadoras de error judicial y del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia. Es así como en sentencia del 27 de enero de 2012, el H. Consejo de Estado en Sección Tercera

⁴M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Cabe advertir que, en sentencia del 15 de septiembre de 1994, expediente 9391, la Sección Tercera del Consejo de Estado también considero que el error judicial solo puede surgir de una errónea apreciación de los hechos, una manifiesta equivocación o una grosera utilización de la normatividad jurídica.

⁵CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente RICARDO HOYOS DUQUE Bogotá, D.C., veintidos (22) de noviembre dos mil uno (2001) Radicación número. 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164), Ver auto del 14 de agosto de 1997, Exp. 13258 de la Sección Tercera y sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional

Subsección "A", radicado interno No. 22205, bajo la ponencia del Consejero CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA, sostuvo:

"Para que se abra paso la responsabilidad patrimonial del Estado, por el error judicial, es necesario que concurren los siguientes elementos: i) que dicho error esté contenido en una providencia judicial; ii) que ésta sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial y iii) que el afectado hubiere interpuesto contra la citada providencia los recursos procedentes.

Es preciso anotar que se incurre en error judicial en providencias por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho. Dicha responsabilidad también se hace extensiva a los errores en que incurran los demás agentes del Estado que, sin pertenecer a la Rama Jurisdiccional, cumplan la función de administrar justicia. El error judicial puede ser de hecho o de derecho, en este último caso por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma procedente, pero además deben quedar incluidas en el concepto de error jurisdiccional las providencias que contraríen el orden constitucional.

No es necesario que la providencia sea constitutiva de una vía de hecho, esto es, que se trate de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que obedezca a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, como lo entendió la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 66 de la Ley 270 de 1996, porque ello implicaría desconocer la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto dicha disposición prevé que se debe indemnizar todo daño antijurídico que llegare a ocasionarse, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa .

Dado que el artículo 90 de la Constitución de 1991 y la Ley 270 de 1996 conciben el error judicial de una manera objetiva, para su configuración basta que la providencia que lo contenga cause un daño antijurídico y que éste

resulte imputable a la administración de justicia, pues la noción de culpa grave o dolo queda diferida a los eventos en los que se pretenda demostrar la responsabilidad personal del funcionario.

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habría que decir que éste, a diferencia del error judicial, se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.

Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales. Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, “quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación”.

*Hechas las anteriores precisiones, puede concluirse que en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, inclusive antes, como se anotó, y de la Ley 270 de 1996, el Estado está en la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que estén acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, esto es, que se haya causado un **daño antijurídico**, que éste resulte **imputable a una actuación u omisión de la autoridad vinculada a la rama judicial** y que exista un **nexo causal** entre el primero y el segundo.”*

Una vez realizadas las anteriores anotaciones, este Tribunal Administrativo analizará si en el caso *sub judice* se generó el deber jurídico de la entidad demandada de indemnizar los daños ocasionados con la decisión judicial que, a juicio del demandante, constituyó un error jurisdiccional.

6. Caso Concreto.

Aduce la parte demandante que se persigue con la presente acción la declaratoria de la responsabilidad administrativa del Estado representado en la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Cartagena, entidades que en criterio del actor, le causaron perjuicios de orden material y moral por “una inocultable falla en el servicio por error judicial, por haber proferido el Tribunal Administrativo de Bolívar , en el proceso radicado bajo el No. 8.924, M.P. Dr. JAVIER ORTIZ DEL VALLE, **LA SENTENCIA DE FECHA CUATRO (4) DE OCTUBRE DE 2005**, manifiestamente contraria a la ley y que bloqueó según dice, la pretensión indemnizatoria que, por la vía de la acción de reparación directa y con la finalidad de que se le resarcieran todos los perjuicios materiales y morales sufridos en marzo 9 de 1991 con ocasión de un accidente de tránsito ocurrido en la carrera nacional denominada “VIA AL MAR” por falta de señalización de la vía.

Para efectos de pasar a analizar los cargos presentados por el demandante es necesario que este Tribunal en primer lugar revise el material probatorio allegado al expediente relacionado con el daño y la imputación alegada por el actor, entendiendo el daño como el primer elemento a estudiar en un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado, en el caso bajo estudio se concibe este, como el menoscabo patrimonial y moral que se produjo al demandante en razón a la adopción de una decisión judicial que le resultó adversa, y cuyo fundamento jurídico fue errado.

Ahora bien, para analizar este elemento de la responsabilidad no basta con la simple constatación probatoria de que se haya producido la decisión judicial adversa al demandante; sin duda alguna, cuando se trata una litis judicial, ello significa que habrá unos vencedores y unos vencidos, y a estos últimos, por ostentar dicha calidad, no significa que necesariamente se les produzca un daño resarcible.

En los términos anteriores puede afirmarse que la parte vencida en un proceso judicial tiene el deber legal de soportar ese daño, a menos que la decisión que lo puso

en esa situación, haya sido proferida en contraposición al ordenamiento jurídico y vulnerando abiertamente sus derechos constitucionales –incurriendo en un error-.

En el caso sub judice tratándose de una acusación por error judicial, se reitera, el estudio sobre la antijuridicidad del daño adquiere una significativa relevancia, ya que no basta la simple constatación de una decisión judicial, adversa al demandante, sino que se hace necesario revisar con ocasión del estudio del daño, el contenido de la decisión, para efectos de verificar la ocurrencia o no del “error” entendido como presupuesto necesario de antijuridicidad del mismo, para solo en caso de que ello se constate, proceder a revisar lo atinente a la imputación del mismo y la consecuente responsabilidad.

En este orden de ideas, se advierte que obra en el expediente, copia de la providencia de fecha cuatro (4) de octubre de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar⁶, donde se declaró probada la excepción de Falta de Legitimación en la causa por pasiva, y se declaró inhibida esta Corporación para decidir el asunto.

Contra la anterior decisión fue interpuesto recurso de apelación, tal y como consta a folios 170-187 del expediente. No obstante el demandante manifiesto en el hecho No. 21 de la demanda, que si bien interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia antes señalada, por auto de fecha 26 de febrero de 2006, se declaró improcedente el recurso ya que, por la ley 945 de 2005, el proceso era de única instancia en razón de la cuantía.

Ahora sí, entrando a estudiar en el fondo del asunto y los motivos de inconformidad en la presente demanda, observa esta Sala, que el demandante en esta demanda de acción de reparación directa, considera que la Nación – Rama Judicial es administrativamente y patrimonialmente responsables de la totalidad de los daños causados por un supuesto error jurisdiccional, por haber proferido el Tribunal

⁶Folio 165-169.

Administrativo de Bolívar sentencia en la que negaba las pretensiones de la demanda del señor Gustavo Gómez Torres, al considerar que la persona demandada en el proceso no era la legitimada para responder por los daños imputados.

Pues es pertinente reiterar que dentro de proceso radicación No. 8.924, dicha demanda fue presentada el día 16 de febrero de 1993, bajo la consideración que el accidente se debió a la falta de señalización en el lugar del accidente, “falla de servicio imputable al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, hoy denominado Ministerio de Transporte.

Mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el día 4 de octubre de 2005, declaró probada la excepción de Falta de Legitimación en la Causa pasiva, inhibiéndose para decidir en el asunto, por considerar que la carretera vía al Mar , Cartagena – Barranquilla, estaba a cargo de INVIAS, y según lo dicho por el Decreto 2171 de 1992, en su artículo 52, dice que el Instituto Nacional de Vías es un “Establecimiento Público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía Administrativa, Patrimonio Propio y Adscrito al Ministerio de Transporte” y es por ello que esa entidad, es quien ha debido ser demandada, para obtener la indemnización por los perjuicios ocasionados y no el Ministerio de Transporte.

Ahora bien es pertinente señalar que con la expedición del Decreto 2171, por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional; la competencia para conocer de las demandas por la ocurrencia de este tipo de hechos, recayó exclusivamente en el Instituto Nacional de Vías INVIAS.

Esta Sala considera que el error de la parte accionante estuvo en no tomar en cuenta la nueva asignación de competencias, pues este tenía que tener en cuenta la identificación del sujeto pasivo llamado a responder por encontrarse legitimado para ello al momento de presentar la correspondiente demanda de reparación directa.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, en un caso similar, el Honorable Consejo de Estado ha señalado:

“ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por obstáculo en vía pública causado por derrumbe / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - Del Ministerio de Obras Públicas y Transporte dadas sus funciones de fijar políticas de tránsito y transporte y su infraestructura / LEGITIMACION EN LA CAUSA - Del Instituto Nacional de Vías encargado de la infraestructura de carreteras

De conformidad con lo dispuesto en los artículo 5° y 6° del Decreto 2171 de 1992 “por el cual se reestructuró el Ministerio de Obras Públicas y Transporte”, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, al establecer que no existe legitimación en la causa por pasiva frente al Ministerio de Transporte, por cuanto sus funciones se limitan a la fijación de las políticas nacionales en materia de tránsito, transporte y su infraestructura. A contrario sensu, de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 2171 de 1992 la función del Instituto Nacional de Vías – INVIAS es la de “ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras”. Conforme a lo anterior, es claro que el Ministerio de Transporte no es la entidad directamente responsable de adelantar las diversas acciones relacionadas con la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación y conservación de la infraestructura vial a cargo de la Nación.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2171 DE 1992 - ARTICULO 5 / DECRETO 2171 DE 1992 - ARTICULO 6

(...)

FALLA DEL SERVICIO POR MAL ESTADO DE VIA PUBLICA - Causó muerte de viajero por derrumbe en vía pública Troncal del Café / FALLA DEL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION – Por falta de señalar derrumbe / FALLA

DEL SERVICIO DEL INSTITUTO NACIONAL DE INVIAS – Por falta de mantenimiento de vía pública

*Acta de levantamiento de cadáver, en la cual se estableció que en el sitio donde fue encontrado el cuerpo del señor Escobar se presentaba un derrumbe; "...vía pública carretera troncal del café, sitio la obra, zona de derrumbe, en el momento del levantamiento llovía constantemente y desprendimiento de lodo y tierra". (...) En cuanto a la falta de señalización del derrumbe obran en el expediente como pruebas, adicional a lo consignado en el acta de levantamiento de cadáver antes señalada, las declaraciones rendidas por el señor Ángel Albeiro Bermúdez y la señora María Marisol García Correa, quienes en la fecha de los hechos se encontraba cercanos a la zona donde se presentaba el derrumbe (...) permite a la Sala establecer que el INVIAS incumplió con el deber de mantenimiento, conservación y señalización de la vía que comunica los municipios de Bolombolo – Amagá – Medellín, constituyéndose en una omisión generadora de una falla en el servicio, lo cual permite imputar el daño antijurídico a la entidad demandada."*⁷

Así mismo otro reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, en un caso similar al de referencia, se señaló:

"4. La legitimación en la causa por pasiva

En la verificación de los presupuestos procesales materiales o de fondo, dentro de los cuales se encuentra la legitimación en la causa, compete a la Sala analizar la legitimidad para obrar dentro del proceso de la parte demandada y su interés jurídico, pues la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o a las demandadas⁸.

Con relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a ella, como la

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de fecha 29 de febrero de 2012, Consejera Ponente: Dra. Olga Melida Valle de la Hoz.

"calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso",⁹ de forma tal, que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas¹⁰.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria, sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Al respecto, no sobra recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:

"(...) La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada (...)"¹¹

Ahora bien, también ha sostenido la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir, de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido, sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la

falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho que enerve el contenido material de las pretensiones, sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo – no el procesal –; si la falta de legitimación en la causa es del demandado al demandante se le negarán las pretensiones, no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho, sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder, y, por eso, el demandado debe ser absuelto.¹²

En el presente caso y conforme a la demanda instaurada, el actor demandó a la Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías, por el accidente que ocurrió el 1° de diciembre de 1995 sobre la vía que de Roldanillo conduce a Zarzal (Valle), al estrellarse aparatosamente en el vehículo en que viajaba el señor Luís Gerardo Valencia, argumentando que el mismo se debió por falta de señalización y mantenimiento de la vía; por omisión en el mantenimiento, conservación, señalización y medidas de seguridad en dicha carretera de carácter nacional. (Fl. 19 C.1)

Respecto del Ministerio de Transporte, quien alegó dentro de su contestación de la demanda la falta de legitimación, se tiene que de acuerdo con la Ley 64 de 1967 se creó el Fondo Nacional Vial como un establecimiento público del orden nacional, con el objeto de construir, conservar y mantener las carreteras nacionales. Desde entonces, el Ministerio de Transporte no ha construido carreteras, toda vez que el órgano ejecutor era el Fondo Vial Nacional. Adicionalmente, mediante el Decreto 2171 de 1992 se reorganizó el sector transporte y se reestructuró el Fondo Vial Nacional por el "Instituto Nacional de Vías - INVÍAS" (Art. 52), cuyo objeto es ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación, en lo que refiere a carreteras (art. 53), por lo cual es acertado considerar que no existe en cabeza del Ministerio de Transporte legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte, y en atención a que el Instituto Nacional de Vías surgió como consecuencia de la reestructuración del Fondo Vial Nacional, efectuada mediante Decreto 2171 del 30 de diciembre de 1992, se entiende que para la fecha en que acontecieron los hechos (1° de diciembre de 1995) el marco jurídico y la competencia en materia de construcción, reparación, mantenimiento y señalización de las vías corresponde, en principio, a este establecimiento público, a diferencia del Ministerio de Transporte, quien solamente fija las políticas en materia de transporte nacional e internacional, y sería la entidad que eventualmente pudiera resultar comprometida de acreditarse los factores de imputación señalados en los hechos de la demanda.”⁸

Teniendo en cuenta los pronunciamientos citados anteriormente, esta Sala considera que con la vigencia del Decreto 2171 de 1992, se dilucidó toda duda en cuanto a la persona que debía ser demandada por los daños sucedidos por falta de señalización de algunas carreteras, por lo que a partir de esa fecha, toda demanda de reparación directa, que tuviera su sustento fáctico en esos mismos hechos, debía ser presentada exclusivamente en contra del Instituto Nacional de Vías “INVIAS”, por ser esta la persona legitimada para ello, es decir que para las demandas dirigidas contra el Ministerio de Transporte, la decisión acertada era declarar la falta de legitimación en la causa pasiva frente a esta última entidad.

Es acertado señalar que al momento en que el apoderado del señor Gustavo Gómez Torres, hermano del hoy accionante, presentó la correspondiente demanda de reparación directa, esto es en el año 1993, ya la entidad demandada no existía, ya que había sido transformado el Instituto Nacional de Vías INVIAS y Ministerio de Transporte repartiéndose las facultades y competencias.

Finalmente concluye esta Sala, que comparte la posición o decisión tomada por el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, a través de la sentencia de fecha 4 de

⁸ Consejo de Estado, Sentencia de fecha 14 de marzo de 2012, Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

octubre de 2005, proferida por el Magistrado Ponente Dr. Javier Ortiz del Valle, en su acertada decisión de considerar que la entidad demanda no se dirigió contra la persona que al momento de instaurarse la demanda, estaba facultada para conocer y responder por los hechos que generaron la reclamación.

Bajo esta óptica considera la Sala que no se vislumbra que el funcionario judicial hubiese cometido un error judicial, o lo que es lo mismo una providencia contraria a la ley, así las cosas, esta Sala no acogerá las pretensiones del aquí demandante.

Por último, la Sala no hará condena en costas, teniendo en cuenta que en lo contencioso el legislador conservó el criterio subjetivo para su procedencia, es decir se tiene en cuenta la conducta procesal de las partes, esto es, si actuaron con temeridad o mala fe, lo cual en el presente caso no se evidencia; lo anterior con fundamento en el

Artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, que a su tenor literal reza:

“ARTICULO 171. CONDENA EN COSTAS. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, 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.”

VII.- DECISION

Por lo expuesto, la Sala especial de descongestión No.003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

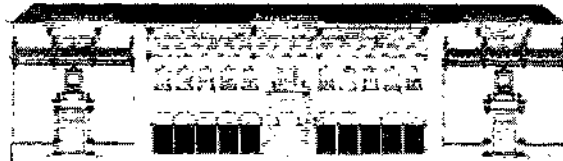
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDINO GALLO

ABC



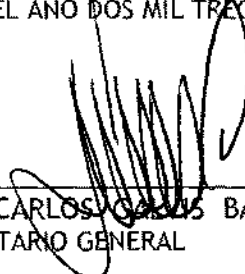
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1239
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE TRANSPORTE E INVIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2011-00566-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

P
f: 224 a 245
(B.C)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 284/2013i

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

TEMA: Falla del servicio por falta de señalización e iluminación en la carretera.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 23 31 004 2011 00566 00

II. PARTES

Demandante: GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA Y OTROS

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE TRANSPORTE- INVIAS

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir en primera instancia la demanda de reparación directa interpuesta por el señor Gilberto Marrugo De La Ossa y otros contra la Nación – Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías “INVIAS”.

IV. ANTECEDENTES

1- HECHOS

PRIMERO. El día 11 de Diciembre de 2010, el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, en horas de la tarde llegó al municipio de Cicuco proveniente de la ciudad de Barranquilla, lugar donde permaneció por espacio de una semana; a su llegada a Cicuco se dirigió al Establecimiento de Comercio denominado LA PARRANDA DISCO BAR, ubicada en el sector Occidental de la Cabecera Municipal, el cual es de su propiedad, razón por la que mi representado permaneció un largo período de tiempo en el denominado sitio, dedicándose a la atención de algunos arreglos locativos, haciéndole mantenimiento a un equipo auxiliar, generador de energía, y posteriormente a prestarle colaboración al administrador del negocio señor ALVARO ANAYA LUNA, en lo referente a la atención del público presente y colocando música.

SEGUNDO. Pasada la media noche el señor MARRUGO DE LA OSSA, salió del establecimiento y tomó su motocicleta Honda Bros de placas LTE-66B, y se dirigió a su residencia ubicada en el sector oriental de la Cabecera Municipal de Cicuco, para lo cual se hacia necesario cruzar el puente sobre el Caño El Violo que comunica a los dos sectores; mi representado en el momento que se desplazaba por el lugar, no se percató del deplorable estado de la vía debido a la falta de iluminación, señalización o control por parte de la autoridad de tránsito, que advirtiera sobre la existencia de una crater con un radio de dos metros aproximadamente de ancho y cuatro metros de profundidad, lo que hizo inevitable que el demandante cayera en el abismo y sufriera lesiones politraumaticas en su humanidad.

TERCERO.- El accidente de tránsito sufrido por el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, debido al mal estado de la vía que comunica al puerto denominado La Bodega, con la ciudad de Mompox Bolívar, exactamente en la cabecera del puente sobre el caño El Violo, sector oriental de Cicuco Bolívar, la cual está bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Vías INVIAS, ocurrió el día domingo 1 de diciembre de 2010, exactamente a las 12:15am.

CUARTO.- El accidente de tránsito sufrido por el actor, se originó producto de la negligencia del Instituto Nacional de Vías - INVIAS, debido a que en el lugar de los hechos no existía ningún tipo de advertencia, iluminación, señalización y mucho menos restricción que impidiera el paso por el lugar o revelara la existencia del cráter que produjo el volcamiento y por ende las graves heridas al demandante.

QUINTO.- En virtud de lo sucedido el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, sufrió múltiples facturas en su rostro, alterando por completo su estado normal y conllevándolo a ser sometido a varias intervenciones quirúrgicas de carácter reconstructivo, como por ejemplo la herida sufrida a la altura del ojo izquierdo, que producto de los respectivos procedimientos e intervenciones quirúrgicas, le deja una cicatriz de carácter permanente, lo que ha generado en mi representado un trauma psicológico.

SEXTO.- Por otro lado, la víctima también sufrió una doble fractura a la altura de la séptima y octava vertebra torácica, lo que hizo necesario la práctica de una cirugía (laminéctomia), que consistió en la reconstrucción de las vertebrae con material sintético, con lo que se alteró el estado normal de su integridad física y funcional e impidiendo su libre y corriente desenvolvimiento en su diario vivir.

SEPTIMO.- El señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, antes de sufrir el siniestro en cuestión, era una persona dinámica, alegre y muy social; hoy por el contrario se encuentra sumido en una pena moral ocasionada por la incómoda y penosa situación de haber tenido que someterse a varias intervenciones quirúrgicas, y posteriormente a una larga y dolorosa recuperación, lo que ha traído consigo que su estado de ánimo y psicológico se hayan afectado impidiéndole un buen desenvolvimiento en sociedad.

OCTAVO.- El accidente sufrido por el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, ocasionó perjuicios morales (PETITUM DOLORIS) a él y a toda su familia, consistente en la pena moral, el hecho de verse expuesto a la muerte por una irresponsabilidad

del estado y el afligimiento que produce un suceso tan trágico como el ocurrido, perjuicios que tienen causal con la falla en el servicio de la Administración Pública (Ministerio de Transporte – Instituto Nacional de Vías).

NOVENO.- El hecho involuntario ocasionó lesiones y traumas severos en la humanidad del señor MARRUGO DE LA OSSA, causándole secuelas permanentes e irreparables que le impiden desempeñándose como supervisor de producción en la industria del petróleo, debido al gran esfuerzo físico y mental que se requiere para poder desarrollar esta actividad.

DÉCIMO.- El demandante derivaba su sustento y el de su familia de los ingresos que percibía en su condición de Supervisor de Producción en la Industria del Petróleo, de la firma REDES HUMANAS S.A. Lo que le permitía obtener un ingreso mensual de \$4.300.000.00 (Cuatro Millones Trescientos Mil Pesos Moneda Legal Colombiana), situación esta que cambió a partir del día 12 del mes de Diciembre del año 2010, fecha en que sufrió las lesiones politraumáticas en su humanidad, a consecuencia del accidente de tránsito padecido, debido al mal estado de la vía que comunica al puerto denominado La Bodega, con la ciudad de Mompox Bolívar, exactamente en la cabecera del puente sobre el caño El Violo, Sector oriental de Cicuco Bolívar.

ONCE.- El actor en la actualidad no puede desempeñarse como Supervisor de Producción en la Industria del Petróleo, debido a las secuelas que padece a consecuencia de las lesiones sufridas en su Humanidad, lo que ha conllevado al desmejoramiento de sus condiciones de vida y la de su familia.

DOCE.- Lo anterior lo confirman las Historias Clínicas del señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, expedidas por las entidades hospitalarias en donde fue atendido.

2- PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare que la Nación- Ministerio de Transporte- INVIAS-, son administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsables de los perjuicios ocasionados a cada una de las personas demandantes, por las Lesiones Politraumáticas recibidas en la humanidad del señor Gilberto Marrugo de la Ossa, como consecuencia del Accidente de Tránsito sufrido el día Domingo 12 de Diciembre de 2010, debido al mal estado de la vía que comunica al puerto denominado La Bodega, con la ciudad de Mompós Bolívar, exactamente en la Cabecera del Puente sobre el Caño el Vilo, Sector Oriental de Cicuco Bolívar, dicha carretera pertenece a la red vial a cargo del Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y es del orden nacional red primaria.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria primera, se condene a la NACIÓN- Ministerio de Transporte -INVIAS-, a pagar a cada uno de los demandantes a título de indemnización los siguientes conceptos:

***Perjuicios Materiales**

-Lucro Cesante: para la época de los hechos el demandante contaba con 52 años, se encontraba laborando como Supervisor de Producción de Industria Petrolera con un ingreso básico de \$4.300.000.00 y teniendo en cuenta que la vida probable de una persona en Colombia está en 76 años de edad, solicita la parte demandante se condene por la suma de: \$ 1.195.400.000.00

TERCERA: Como consecuencia de las declaratorias anteriores, se condene a la Nación- Ministerio de Transporte- INVIAS-, a pagar a cada uno de los demandantes a título de indemnización por los perjuicios morales subjetivos, el equivalente en salarios mínimos mensuales legales vigentes, a la fecha de ejecutoria de la sentencia así:

El pago de 100 salarios mínimos para cada uno de los demandantes¹.

CUARTA: Que la liquidación y pago de las sumas reconocidas como resultado de ésta acción, se hará en sumas de dinero de curso legal en Colombia, devengando intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta el momento del pago efectivo conforme a lo consagrado en los artículos 177 y 178 del C.C.A. En concordancia con lo consagrado en el artículo 191 del Código Procedimiento Civil y 884 del Código de Comercio. Con fundamento en el artículo 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a los intereses.

QUINTA: La sentencia que éste Despacho profiere en este caso, se le dará cumplimiento en el término improrrogable señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

B.- ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

Ministerio de Transporte

El ente ministerial, dentro de las razones de su defensa esgrime que debe ser exonerada de toda responsabilidad por el accidente a que se refiere el demandante, pues sostiene que la Nación- Ministerio de Transporte, no construye ni conserva carreteras nacionales desde el año 1967; puesto que el Ministerio de Transporte es un organismo eminentemente regulador, planificador y normativo de la políticas del Gobierno Nacional, en el sector transporte y carece de funciones de tipo operativo y ejecutor en cuanto a construcción, conservación y mantenimiento de vías se refiere, conservando tal competencia con la expedición del Decreto 101 de 2000 y 87 de 2001.

¹ Gilberto Marrugo de la Ossa (víctima directa); Lina María Marrugo Soraca (hija de la víctima); Lida Mercedes Polo de Marrugo (cónyuge de la víctima); Karem Marrugo Polo (hija de la víctima); Mayra Alejandra Marrugo Polo (hija de la víctima), Carlos Andrés Marrugo Polo (hijo de la víctima) y Luz María de la Ossa (madre de la víctima).

Aduce que el Instituto Nacional de Vías, como entidad encargada de la conservación y mantenimiento de las carreteras nacionales le corresponde colocar y demarcar las señales de tránsito en las mencionadas vías. Como igualmente le corresponde a los departamentos y a los municipios la señalización dentro de su perímetro, de aquellas carreteras que les hayan sido entregadas como lo dispuso la Ley 105 de 1993 o de las vías que sean de su propiedad.

Como excepciones propone: i) Falta de legitimación en la causa por pasiva; ii) Inexistencia de la obligación y iii) Falta de responsabilidad.

Instituto Nacional de Vías –INVIAS-

El apoderado de dicho ente demandado presentó contestación de la demanda pero sin anexar poder para actuar durante el trámite de la primera instancia, por tanto se tuvo como NO contestada la misma².

C. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La señora agente del Ministerio Público, al rendir concepto sobre el proceso de la referencia solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Dentro de sus consideraciones se exponen las siguientes:

“Conforme lo expuesto, tenemos que es claro que el Instituto Nacional de Vías –INVIAS- es responsable directo de la “construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia”, y como tal le correspondía velar por la adecuada señalización de los trabajos que efectuaban sobre la carretera en la que se accidentó el accionante, obligación

² Folio 153 a 156 (1 Cuaderno)

que subsiste así contrate con un tercero la construcción de la obra pública sobre la vía”.

Por tanto, es claro que el demandado Instituto Nacional de Vías es responsable y tendrá que indemnizar patrimonialmente a los afectados por el accidente de tránsito ocurrido el 11-Diciembre-2010, pues el conductor de la motocicleta, en la que se movilizaba, no advirtió el obstáculo sobre la carretera, ni podía hacerlo por indebida señalización, siendo ésta omisión la causa adecuada y eficiente del daño, pues quedó comprobada la falta de señalización en el frente de trabajo sobre la vía, la obra pública no tenía las señales de aproximación requeridas, necesarios a más que no hacía presencia el personal exigido para regular el tránsito omisiones éstas que nos llevan a solicitar que se acceda a las pretensiones de los demandantes, declarando la responsabilidad patrimonial del Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, por el accidente que causó las lesiones a Gilberto Marrugo de la Ossa. (...)”

Finalmente sostiene que, muy a pesar de encontrarse demostrado en el expediente que el actor se encontrare, al momento de ser atendido en el centro hospitalario, “confuso, con aliento alcorado, desorientado (...)” y tal situación se aduzca por la entidad demanda –INVIAS-, las fallas en la prestación del servicio de señalización vial son imputables a INVIAS, y fue indudablemente la causa adecuada y eficiente del accidente de tránsito de que se trata.

De igual forma solicita prosperen las excepciones propuesta por el Ministerio de Transporte y se declare al Instituto Nacional de Vías –INVIAS- administrativa, extracontractual y patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes.

V. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue presentada el día 19 de agosto de 2011 y admitida por ésta Corporación el día 04 de octubre de 2011.
- Fue fijado en lista el día 23 de noviembre de 2011 y desfijado el día 6 de diciembre de 2011.
- Mediante auto de fecha 03 de febrero de 2012 se procedió a abrir el proceso de la referencia.
- En auto de fecha 24 de septiembre de 2012, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público a fin que rindiera su concepto.
- Finalmente pasa al despacho para fallo.

VI.- CONSIDERACIONES.

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

1. La competencia.

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 132 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente para conocer en primera instancia de las acciones de reparaciones directas cuya cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; en el caso que se plantea, observa la Sala que el valor de las pretensiones sobrepasan los dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. Caducidad

Los hechos objeto de la presente demanda ocurrieron según lo manifestado por el accionante el 12 de diciembre de 2010; la demanda fue presentada el 19 de agosto de 2011 (Folio 08), es decir, dentro del término de dos años dispuesto

en el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

3. Objeto de la demanda

Pretenden los demandantes que se declare que las entidades públicas demandada, son administrativamente responsable de las lesiones personales producidas al señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, con ocasión del accidente que sufrió cuando conducía la motocicleta de placas LTE-66B, marca Honda Bross, de su propiedad, quien conduciéndola el día 12 de diciembre de 2010, se volcó por un orificio que se encontraba a la bajada del puente sobre el caño El Violo, puente que comunica el sector occidental de la cabecera municipal de Cicuco (Bolívar) con el sector oriental; manifiesta el demandante que accidente que obedeció a la falta de señalización y mantenimiento de la vía, y a omisión en el mantenimiento, conservación, señalización y medidas de seguridad en dicha carretera de carácter nacional.

Por consiguiente pretende que las entidades demandadas sean declaradas responsables de la totalidad de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados y que como consecuencia de la anterior declaración, se hagan las respectivas condenas por perjuicios materiales y morales.

4. Problema Jurídico a resolver

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda y su contestación, el problema jurídico se contrae a determinar ¿si se debe declarar administrativa y solidariamente responsable a la Nación – Ministerio de Transporte – y al Instituto Nacional de Vías "INVIAS", por las lesiones producidas al señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, ocurridas el 12 de diciembre de 2010?

No obstante lo anterior, deberá determinarse en primer lugar sí ha de prosperar o no la excepción propuesta por la Nación- Ministerio de Transporte, en cuanto a la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Legitimación en la causa por pasiva

El H. Consejo de Estado ha manifestado sobre el tema:

*“La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material. La legitimación de hecho es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye estar legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y le atribuye estar legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio **la legitimación material en la causa** alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no.*

Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo están quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda.

En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa o por activa o por pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado³”.

³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ - once (11) de agosto de dos mil cinco (2005) - Rad No.: 63001-23-31-000-1996-04281-01(15648) - Actor: LUIS FERNANDO ALZATE HOYOS Y OTROS - Demandado: NACION - MINTRANSPORTE - INVIAS Y OTRO.

En el caso encontramos que la parte actora hizo imputaciones jurídicas de omisión: a la NACIÓN –Ministerio de Transporte y al Instituto Nacional de Vías –INVIAS-. El ente ministerial aduce falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y falta de responsabilidad.

El H. Consejo de Estado, en la referida sentencia en la que se pronunció acerca de las diferentes formas de legitimación en la causa, realizó un detallado análisis de las obligaciones legales de las entidades hoy demandadas, y precisó la evolución normativa que ha servido de base para la transferencia gradual de las vías del orden nacional, a los diferentes entes territoriales; veamos:

*“La Carta Política autorizó al Gobierno Nacional, en el artículo 20 Transitorio, para suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos etc., con el fin de adecuarlas a los mandatos de esa reforma constitucional y, en especial, a **la redistribución de competencias** y recursos que ella establece. En virtud de esta autorización el Presidente de la República, el Instituto Nacional de Vías apareció como consecuencia de la reestructuración del Fondo Vial Nacional, que se realizó mediante **decreto ley 2.171 del 30 de diciembre de 1992**, proferido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Carta Política que autorizaba al Gobierno Nacional a suprimir, fusionar o reestructurar las entidades de la Rama Ejecutiva, los Establecimientos Públicos etc. con el fin de adecuarlas a los mandatos de esa reforma. En ese decreto ley se reestructuró el Fondo Vial Nacional como el Instituto Nacional de Vías, con el objetivo de “ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras”, y se estableció como una de sus funciones “Ejecutar la política del gobierno nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia” (arts 52, 53 y 54).*

A dicho **MINISTERIO** le precisó, entre otros que le corresponde “preparar los planes y programas de construcción y conservación de la infraestructura de todos los modos de transporte, de conformidad con la ley” (art. 6 num. 11) y “preparar los planes y programas de financiación e inversión para la construcción, conservación y atención de emergencias de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación” (art 6. num. 12). Las funciones de este Ministerio están referidas al diseño y fijación de políticas nacionales en materia de tránsito y transporte y su infraestructura, así como de las demás políticas de planeación de las autoridades que integran el sector transporte, y la orientación y vigilancia de la ejecución de las mismas. Dicho

Ministerio es pues el órgano rector del sector transporte y frente a esta competencia tiene los objetivos de “definir, orientar y vigilar la ejecución de la política nacional en materia de tránsito, transporte y su infraestructura” y “formular, coordinar, articular y vigilar la ejecución de las políticas de planeación de los organismos que integran el sector transporte” (art. 5 ib); es además el organismo que define las políticas integral de transporte y generales aplicables al interior de cada modo de transporte “las cuales deben tener como objetivo la prestación de un servicio eficaz, seguro, oportuno y económico en todo el territorio nacional” (art. 3 ib).

Dentro de la estructura del Ministerio, la Dirección General de Vías e Infraestructura le asesora “en el diseño y formulación de la política, planes, programas y proyectos de expansión, conservación y utilización de la infraestructura vial a cargo de la Nación, de la red vial departamental y de los caminos vecinales que sean financiados con recursos del presupuesto nacional” (art. 40 num. 1 ib).

En cuanto al **INVÍAS** (establecimiento público de orden nacional), antes Fondo Vial Nacional, el decreto ley mencionado dictado por el Presidente a consecuencia de lo ordenado en la Constitución de 1991, le indicó entre

otras competencias la de “ejecutar las políticas y proyectos relacionados con la infraestructura vial a cargo de la Nación en lo que se refiere a carreteras” (art. 53); “ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura vial de su competencia de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministerio de Transporte” (art. 54 numeral 1º). Además claramente le estableció la competencia para la ejecución de obras de la infraestructura de transporte específicamente la construcción y conservación de la red vial aunque para tal efecto se le prohibió hacerlo en forma directa obligándosele a ejecutarlo por vía de contratación (art. 65)

*Luego, se expidió **la ley 105 de 1993**, la cual previó la transferencia gradual de las vías nacionales hacia los Departamentos y distritos, y dispuso que “La Nación no podrá entregar responsabilidades sin la definición, apropiación o giro de los recursos necesarios. Mientras se hace la entrega, la responsabilidad del mantenimiento la tendrá la Nación” y que “Corresponde a la Nación y a las entidades territoriales la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad, en los términos establecidos en la presente ley” (arts. 12, 60, 16 y 19). Determinó además, la infraestructura de transporte a cargo de la Nación “aquella de su propiedad” nominada red nacional de carreteras compuesta por las carreteras con volúmenes de tránsito superiores al 80%; las troncales; las transversales que son aquellas carreteras que unen las troncales; las que unen las capitales de departamento y aquellas que el Gobierno Nacional ha construido por expreso compromiso con gobiernos extranjeros y por otra permitió la transferencia de vías de la Nación hacia los Departamentos mediante convenio o por solicitud del Departamento y siempre y cuando acreditara capacidad para su rehabilitación y conservación. Por ello el legislador fue claro al establecer que “corresponde a la Nación y a las entidades territoriales la construcción y*

*la conservación de todos y cada uno de los componentes de su propiedad”
(art. 19 ley 105 de 1993)⁴.*

Particularmente, se encuentra que en el lugar donde ocurrieron los hechos –carretera La Bodega –Mompox- Código 7802 entre los PRO+000 al PR38+000, para el mes de diciembre del año 2010, pertenecía a la red vial a cargo del Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y correspondía a una carretera del orden nacional red primaria. (Folio 37)

De igual forma, se encuentra copia del contrato 783-2011 cuyo objeto correspondía a la atención de obras de emergencia en la carretera La Bodega-Mompox, suscrito por el INVIAS con el Consorcio MEGACOM S.A., allegado al plenario como respuesta al oficio No. 894 D0004 expedido por la secretaria de ésta Corporación (Folio 178 a 193)

De acuerdo a lo anterior, observa la Sala que la competencia para el sostenimiento y mantenimiento de la vía La Bodega- Mompox, se encontraba a cargo del Instituto Nacional de Vías –INVIAS-, evidenciándose la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Transporte, ya que a dicho ente le corresponde el diseño y fijación de políticas nacionales en materia de tránsito y transporte y su infraestructura, así como de las demás políticas de planeación de las autoridades que integran el sector transporte, y la orientación y vigilancia de la ejecución de las mismas. Siendo pues el órgano rector del sector transporte como objetivos “definir, orientar y vigilar la ejecución de la política nacional en materia de tránsito, transporte y su infraestructura” y “formular, coordinar, articular y vigilar la ejecución de las políticas de planeación de los organismos que integran el sector transporte.”

Así las cosas, verifica la Sala que la persona pública legitimada materialmente en la causa por pasiva corresponde al –INVIAS- al encontrarse a cargo de la vía que conduce La Bodega a Mompox en el Departamento de Bolívar.

5. Del régimen de responsabilidad aplicable

⁴ Ibidem

Dicho lo anterior, también es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el libelo de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada dentro del régimen de la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 90 que dice:

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

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

De ésta modalidad de responsabilidad del Estado, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposos, de la

*persona o personas que encarnan el órgano administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional”.*⁵

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.
- 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.

El daño que los demandantes imputan a la parte demandada en el presente proceso, se produjo con ocasión de las múltiples lesiones generadas por el accidente de la motocicleta de placas LTE-66B, marca Honda Bross, de propiedad del actor, quien conduciéndola el día 12 de diciembre de 2010, se volcó por un cráter que se encontraba a la bajada del puente sobre el caño El Violo, puente que comunica el sector occidental de la cabecera municipal de Cicuco (Bolívar) con el sector oriental; manifiesta el demandante que accidente se produjo por la falta de señalización y

⁵ Consejo de Estado. Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6515.

mantenimiento de la vía, y a la omisión en el mantenimiento, conservación, señalización y medidas de seguridad en dicha carretera de carácter nacional.

De acuerdo a lo anterior, para el caso bajo examen, considera acertada la escogencia del régimen de responsabilidad por falla del servicio probada, según el cual para que se estructure la responsabilidad extracontractual del Estado, se hace necesario que se configuren tres elementos, a saber:

- 1) La existencia de una falla en el servicio originada en una omisión, negligencia o en un acto o un hecho de la administración.
- 2) Un daño como consecuencia de esa actuación, omisión o negligencia de la Administración y
- 3) Que existe una relación de causalidad entre el daño y la falla en el servicio, es decir que de no haber mediado la omisión, no se hubiera producido el daño.

Además de los anteriores elementos se requiere que no se presenten las circunstancias por las cuales, el Estado puede exonerarse de responsabilidad, tales como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de terceros.

Hechas las anteriores precisiones conceptuales, procedemos a verificar si se encuentran o no reunidos los presupuestos para derivar responsabilidad administrativa a las entidades demandadas con fundamento en la falla del servicio probada, como consecuencia de los hechos que han sido puestos de presentes en ésta demanda.

Y lo cierto es que esta Sala como respuesta al problema jurídico planteado, comparte el criterio del demandante en el sentido de que dentro del expediente, sí existen elementos de convicción que llevan a la Sala a la certeza que están reunidos los presupuestos o requisitos esenciales de la falla del servicio, y bajo los cuales se

puede a su vez edificar una declaratoria de responsabilidad en contra del Instituto Nacional de Vías "INVIAS".

Del daño.

El concepto del daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991⁶ hasta épocas más recientes⁷, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Este concepto del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal, armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración⁸.

Cabe precisar que en el análisis del caso concreto se tendrán en cuenta los documentos traídos al proceso. En relación con estas pruebas se surtió el principio de contradicción, por cuanto han estado dentro de este proceso a disposición de la contraparte, sin que le hayan merecido réplica alguna.

Se encuentra acreditado en este caso el hecho dañino, consistente en los daños ocasionados a la integridad del señor actor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA⁹, los cuales procederemos a identificar así:

- Para el día en que ocurrieron los hechos, 12 de diciembre de 2010 ingresó el actor al Hospital Local de Cicuco- Bolívar- en el servicio de urgencias con

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996.

⁹ Se precisa que muy a pesar la mayoría de los documentos acompañados a la demanda se encuentran en copias simples, la Sala otorgará valor probatorio a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el art. 254 de la ley procesal civil, con fundamento en el principio de la buena fe y el de lealtad procesal, y en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia, toda vez, que no se evidencia dentro del plenario que las mismas hayan sido tachadas o controvertidas por los apoderados de las entidades demandadas al momento de contestar la demanda.

múltiples heridas en cráneo, cara, tórax y abdomen. Da cuenta la historia clínica allegada al plenario que al realizársele el examen físico se evidencia aliento alcoholizado y desorientado en sus tres esferas mentales (persona, espacio y tiempo). Por manifestación de familiares que lo acompañan aducen que las heridas fueron producto de un hueco ubicado en la cabecera del puente que comunica el puerto de La Bodega con Mompox. Se informa que no hubo colisión con vehículo alguno. (Folios 40 a 43)

- Narra dicha historia clínica en cuanto a los hallazgos: *“Marcado edema de cara, con herida múltiples y excoriaciones, herida con sangrado activo en zona, sangrado activo en tejido blando (...) de aproximadamente 2 cms de maxilar inferior que compromete piel y tejido ocular. Cuello móvil, tórax con excoriaciones en la piel, edema por zonas. Sin dificultad respiratoria (...)”*
- Posteriormente es remitido a la Clínica La Candelaria IPS (Folios 45 a 57) y en el certificado de su estancia hospitalaria se observa: “con diagnóstico de politraumatismo por accidente de tránsito + trauma facial+ trauma encéfalo craneano leve y egresa por Remisión a la ciudad de Barranquilla el día 14 de diciembre de 2010 a las 15:00 horas con el diagnóstico de politraumatismo por accidente de tránsito + trauma máxilofacial para manejo integral por Traumatología, Cirujano y Otorrinolaringología tal y como consta en la historia clínica.” (Folio 44)
- Historia clínica de la ORG Clínica General del Norte (Folios 67 a 112) en la cual se especifica: “Cuadro clínico caracterizado por la presencia de trauma a nivel de cara que se presentó posterior a una caída de una altura de 1 metro mientras cruzaba por un puente artesanal con una moto de la mano, encontrándose en estado de embriaguez, motivo por el cual consulta a hospital de Magangue donde le iniciaron manejo y deciden remitirlo posteriormente para manejo” En la revisión por sistema se encuentra: “Edema + Equimosis en cara”. (Folio 83)

- A folio 58 obra certificación de la Clínica Altos de SAN Vicente, en el que consta que al señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA estuvo hospitalizado por un día y se le realizó cirugía Osteotomía Lefort II¹⁰ con fijación interna + Septorinoplastia funcional¹¹.

De otro lado, no obstante no se encontrase informe policial rendido sobre el accidente se puede corroborar a partir del acta de denuncia entablada por señora Lida Mercedes Polo de Marrugo (cónyuge de la víctima) que la vía en la cual ocurrió el siniestro no se encontraba iluminada *“y no contaba señalización o cualquier otro tipo de control que advirtiera la existencia de un hueco con un radio de dos (2) metros aproximadamente de ancho y cuatro (4) metros de profundidad (...)”*

Así mismo, es posible deducir de acuerdo al testimonio del señor Jamel José Yanez Castro (Fls. 123-124) en el cual manifiesta que *“(...) en ese sitio no había ningún tipo de señalización que advirtiera la existencia de ese hueco, el cual tenía ya varios días, tan es que unos días después se fueron a ese mismo hueco varios semovientes, entre ellos caballos y vacas que se mataron instantáneamente y demoraron por varios días en ese hueco, sin que autoridad alguna los retirara.”*; y del testimonio del señor Hernando Turizo Escobar (Fls. 125-126) a través del cual sostiene: *“(...)Quiero decirle al señor Juez, que de cosa ahí no resultaron más personas perjudicadas, ya que ese hueco permaneció un poco de días sin reparar y sin señalización ni iluminación para los que pasaban por ahí, digo que ese hueco se formó por el mal trabajo que hizo la empresa que contrató el INVIAS y ayudado por la fuerte corriente del caño El Violo.”*; que la vía en la cual ocurrió el accidente se encontraba sin ningún tipo de señalización ni iluminación que pudiese advertir sobre el estado de la misma y precaver cualquier

1. ¹⁰ “La osteotomía le Fort es cirugía para fracturar y mover los huesos en su cara. Existen 3 tipos de cirugía Le fort. Cada tipo de cirugía mueve diferentes huesos en su cara.... Durante la cirugía Le Fort II , se le hacen fracturas por encima de su nariz y en la parte superior de su mandíbula.” (Consultado en la página web www.drugs.com/cg_esp/osteotomia-le-fort-precare.html)

¹¹ “Consiste en reformar las estructuras nasales para lograr una nariz estética mente agradable, adecuada al rostro y cuerpo de cada persona. Su principal objetivo es mejorar la funcionalidad y el aspecto de la nariz. La operación dura 1 hora, con una incapacidad de 3 días.

Este procedimiento está indicado cuando el paciente presenta problemas nasales como ronquidos, sinusitis, infecciones respiratorias crónicas o el tabique desviado.” (consultado hoy en internet en la página <http://monicaportilla.com/quirurgicos/septorinoplastia-funcional/>).

tipo de accidentes.

Se tiene, entonces, que de las pruebas mencionadas surge sin lugar a duda alguna que están demostradas las múltiples lesiones que se causaron en la integridad física del señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, el día 12 de diciembre de 2010 y los procedimientos médicos que tuvieron que realizarle.

Hay así un hecho que corresponde exactamente al enunciado por los actores en la demanda, y que se ha comprobado en la forma antes descrita.

Con todo lo que se ha expuesto y los documentos analizados, considera la Sala que el primero de los requisitos para que opere responsabilidad por falla del servicio, esto es que exista “un daño que implique lesión de un bien jurídicamente tutelado”, no admite ninguna discusión; pues todos los documentos analizados llevan a la convicción que indudablemente como consecuencia del accidente que se produjo el día 12 de diciembre de 2010, el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA resultó con graves politraumatismos siendo este un daño antijurídico que los demandantes no estaban obligados a soportar.-

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.

Se debe indagar entonces si en el hecho dañoso descrito, medió una falla en el servicio y, de ser así, determinar si la misma le es imputable a una entidad de derecho público, específicamente, a la que es demandada en el presente proceso.

En el libelo de la demanda consideran los actores que la falla en el servicio por parte de la entidad demandada se configura en la omisión o negligencia que ésta tuvo al no

hacer el debido mantenimiento y señalización de la carretera que comunica el puerto la Bodega con el municipio de Mompox, exactamente el puente que se halla sobre el caño El Violo, ya que en el mismo había un cráter que debió ser refaccionado o señalizado para evitar accidentes.

En ese sentido tenemos que la infraestructura nacional de transporte, su conservación, mantenimiento y señalización es responsabilidad del INVIAS, establecimiento público del orden nacional encargado de esas funciones, según los numerales 2 y 13 del artículo 2° del Decreto 2056 de 2003¹² -disposiciones vigentes para el momento de la ocurrencia de los hechos-. En igual sentido, en cuanto a la obligación de señalización vial, el art. 5 del la Ley 769 de 2002, prescribe:

“DEMARCACIÓN Y SEÑALIZACIÓN VIAL. <Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1383 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> El Ministerio de Transporte reglamentará en un término no mayor de 60 días posteriores a la sanción de esta ley, las características técnicas de la demarcación y señalización de toda la infraestructura vial y su aplicación y cumplimiento será responsabilidad de cada uno de los organismos de tránsito en su respectiva jurisdicción.

PARÁGRAFO 1o. El Ministerio de Transporte respetará y acogerá los convenios internacionales que se hayan suscrito o se suscriban en relación con la reglamentación de la ubicación, instalación, demarcación y señalización vial.

¹² Art. 2°, decreto 2056 de 1992: “FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS. Para el cumplimiento de sus objetivos el Instituto Nacional de Vías desarrollará las siguientes funciones generales: (...)

“2.2. Elaborar conjuntamente con el Ministerio de Transporte los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia. (...)

“2.13. Definir las características técnicas de la demarcación y señalización de la infraestructura de transporte de su competencia, así como las normas que deberán aplicarse para su uso (. .)”

PARÁGRAFO 2o. La información vial y la señalización urbana, deberá hacerse con material antivandálico, vitrificado, que garantice una vida útil mínima de 10 años y, cuando así se aconseje, material retrorreflectante."

De conformidad con lo establecido en el citado decreto 2056 de 2003¹³, el Instituto Nacional de Vías tiene como objetivo el de "la ejecución de las políticas, estrategias, planes, programas y proyectos de la infraestructura no concesionada de la Red Vial Nacional de carreteras primaria y terciaria, férrea, fluvial y de la infraestructura marítima, de acuerdo con los lineamientos dados por el Ministerio de Transporte." Para el cumplimiento de ese objetivo debía atender, entre otras funciones, las de "Ejecutar la política del Gobierno Nacional en relación con la infraestructura de su competencia, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Ministro de Transporte.", y de elaborar conjuntamente con dicho Ministerio, "los planes, programas y proyectos tendientes a la construcción, reconstrucción, mejoramiento, rehabilitación, conservación, atención de emergencias, y demás obras que requiera la infraestructura vial de su competencia".

De otro lado, atendiendo la Resolución No. 1050 de 2004¹⁴ a través de las cuales se expidió el Manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras, proferidas por el Ministerio de Transporte, posteriormente modificada por la Resolución No. 4577 del 23 de septiembre de 2009, expedida por el mismo ente ministerial las señales preventivas tienen por objeto advertir sobre la existencia de calles y carreteras en construcción o sometidas a proceso de conservación, para prevenir riesgos tanto a usuarios como a personas que trabajan en la vía.

Precisa la Sala, que muy a pesar no estuviere aún en ejecución los trabajos sobre la reparación de la vía en la cual se desarrolló el incidente al demandante, sí debió contar la misma con los elementos que indicara el estado en que se encontraba la misma, por ello acudiendo a lo establecido en las normas del Manual sobre el dispositivo para el control de tránsito en calles y carreteras Colombianas, podemos

¹³ El decreto 2171 de 1993 fue modificado, entre otras disposiciones, por los Decretos 105 de 1993, 1566 de 1998, 101 de 2000 y 2056 de 2003

indicar que el ente demandado debió acudir a la señalización del mal estado en que se encontraba la vía.

Para el caso específico de la señalización de calles y carreteras afectadas por obras, contempla en el Capítulo IV toda la normatividad aplicable al momento de encontrarse en ejecución una obra¹⁵. El manual dispone:

“Los dispositivos de seguridad para la regulación del tránsito, deben ubicarse con anterioridad al inicio de la obra, permanecer durante la ejecución de la misma y serán retirados una vez cesen las condiciones que dieron origen a su instalación. Cuando las operaciones se realicen por etapas, deberán permanecer en el lugar solamente las señales y dispositivos que sean aplicables a las condiciones existentes y ser removidas o cubiertas las que no sean requeridas.”

Los lugares de trabajo se delimitan con ayuda de las señales verticales, las cuales pueden ser i) preventivas, ii) reglamentarias y iii) informativas, y se utilizan los dispositivos tales como: las barricadas que deben estar separadas cada 0,20m; los conos; los delineadores tubulares con separación aproximada de 3 metros; las canecas; las barreras plásticas flexibles que para el uso nocturno se debe acompañar con lámpara intermitente; los tabique, cintas plásticas y mallas (estas últimas distanciadas cada tres metros), y finalmente la reja portátil peatonal, que se colocan alrededor del área de trabajo.

De igual forma, en el Manual de Señalización Vial, se consagran otros dispositivos para ser utilizados en horas de oscuridad o en condiciones atmosféricas adversas; tales dispositivos son conocidos como reflectores, luces de identificación de peligro (luces intermitentes), lámparas de encendido eléctrico continuo, luces de advertencia en barricadas; y señales de mensajes luminosos.

¹⁵ Establece en la primera parte del capítulo cuarto que las distintas características de cada obra y la variedad de condiciones en que se pueden presentar, impiden establecer una secuencia rígida y única de dispositivos y normas. No obstante, la realización de obras que afecten la normal circulación del tránsito, deberá ser concordante con las especificaciones técnicas contenidas en dicho capítulo y ofrecer la protección a conductores, pasajeros, peatones, personal de obra, equipos y vehículos.

En la parte final del capítulo IV del Manual, se establecen las pautas para el desarrollo de los Planes de Manejo de Tránsito, los cuales tienen como objetivo general *“mitigar el impacto generado por las obras que se desarrollan en las vías públicas o en las zonas aledañas a éstas, con el propósito de brindar un ambiente seguro, limpio, ágil y cómodo a los conductores, pasajeros, peatones, personal de la obra y vecinos del lugar, bajo el cumplimiento de las normas establecidas para la regulación del tránsito.”*

En este sentido, es preciso recordar lo expuesto por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, respecto al llamado *“Principio de señalización”*. En sentencia del 04 de octubre de 2007, la Sección Tercera bajo la ponencia del Consejero Enrique Gil Botero, se sostuvo:

“Es necesario precisar que, de acuerdo con el mismo ordenamiento, la señalización requerida en las etapas de construcción y conservación de carreteras, cumple con la función de guiar el tránsito, vías en construcción o mantenimiento, donde necesariamente se ha de interrumpir el flujo continuo, el cual debe ser orientado para prevención de riesgos. El dispositivo establece:

“Este tipo de señalización es temporal, su instalación será anterior a la iniciación de las operaciones en las etapas de construcción y conservación, permanecerá el tiempo que duren los trabajos y se eliminará cuando las calle o carretera esté en condiciones de recibir el tránsito”

En el presente caso, no está acreditado que las señales se encontraran instaladas en la vía el día del accidente, por lo que puede afirmarse que no había señalización alguna que indicara de la existencia del peligro. Pero aún, si en gracia de discusión, se da por hecho cierto de que efectivamente se colocaron los dos mecheros, estos se encontraban apagados porque el fuego como lo pone de manifiesto la declaración de Ibeth Cecilia Vergara Palma quien al ser interrogada sobre el particular, señaló: “indíquenos si ellos pueden resistir la

lluvia con intensidad. CONTESTÓ: Con intensidad no porque la lluvia seca el acpm del recipiente” (fol 319 cuad. 1). Circunstancia que además es corroborada al unísono por quienes hicieron presencia en el lugar del accidente a los pocos minutos de ocurrido el mismo y quienes de manera clara y espontánea en la narración de los hechos, dan cuenta de la ausencia de iluminación, no sólo en la vía, sino también en el sitio de los trabajos u obstáculos sobre el carreteable, amén de la falta absoluta de señalización en el lugar de los hechos.

La seguridad de la circulación en las vías públicas, no puede estar comprometida u obstaculizada por situaciones anormales, que en eventos como el de autos, constituyen una trampa mortal para los usuarios de las mismas, quienes al fin y al cabo solo ejercen una pluralidad de derechos y principios consagrados en todo el plexo normativo en esta materia, tales como los que se recogen en las siguientes disposiciones: artículos 678 y 1005 del Código Civil, artículo 8º del decreto 21 de 1909, que hacen referencia al derecho de uso y goce de las vías públicas; el artículo 1º inciso segundo del Código Nacional de Tránsito, el capítulo octavo de la ley 336 de 1996, que desarrollan el principio de la seguridad entre otros; el artículo 24 de la Constitución Política que se refiere a la libertad de locomoción con un derecho fundamental; y todos ellos se acompañan con el denominado principio de la señalización en materia de tránsito de vehículos, en efecto se ha dicho:

“Sobre la importancia de la señalización la doctrina ha llegado inclusive a acuñar la expresión “**Principio de señalización**”, del cual se deriva que cuando las entidades que tienen a su cargo el deber de señalizar las vías públicas, omiten su cumplimiento o lo hacen de manera defectuosa comprometen las responsabilidad de las personas jurídicas en cuyo nombre actúan, por evidente falta o falla en el servicio público, a ellas encomendado. Se ve en este principio, que fuera de construir

carreteras seguras y adecuadas a los requerimientos del tráfico y mantenerlas en buen estado, **la administración tiene el deber primario de ejercer el control, en cuanto al cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que ordenan su señalización** y advierten los peligros. Si por falta o falla de la administración no se advierte a tiempo de los peligros; o advertida de ellos no los remedia; o deja pasar la oportunidad para hacerlo; en todos estos casos y otros similares, el Estado deberá la reparación de la totalidad de los daños y perjuicios que su falla en la prestación del servicio ocasione por la ausencia de señalización en las carreteras, lo que hace que no sean adecuadas y seguras.

La seguridad de los habitantes, o mejor de los usuarios de las vías públicas, **es uno de los deberes propios de las entidades y personas vinculadas al control del tránsito en todo el territorio Nacional**, así lo estableció el Decreto 1344 de 1970¹⁶. Resulta evidente que cuando esa seguridad no es propiciada, antes bien, es cuestionada o puesta en peligro, por la inercia o negligencia de las autoridades llamadas a ejercer el control, las consecuencias gravosas para los particulares, que pueden seguirse de dichas omisiones o cumplimiento defectuosos de tales competencias, han de ser asumidas por las respectivas entidades públicas.

El artículo 112 del Código Nacional de Tránsito Terrestre, considera las señales de tránsito así: Señales de reglamentación, o reglamentarias; señales de prevención o preventivas; y señales de información o informativas. Siendo las de prevención o preventivas aquellas que “tienen por objeto advertir al usuario de la

¹⁶ Art 1º inciso 2º “El tránsito terrestre de personas, animales y vehículos por vías de uso público es libre, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades, para garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes”

existencia de un peligro y la naturaleza de este”. Reviste tanta importancia la disposición sobre estos dos tipos de señales (las reglamentarias y las preventivas), que el propio Código Nacional de Tránsito Terrestre, se ocupó de establecer las dimensiones y características que deben tener las mismas.

La resolución No. 5246 de 1985 proferida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte - hoy Ministerio de Transporte - “por la cual se adopta como reglamento oficial el Manual sobre Dispositivo para control de Tránsito en calles y carreteras”, estableció en su primer considerando: “que la señalización de las calles y carreteras es un aspecto de gran importancia para la seguridad vial del país...”. Lo cual significa o comporta que la adecuada y debida señalización tiene un importancia mayúscula para el desempeño de las actividades de control de tránsito automotor. No se trata simplemente de una competencia facultativa o discrecional en cuanto a su ejercicio, por parte de las autoridades de tránsito, son potestades de imperativo desarrollo, en la medida en que la disposición de dichas señales es un elemento insustituible de la seguridad vial del país. La resolución No. 8408 de 1985, establece la cantidad mínima de señales temporales a utilizar en las calles y carreteras¹⁷. La pluralidad misma de señales temporales, ordenada por esta resolución, en los sitios de peligro en las vías públicas, revela el interés del legislador, y de la propia entidad administrativa, por la seguridad de los usuarios de los medios de transporte terrestre.”¹⁸

¹⁷ Considerando segundo: “Que es necesario establecer la cantidad mínima de señales temporales que se requieran en frentes de trabajo, obstáculos y peligros sobre calles y carreteras con el propósito de brindar mayor seguridad a los usuarios y trabajadores de las mismas”

¹⁸ GIL Botero Enrique. Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ed. Librería Jurídica Comlibros. Tercera edición. Bogotá D.C. Septiembre de 2006. Pag. 248 a 250

En consecuencia, concluye la Sala que hubo incumplimiento de las normas de señalización preventiva en el lugar del accidente, lo cual permite imputar los daños antijurídicos de que trata el presente asunto al INVIAS, entidad encargada del mantenimiento de la ruta 45 tramo 18 comprendido desde el Río Ariguaní hasta la Ye de Ciénaga, como quiera que dicha falla se erige en la causa determinante de los mismos, y en virtud de lo cual se reclama su reparación.”

De conformidad con lo anterior, se concluye que hubo incumplimiento de las normas de señalización en el sitio del incidente, lo cual es constitutivo de falla del servicio, encontrándose de esta manera probado el segundo de los elementos de la responsabilidad.

Haciendo un análisis de las pruebas obrantes observa la Sala que a folios 31 y 32 del expediente, se encuentran anexos documentos contentivos de fotografías aportadas por el demandante en el escrito de demanda, sobre un supuesto “bache” sobre la carretera, y a folio 30 obra copia simple de un recorte de periódico cuyo titular dice: *“Puente de Cicuco a punto de caerse”*. Sobre el particular la Sala trae a colación lo manifestado por el H. Consejo de Estado¹⁹:

“En relación con las fotografías y recortes de periódicos que la parte actora allegó con la demanda y que pretenden demostrar la ocurrencia del hecho, se debe insistir en que, no se hará valoración alguna respecto a las fotografías allegadas, pues carecen de mérito probatorio, toda vez que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso.

¹⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera MP ENRIQUE GIL BOTERO. Radicación N° 54001-23-31-000-1994-08714-01(19572). Sentencia de fecha 23 de junio de 2010. Actor: NANCY CEBALLOS SANCHEZ Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE SAN JOSE DE CUCUTA

Igual situación se presenta respecto a la valoración de los recortes de prensa o periódicos que fueron allegados como prueba; es necesario reiterar que las noticias difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, en términos probatorios, en principio no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la entidad demandada, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados.”

Siendo así las cosas, la Sala no dará valor probatorio a los documentos fotográficos y la copia de recorte periodístico aportados en la demanda por el apoderado del demandante pues carecen de mérito probatorio, toda vez que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes y de una narración de unos hechos, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso.

Empero lo anterior, la Sala observa que a folios 179 a 191 se encuentra copia del contrato de obra No. 783-2011, celebrado para la reparación del puente ubicado en la cabecera el Caño El Violo, cuyo objeto contemplado fue el siguiente: “El contratista se obliga a ejecutar para el INSTITUTO, las obras requeridas para la Atención de Obras de Emergencia en la carretera La Bodega- Mompos (78-03) en el Departamento de Bolívar (...)” Quiere decir lo anterior, que la Administración Nacional sí tenía conocimiento de la emergencia acaecida en dicha vía pero sólo hasta el 8 de julio de 2011 aproximadamente seis (06) meses después de haber acontecido el accidente (Fl.188) es que logra realizarse la celebración del contrato.

Por consiguiente se tiene por demostrado que en la carretera La Bodega- Mompox (ubicada en el Departamento de Bolívar) se encontraba en condiciones precarias para su tránsito y sin ningún tipo de señalización que advirtiera sobre los peligros que se corrían al transitar la misma.

Aunado a lo anterior, y verificada la hora en que ocurrió el percance – aproximadamente las dos de la madrugada (2:00am)- puede establecerse que las condiciones de visibilidad se disminuían, y más aún teniendo en cuenta lo afirmado por los testimonios obrantes en el plenario y en los cuales se encuentra coincidencia sobre las condiciones de iluminación del mencionado lugar, al manifestar que había poca iluminación. Debió por tanto, teniendo en cuenta la oscuridad y la poca visibilidad, existir la iluminación y señalización suficiente, para que dicho suceso no hubiese acaecido.

Así las cosas, las causas posible del accidente parece ser i) de un lado la presencia del citado hueco en la vía, debido a las condiciones desfavorables que reinaba en la zona, pues era de madrugada y sin iluminación, lo tornaron imperceptible frente a los ojos del conductor de la motocicleta y de otro ii) el estado alicorado en que se encontraba la víctima según lo expuesto en la Historia Clínica del Hospital Local de Cicuco –Bolívar- (folio 41) primer centro hospitalario que brindó la atención al actor y que demuestra palmariamente las condiciones que se encontraba minutos después de haber acontecido el accidente.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, considera la Sala que el INVIAS si incumplió su deber de velar por el debido mantenimiento y señalización de la carretera en que ocurrió el accidente del señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, pues, sumado al deterioro de la misma, no ubicó las señales necesarias para prevenir a los usuarios y transeúntes sobre la existencia de los huecos en la vía.

Esto se afirma en razón a que en el caso concreto está acreditado que, pese a la existencia de huecos en la vía –en términos técnicos, “depressiones”-, en la zona del accidente no se encontraba instalada ninguna señal que advirtieran su presencia. Por

tanto, se encuentra que, sumado al incumplimiento de la obligación de mantenimiento de la carretera, se configuró la falla del servicio consistente en la falta de señalización de los huecos presentes en la carretera que significaban peligro para los usuarios y transeúntes, pues de cumplirse con este requerimiento, el conductor de la moto lo hubiera advertido y, eventualmente, evitado el accidente.

En síntesis, para establecer la imputación del daño en eventos como el referido en la demanda, ha de tenerse en cuenta que tratándose de la construcción, mantenimiento, o recuperación de vías, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños que puedan sufrir los particulares que transiten por las mismas, se deduce cuando se acredita que tales daños fueron causados como consecuencia del incumplimiento del deber de adoptar las medidas necesarias y eficaces tendientes a prevenir a las personas sobre la existencia de esos riesgos a fin de que éstas puedan adoptar las medidas necesarias para evitarlos. Ahora, si las personas, advertidas del riesgo al que se exponen deciden continuar la marcha por esas vías, asumen los riesgos y, por lo tanto, los daños que se deriven de su decisión quedan bajo su responsabilidad.

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se produjeron las lesiones al señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, el acervo probatorio está integrado por aquellas pruebas documentales aportadas directamente por las partes y las arrimadas al expediente.

Considera la Sala que las pruebas que obran en el expediente, aunque pocas, permiten concluir que en el caso concreto la responsabilidad patrimonial por las lesiones producidas al señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA es imputable al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, porque incumplió sus deberes de velar por el mantenimiento y buen funcionamiento de la carretera en la que ocurrió el accidente y de adoptar, mientras se cumplía ese deber, las medidas necesarias para prevenir a los transeúntes, sobre la existencia de fallas en la vía, mediante la ubicación de señales eficaces que advirtieran de los riesgos, con la debida antelación, a quienes circularan por ellas, en otras palabras, correspondía a la entidad demandada

demostrar que, a pesar de haber intervenido con su actuación en la producción del daño, la causa eficiente del mismo no fue la omisión en la que incurrió, sino el obrar imprudente del conductor del vehículo siniestrado, y como no logró acreditar ese hecho, no hay lugar a exonerarla.

En conclusión, considera la Sala que en el caso concreto quedó demostrada la omisión del Instituto Nacional de Vías de adelantar las obras de mantenimiento de la vía La Bodega- Mompox, en la cual se produjo el accidente, o de indicar mientras ejecutaban dichas obras, la existencia del obstáculo en la carretera y el peligro que éste representaba, a fin de que los usuarios de la vía tomaran las medidas necesarias para evitar accidentes como el ocurrido.

Con relación a los otros demandados, a saber el Ministerio de Transporte, la Sala accederá a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por este en su contestación de demanda, pues ciertamente no es obligación de esta entidad realizar las actividades correspondientes al mantenimiento o señalización de las vías del orden nacional, por tanto, frente al caso concreto, no puede imputársele la responsabilidad del daño antijurídico ocasionado a los actores, pues ni siquiera existía un deber jurídico previo en tal sentido, según lo expuesto en párrafos anteriores

6. La indemnización reclamada

6.1. De los perjuicios morales

En la demanda se solicitó el reconocimiento de indemnización a favor de los señores GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA (víctima directa); LIDA MERCEDES POLO DE MARRUGO (cónyuge de la víctima); LINA MARÍA MARRUGO SORACA, KAREM MARRUGO POLO, MAYRA ALEJANDRA MARRUGO POLO, CARLOS ANDRÉS MARRUGO POLO (en calidad de hijos de la víctima) y LUZ MARÍA DE LA OSSA (en

calidad madre de la víctima), en valor equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Ahora bien, en cuanto a la legitimación de todos los demandantes para pedir indemnización de perjuicios morales en el caso bajo examen, se encuentra debidamente probado el vínculo de consanguinidad con la víctima GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, en los siguientes infolios:

- Copia auténtica Acta de diligencia de reconocimiento de GILBERTO MARRUGO DE LA OSA expedida por la Notaría Primera de Cartagena y que reposa en el Archivo Histórica. En dicha acta se tiene como madre a la señora LUZ MARÍA DE LA OSSA. (Fl. 21)
- Certificado de Registro civil de nacimiento de la señora KAREM MARRUGO POLO, expedido por la Registraduría del Estado Civil de Mompox (Bolívar). (Fl. 16)
- Copia del Registro civil de nacimiento de la señora LINA MARÍA MARRUGO SORACA, expedido por el Registrador Municipal del Estado Civil de Cicuco Bolívar. (Fl. 17)
- Certificado de Registro civil de nacimiento de la señora MAYRA ALEJANDRA MARRUGO POLO, expedido por la Registraduría del Estado Civil de Mompox (Bolívar). (Fl. 18)
- Certificado de Registro civil de nacimiento del señor CARLOS ANDRÉS MARRUGO POLO, expedido por la Registraduría del Estado Civil de Mompox (Bolívar). (Fl. 19)
- Registro civil de matrimonio entre GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA y LIDA MERCEDES POLO DE MARRUGO, celebrado el 14 de marzo de 1981

mediante ceremonia religiosa e inscrito el 09 de marzo de 2011 en la Registraduría Municipal del Estado Civil- Cicuco (Bolívar) (Fl. 20).

Se encuentra probado entonces el carácter de damnificados de los señores GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA (víctima directa); LIDA MERCEDES POLO DE MARRUGO (cónyuge de la víctima); KAREM MARRUGO POLO, MAYRA ALEJANDRA MARRUGO POLO, y CARLOS ANDRÉS MARRUGO POLO (en calidad de hijos de la víctima) por lo que se accederá a esta pretensión indemnizatoria porque, como lo ha sostenido la Jurisprudencia en forma reiterada, las lesiones a la integridad del padre, cónyuge, e hijo, es un hecho que incide en el ámbito sentimental y psicológico de la familia haciendo presumir el dolor y aflicción que constituye el perjuicio moral que al no poderse resarcir en sí mismo debe serlo en forma económica.

Sin embargo, debe precisarse respecto a: LINA MARÍA MARRUGO SORACA que muy a pesar obra en el plenario copia del registro civil de nacimiento y se demuestre el parentesco con la víctima directa no se halla poder debidamente otorgado al apoderado para que ejerza su representación en la presente actuación; y con relación a la señora LUZ MARÍA DE LA OSSA, se verifica que muy a pesar que obra en el plenario poder debidamente otorgado al señor apoderado DICK ROBER BASTIDAS (Fl. 12) no se encontró su registro civil de nacimiento o en su defecto la partida de bautismo que la identificara; conforme lo anterior se procederá a declarar la falta de legitimación material en la causa por activa respecto de dichas demandantes.

Ahora bien, en la demanda se solicitó la indemnización de perjuicios morales a razón de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; empero, de acuerdo con el criterio que ha sido adoptado por el H. Consejo de Estado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente No. 13.232, cuando se demuestra el padecimiento de un perjuicio moral **en su mayor grado** -caso de muerte del padre, hijo, cónyuge o compañero sentimental-, se reconoce una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Por lo anterior es procedente que la Sala fije en s.m.m.l.v. la indemnización de perjuicios de orden moral a favor de los peticionarios, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos²⁰, la cual está regida por los siguientes parámetros:

(i) La indemnización del perjuicio, que no se trata de restitución ni de reparación, se hace a título de compensación en cuanto "... la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia..."²¹; (ii) la tasación del perjuicio, por razón de su naturaleza inmaterial, se establece con fundamento en el criterio de la equidad; (iii) la determinación del monto deberá sustentarse en los medios probatorios que obran en el proceso, relacionados con las características del perjuicio; y (iv) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad²².

En ese orden, la Sala reitera lo que se ha decidido en casos similares, y determina una indemnización de cincuenta (50) s.m.m.l.v. para el señor demandante GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA en calidad de víctima directa; y para los señores LIDA MERCEDES POLO DE MARRUGO (cónyuge de la víctima); KAREM MARRUGO POLO, MAYRA ALEJANDRA MARRUGO POLO, y CARLOS ANDRÉS MARRUGO POLO, éstos últimos en calidad de hijos de la víctima directa la se determina una indemnización de veinticinco (25) s.m.l.m.v.

De lo anterior debe resaltarse que de acuerdo al régimen de responsabilidad de falla del servicio, en el eventos en que se presente una concurrencia de culpas, es decir

²⁰ Dicha facultad discrecional debe ser ejercida de acuerdo con los lineamientos de la jurisprudencia de la Sala, los cuales "... descartan toda fórmula mecánica o matemática y antes ilustran que esa decisión debe considerar las circunstancias que rodearon los hechos y enmarcarse por los principios de razonabilidad..." (sentencia del 16 de junio de 1994, C.P. Juan de Dios Montes Hernández, radicación No. 7.445, actor: María Luisa Perdomo Lozada) Igualmente puede verse, entre otras, la sentencia del 11 de febrero de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación No. 54001-23-31-000-1993-08025-01 (N.I. 14726), actor: Domingo Antonio Bermúdez, decisión que constituye uno de los muchos ejemplos de aplicación de la facultad discrecional en la tasación de perjuicios inmateriales.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 13232

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 16205.

que el daño se origine por causas atribuibles conjuntamente al particular y al mismo Estado, las sumas dinerarias indemnizables deben ser disminuida dependiendo el grado de culpa de cada uno de los implicados, en el presente caso al existir una responsabilidad del Estado (INVIAS) por el mal estado en el que se encontraba el puente, y la falta de señalización, pero a la vez existir un actuar jurídicamente reprochable por parte de la víctima al conducir una motocicleta en estado de alicoramiento, las indemnizaciones antes reconocidas serán disminuidas en un porcentaje del cincuenta por ciento (50%) por haber participado la víctima a la causación del daño, debido al estado de alicoramiento con el que se encontraba.

Sobre el punto ha precisado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado lo siguiente:

1.2.1. La concurrencia de culpas.

*En relación con esa figura, esta Sección del Consejo de Estado ha sostenido que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio (art. 2.357 Código Civil²³) es aquel que contribuye, **de manera cierta y eficaz**, en la producción del hecho dañino, es decir cuando la conducta de la persona participa en el desenlace del resultado, habida consideración de que la víctima **contribuyó realmente** a la causación de su propio daño²⁴. Al respecto la Sala ha señalado:*

*“b.4. Como para el Tribunal la conducta de la víctima tuvo participación eficiente, más no única, en la producción y para los demandantes ello no es así jurídicamente, se estudiará con mayor precisión ese punto, porque de ser así como lo concluyó el a quo habría lugar a que en la apreciación del daño éste estuviera sujeto a reducción. Al respecto el Código Civil enseña: **“Artículo 2.357. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido***

²³ “Artículo 2357. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.

²⁴ Sentencias del 13 de septiembre de 1999, exp. 14.859, del 10 de agosto de 2005, exp. 14.678 M.P. María Elena Giraldo Gómez y del 17 de marzo de 2010, exp. 18.567.

se expuso a él imprudentemente”.

Sobre este particular la Sala precisa que el comportamiento de la víctima que habilita al juzgador para reducir el quantum indemnizatorio, como lo señala el citado artículo 2.357 Código Civil, es el que contribuye en la producción del hecho dañino (concausa); es decir, cuando la conducta de la persona dañada participa de manera **cierta y eficaz en el desenlace del resultado fatal**. Se hace esta afirmación en atención a que no es de recibo a términos del artículo 90 de la Constitución Política, reducir los alcances de la cláusula general de cobertura de responsabilidad, so pretexto de meras conductas culposas, que no tienen **incidencia causal** en la producción del daño, pues por esa vía se reduciría el sentido y el alcance del valor normativo, contenido en dicho precepto constitucional. Téngase en cuenta que tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado, una vez configurados los elementos estructurales de ésta - **daño antijurídico, factor de imputación y nexos causal** -, la conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del quantum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento tenga las notas características para configurar una **co causación del daño**. En esta dirección puede sostenerse que no es de recibo el análisis aislado o meramente conjetural de una eventual imprudencia achacable a la víctima, si la misma no aparece ligada **co - causalmente** en la producción de la cadena causal.

Bien se ha dicho sobre el particular que la reducción del daño resarcible, con fundamento en el concurso del hecho de la víctima, responde a una razón de ser específica, cual es que la víctima haya contribuido realmente a la causación de su propio daño, caso en el cual esa parte de perjuicio **no deviene antijurídico** y por ende no tiene la virtud de poder ser reconducido al patrimonio de quien se califica de responsable. Por consiguiente, cuando hay derecho a la disminución, ésta ha de analizarse en función de la **relación de causalidad**, que es el ámbito propio en donde tiene operancia dicho elemento **co causal** y no en el denominado plano de

*la compensación de culpas*²⁵.

En el presente asunto la condena al Instituto Nacional de Vías –INVIAS- por perjuicios morales se reducirá en un porcentaje del cincuenta por ciento (50%) al haber participado la víctima directa en concausa para la realización del hecho dañoso, pues en el momento en que se desplazaba en su motocicleta se encontraba en estado comprobado de alicoramiento, situación que pudo haber disminuido su capacidad de reacción al momento de desarrollar una actividad peligrosa como lo es conducir una motocicleta.

6.2. Los perjuicios materiales

La parte demandante solicita también que se reconozcan perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, a favor de la víctima directa el cual se contrae a la suma de: \$ 1.195.400.000.00, como resultado de los años que dejó de trabajar desde la fecha del accidente hasta la edad de vida probable en Colombia, teniendo en cuenta que su edad para el momento de los hechos correspondía a 52 años y la edad de vida probable a 76 años. Se señala además que la suma devengada por el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, como Supervisor de Producción de Industria Petrolera correspondía a \$4.300.000.00.

Sobre este tema el H. Consejo de Estado²⁶ ha manifestado lo siguiente:

“Los perjuicios materiales por definición legal, están constituidos por el daño emergente y el lucro cesante según los términos del artículo 1.612 del Código Civil, según el cual, “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante”, y según definición del Código Civil, “entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente o retardado su

²⁵ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2002. Expediente: 13050. MP. María Elena Giraldo

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del diecinueve (19) de marzo de 1991, radicación R-054 Actor María Rico viuda de Álvarez Demandado Policía Nacional

cumplimiento". (Art. 1.614). (...)"

De lo probado en el expediente se tiene, que el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, prestaba sus servicios como supervisor en la empresa Redes Humanas S.A., sin embargo del certificado presentado al expediente (Folio 28) se desprende que laboró desde el 01 de junio de 2010, hasta el 05 de septiembre de 2010, por consiguiente al momento de sufrir el accidente no se encontraba laborando en dicha empresa, pues el hecho generador del daño fue el día 12 de diciembre de 2010, por lo tanto no es posible acreditar el lucro cesante solicitado, pues en el expediente no hay constancia alguna de la actividad laboral desarrollada por la víctima directa del daño, así como tampoco se demuestra la existencia de alguna incapacidad laboral transitoria o permanente, con la que se pueda demostrar que como consecuencia de los daños que se le ocasionaron con el accidente, el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, no pudo seguir laborando en alguna otra actividad, por ello esta Sala no encuentra demostrada la configuración de un daño emergente futuro a favor del demandante.

De otro lado, aunque se encontró en el plenario requerimiento de sus servicios en fecha posterior al accidente (folio 38), y que el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA, haya respondido a la misiva aduciendo su incapacidad por el accidente, ello no resulta suficiente para acreditar que el actor principal, jamás volvió a trabajar, puesto que ni siquiera se encuentra probada la pérdida de la capacidad laboral de forma transitoria o permanente, como elemento probatorio conducente para justificar los perjuicios solicitados.

Así las cosas, no se accederá a lo solicitado por la parte demandante en cuanto al supuesto lucro cesante dejado de percibir.

X. DE LAS COSTAS

En relación con costas del proceso, no se hará condenación alguna, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no

se ha demostrado temeridad o mala fe en la actuación de la parte demandado.

XI. DECISION

La Sala especial de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS administrativamente responsable por el daño antijurídico causado a los señores GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA en calidad de víctima directa; LIDA MERCEDES POLO DE MARRUGO (cónyuge de la víctima); KAREM MARRUGO POLO, MAYRA ALEJANDRA MARRUGO POLO, y CARLOS ANDRÉS MARRUGO POLO éstos últimos en calidad de hijos de la víctima directa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS a reconocer y pagar, por perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

1. Para el señor GILBERTO MARRUGO DE LA OSSA:

- Por concepto de daño moral la suma de VEINTICINCO (25) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en calidad de víctima directa.

2. Para los señores LIDA MERCEDES POLO DE MARRUGO (cónyuge de la víctima); KAREM MARRUGO POLO, MAYRA ALEJANDRA MARRUGO POLO, y CARLOS ANDRÉS MARRUGO POLO éstos últimos en calidad de hijos de la víctima directa:

- Por concepto de daño moral la suma de la DOCE PUNTO CINCO (12.5)

SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, para cada uno de ellos.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARESE la falta de legitimación en la causa por pasiva del MINISTERIO DE TRANSPORTE, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

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

SEPTIMO: Una vez cumplida la orden del numeral precedente archívese inmediatamente el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

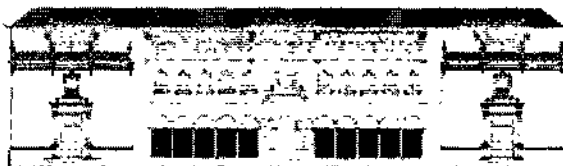
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

Descongestión



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1240
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SOCIEDAD PASAR LTDA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2001-01329-00
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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 2013 - 20131

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

TEMA: Incumplimiento tránsito aduanero – Hurto de mercancía.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13-001-33-31-002-2001-01329-00

II. PARTES

Demandante: SOCIEDAD PASAR LTDA
Demandado: DIAN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Como quiera que el Consejo de Estado mediante providencia de fecha 4 de agosto de 2008, declara la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de la referencia, desde el auto admisorio inclusive, dictado por este Tribunal y una vez reiniciado el trámite por esta Corporación y surtido el trámite pertinente, la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá nuevamente a resolver de fondo la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la Sociedad Pasar LTDA, en contra de la DIAN.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

“ 1. Se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 001273 del 04 de mayo de 2000, por medio de la cual se declara un incumplimiento, proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, y Resolución N° 0002744 del 16 de agosto de 2000, proferida por la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición contra la resolución N° 1273 del 4 de mayo de 2000.

2. Igualmente se decrete la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 000843 del 17 de mayo de 2001, por medio de la cual se confirma el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero autorizado y se ordena hacer efectiva póliza de seguros de cumplimiento de disposiciones legales, proferido por la misma Administración quedando agotada la vía gubernativa.

CONDENAS

1. Se exonere de cualquier responsabilidad a la Sociedad de Intermediación Aduanera PASAR LTDA., y consecuentemente la sanción de multa.

2. Que se reconozca los gastos judiciales, administrativos y contencioso Administrativos en que ha tenido que incurrir el actor para evitar la sanción, decisión que de manera irregular pretende hacer efectiva la autoridad aduanera, incluyendo los costos por concepto de honorarios profesionales del

abogado en instancia y agotamiento de la vía gubernativa, que se acreditaran dentro del proceso.

3. A título de lucro cesante se liquiden, reconozcan y se ordene el pago de los intereses corrientes vigentes conforme lo establece el Art. 1617 del Código Civil, sobre la anterior suma a devolver, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia y/o el día en que se efectúe el pago.

4. Que se ordene a la parte demandada el cumplimiento de la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.” (Sic)

2. HECHOS

“1. Mediante declaración de tránsito aduanero con número de aceptación en la División de Comercio Exterior 0000880 de mayo 28 de 1999, en la cual figura como declarante la S.I.A., PASAR LTDA, como transportadora SURAMERICANA DE TRANSPORTES S.A., se autorizó el tránsito a la ciudad de Bogotá, de la mercancía amparada en los documentos de Transporte N° TPE003799 de abril 26 de 1999, con un valor F.O.B., de US\$149.843,78.

2. El tránsito mencionado en el párrafo anterior se encuentra garantizado en la póliza de cumplimiento global N° CUM-3-00179 expedida por la Compañía de Seguros LA GANADERA, amparando la finalización de régimen a favor de la Nación- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 2295 de 1996 y el literal a) del artículo 1° de la Resolución 2450 de 1997.

3. Con el aviso de envío impreso el 3 de junio de 1999, se demuestra el inicio del tránsito del 28 de mayo de 1999 con un plazo máximo para culminar del 4 de junio de 1999 con un peso bruto de la mercancía de 29070 Kgs, en el medio de transporte identificado con las placas SUL257 y precintos 0516441 y 0516484.

4. La transportadora por medio de su Gerente LUIS ELVIO PRADO DIAZ, mediante escrito radicado 012020 del 31 de mayo de 1999, informando que no podían terminar el régimen por hurto y presenta documentos donde consta haber presentado denuncia por hurto de la mercancía.

5. El Jefe de la División de Servicio al Comercio Exterior, remitió a la División de Liquidación Aduanera los documentos pertinentes con el fin de proceder a declarar el incumplimiento respectivo." (SIC)

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señala como normas violadas y concepto de la violación en síntesis las siguientes:

- Artículos 2, 6, 29, 34 y 83 de la Constitución Política
- Artículo 4º del C.P.C. y artículo 831 del Código de Comercio.
- Artículo 2 y 520 del Decreto 2685 de 1999.
- Decretos 2532 de 1994 y 2339 de 1996

El apoderado del demandante desarrolla su argumentación afirmando que la administración apreció de manera inexacta los hechos del sub lite incurriendo así en falsa motivación que es causal de anulación de los actos administrativos. La entidad demandada a pesar de la denuncia del hurto y de la atipicidad de la conducta, procedió a sancionar injustamente a la sociedad demandante porque no tuvo en cuenta la causal eximente de responsabilidad por el caso fortuito o fuerza mayor, la buena fe del declarante, al prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y por último hay un enriquecimiento sin causa por parte del Estado porque la DIAN no ha probado en que se afecta el tesoro nacional con l supuesta infracción.

B. LA CONTESTACION

- **Ministerio de Hacienda y Crédito Público:** mediante escrito visible a folio 243 a 246 del expediente la apoderada judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta contestación de la demanda oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no han trasgredido ninguna de las disposiciones mencionada como normas violadas, en razón a que no posee vínculo alguno con ella y las actuaciones que se demandan no fueron proferidas por el Ministerio, razón por la cual carece la presente acción de la relación jurídico sustancial, en lo que respecta a éste.

Propone como excepciones las siguientes:

-Falta de Agotamiento de la Vía Gubernativa, respecto del Ministerio:

aduce la demandada que con fundamento a los hechos de la demanda, y en los soportes que acompañan al escrito de demanda, no existe prueba alguna respecto del agotamiento de la vía gubernativa con relación a la persona jurídica Nación- Ministerio de Hacienda, y que tal situación no puede ser de otra manera, teniendo en cuenta que el Ministerio no ha proferido acto administrativo alguno en relación con el cual la sociedad demandante pudiese haber agotado la vía administrativa.

- Autonomía Administrativa, Presupuestal y patrimonial de la DIAN:

Alega la demandada que existe una clara diferencia entre las Unidades Administrativas Especiales con personería Jurídica (sector Descentralizado) y la persona jurídica Nación (Sector Central), no obstante los primeros forman parte de la administración nacional.

Sustenta que de conformidad con la Ley 489 de 1998, el régimen jurídico de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se asimila al de un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Es por ello que la Nación- Ministerio de

Hacienda y Crédito Público no pueda legalmente ser sujeto pasivo de la presente acción como equivocadamente lo pretende el actor, toda vez que su competencia funcional en la administración pública se refiere a funciones y actividades sustancialmente diferentes.

Sustenta finalmente que en virtud de esa personería jurídica ese tipo de Unidades Administrativas Especiales tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, al igual que legitimidad para comparecer en las instancias judiciales o administrativas pertinentes.

- Falta de Legitimación en la Causa por Pasiva: destaca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales son entidades de derecho público, siendo la última adscrita a su cartera, la cual se sujeta al régimen legal propio, representada legalmente por el Director General de dicho organismo; razón por la cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público, no tiene atribuciones legales para emitir actos, o llevar a cabo actuaciones como las señaladas en el acápite de hechos del escrito de demanda, atribuciones estas que corresponden por competencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

Para estos la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no puede legalmente satisfacer las pretensiones del actor, no sólo porque no expidió los actos administrativos demandados, sino porque constitucional y legalmente existen disposiciones que le impiden responder jurídicamente por imputaciones como las que se pretenden, toda vez que cada unidad administrativa especial, como sucede en este evento como la DIAN, tienen plena capacidad y autonomía para desplegar las funciones que legalmente le han sido atribuidas, sin que en cada caso tenga que acudir el Ministerio de Hacienda a los estrados judiciales a responder por cualquier situación anómala que se pudiera presentar.

- **DIAN:** Mediante escrito visible a folio 249 a 265 del expediente la demandada se opone a las pretensiones de la demanda aduciendo que ha actuado conforme a las normas que gobiernan el asunto, razón por la cual las pretensiones del actor no tienen sustento.

Sobre la causal exonerante de responsabilidad, argumenta lo siguiente:

“El declarante que actúa como tal, dentro de una operación de tránsito de una mercancía, tiene a su cargo el cumplimiento de una obligación legal de resultado. En este caso PASAR LTDA SIA., garantiza el pago de los tributos aduaneros correspondientes a la mercancía transportada. Si la mercancía en tránsito no llega la aduana de destino es menester hacer efectiva la póliza por los tributos aduaneros que no se percibirán por la nacionalización de la mercancía.

En este tipo obligacional cuando se produce un incumplimiento por parte del obligado, se presume el nexa causal negativo entre el resultado y la conducta del agente comprometido a satisfacer la obligación. Lo anterior coloca al deudor en la posición activa de entrar a desvirtuar esa presunción y por consiguiente si alega una causa extraña, debe asumir la carga de la prueba.

Por ello quien alegue fuerza mayor debe probarla.

Pero para que se configure la fuerza mayor consagrados en nuestra legislación como eximentes de responsabilidad, no basta con acreditar un HURTO, pues la doctrina y la jurisprudencia reciente han señalado que el HURTO de las mercancías, podría tenerse como causal para dar por terminado el régimen siempre que se demuestren los tres elementos que lo componen. Es decir con la denuncia en un momento dado se probaría el hurto, pero no las causales eximentes de responsabilidad. En consecuencia, el valor probatorio de esas piezas procesales, demostraría el hurto, pero lo pertinente en este caso, es demostrar que a pesar de haberse tomado todas las medidas de seguridad

tendientes a evitar un insuceso como la piratería terrestre, éste no se pudo evadir por lo imprevisible, irresistible e inevitable.”

Sobre la violación al artículo 29 de la constitución Nacional, sobre tal situación la demandada hablo de cada uno de los puntos de la siguiente manera:

“ a) Sobre el Principio de Favorabilidad: el demandante se limita a afirmar que se desconoció el principio de favorabilidad, sin establecer que norma del nuevo Estatuto Aduanero, (Decreto 268 5de 1999) le resultaría benigna a sus intereses. La omisión impide que la administración ejerza su defensa y/o realice en forma certera la contradicción a dicha propuesta. No conocemos que norma del Decreto 2685 de 1999, al aplicarla le resultaría más favorable.

b) Sobre los documentos probatorios: tampoco precisa el accionante cuales son los documentos probatorios que amparan la legal introducción de la mercancía, pues la DTA no se registró en la aduana de destino, por lo que la póliza que amparaba los tributos aduaneros se hizo efectiva.

c) Sobre la actuación administrativa de los funcionarios: no reposan en el expediente, documentos, o prueba alguna que la mercancía fue verificada o recepcionada por los funcionarios aduaneros. Por el contrario reposan radicado de fecha 31 de mayo de 1999, en el que el propio transportador informa sobre la perdida de la mercancía.

Por todo lo dicho, puede afirmarse que no existió violación al debido proceso porque lo que se hizo fue actualizar las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero en debida forma.” (SIC)

Aduce además que las sociedades de intermediación aduanera es un auxiliar de la función pública del Estado en materia aduanera, por tanto tienen obligaciones inherentes a su calidad, y por tanto son llamados a responder.

➤ **COMPAÑÍA ASEGURADORA:** mediante escrito visible a folio 273 a 280 del expediente la compañía aseguradora se opone a la decisión adoptada por el organismo demandando para tal efecto presenta los siguientes cargos de violación:

Como primera medida aduce que los mismos se profirieron violando el derecho de audiencia y de defensa, esto por cuanto a su entender la administración conociendo que Suramericana de Seguros, había sido el emisor de la póliza cuya efectividad se ordenaría decidió, contrariamente a lo dispuesto en las normas citadas, no vincularla a la actuación y emitir el acto a sus espaldas, esto es, sin su intervención.

Sobre la ilegalidad del acto administrativo de fondo, por inexistencia de sustento legal para declarar el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, alegan que el ente demandado adoptó la decisión, sin tener en cuenta ninguna de las razones que habían sido expuestas por el transportador y por el declarante, ignoró igualmente valorar las pruebas que se acompañaron a la razones de defensa aducidas por éstos.

Agregan que estos explicaron muy detalladamente a la administración la forma en que ocurrieron los hechos y esta explicación fue acompañada de la respectiva prueba, cual fuere la denuncia penal de hurto, instaurada, por lo que las circunstancias del hecho fueron puestas fidedignamente de manifiesto ante la aduana.

Sobre la ilegalidad en cuanto a la efectividad de una póliza de seguro cuyo objeto no amparaba el suceso acaecido, la aseguradora precisa que la póliza que se ordeno hacer efectiva, es una póliza otorgada para amparar el pago de los tributos aduaneros del régimen, pero siempre y cuando dichos tributos estén a cargo del asegurado. Reiteran entonces que si administración, en este caso, lo que hace es declarar el incumplimiento del régimen de tránsito y a renglón seguido hacer efectiva la póliza

que amparaba el cumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen supuestamente incumplido, debió entonces hacer efectiva la garantía que amparaba el cumplimiento del régimen más no la que amparaba el pago de los tributos aduaneros.

Es por tanto que sustentan que al haber coexistencia de seguros, estaba llamado a hacerse efectiva el que resulta más específico, en este caso, aunque está claro que nunca hubo incumplimiento, pero en gracia de discusión, se debió hacer efectiva la póliza que amparaba el cumplimiento del régimen supuestamente incumplido y no la referente al pago de tributos.

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Demandante: mediante escrito visible a folio 352 a 360 del expediente la demandante presenta alegatos de conclusión ratificado los argumentos de la demanda y solicitando por tanto la nulidad de los actos administrativos demandados.

- **Compañía Aseguradora:** dentro de la oportunidad procesal, la compañía aseguradora presenta alegatos de conclusión en esta instancia, reiterando lo dicho en la contestación de la demanda. Por lo que solicita se accedan a las pretensiones de la demanda

Demandados:

- **Ministerio De Hacienda Y Crédito Público:** el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante escrito presentado ante la secretaría de este Tribunal se opone a la totalidad de las pretensiones de la demanda, reiterando la posición esgrimida en la contestación de la demanda. (FI 343-344)

- **DIAN:** En esta oportunidad al igual que con la contestación de la demanda, a la apoderada de la entidad de opone a la totalidad de las pretensiones, y citando el

precedente que sobre el asunto se ha venido adoptado por este Tribunal y por el Consejo de Estado.

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público rindió concepto desfavorable para la parte demandante, solicitando en consecuencia que sean negadas las pretensiones de la demanda.

Alega el Ministerio Público que las normas por las cuales la accionada profirió los actos administrativos demandados, aplicó la legislación aduanera que regula el asunto y que la causa invocada por la accionante en la vía gubernativa tal como el hurto de la mercancía, considerando tal hecho como caso fortuito y fuerza mayor, se consideró que son situaciones previsibles, de ahí la constitución de las garantías para asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del transportador, situación que dio lugar a que la mercancía no llegó a su destino, tal y como salió de la aduana de partida, y al no cumplir con lo pactado, el resultado fue negativo, situaciones que fueron evaluadas por la administración aduanera, siendo desfavorable al accionante la decisión, aduce además el agente del Ministerio Público que la accionante debió probar la fuerza mayor o el caso fortuito, destruyendo con pruebas suficientes la presunción de legalidad de que goza los actos administrativos atacados.

V. TRÁMITE PROCESAL

- Por auto de fecha 05 de febrero de 2012 se admite la demanda de la referencia. (FL283-285).
- Por auto posterior de fecha 31 de enero de 2011, se le da validez a las pruebas practicadas antes de la nulidad decretada y se ordena la práctica de otras. (FL 284-287)
- Mediante auto de fecha 03 de diciembre de 2012, se cierra el periodo probatorio y se corre traslado a las partes para que aleguen de conclusión, así como al Ministerio Público.

- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en primera instancia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 132 numeral 3 del Código Contencioso Administrativo sobre la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia estipula lo siguiente: *“De los de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.”*

El demandante estimó la cuantía en un monto de ciento un millones catorce mil cuatrocientos ochenta y siete pesos (\$101.014.487) que corresponde al monto por el cual se dispuso en la resolución N° 1273 del 4 de mayo de 2000, hacer efectiva la póliza con ocasión del incumplimiento del tránsito aduanero autorizado.

De cara a esas circunstancias y atendiendo a la cuantía estimada, se observa que la misma supera los 300 Salarios mínimos estipulados en el C.C.A., tomando como base el salario mínimo de la época de la presentación de la demanda razón por la cual este Tribunal es competente para conocer en primera instancia del presente proceso.

2. Síntesis del caso y problema Jurídico

La demandante considera que se encuentra suficientemente demostrado que el hecho de un tercero en este caso el hurto de mercancía por parte de sujetos armados se constituyó en una causal eximente de responsabilidad es decir caso fortuito o fuerza mayor, y que la administración DIAN, no tuvo en cuenta tales argumentos aun cuando se le presentó en vía gubernativa la denuncia correspondiente que demuestran la existencia del hecho. Que en ese entendido solicita la nulidad de los actos administrativos demandados y como restablecimiento que la DIAN reconozca la

causal eximente de responsabilidad en el incumplimiento de la finalización de la declaración de tránsito aduanero N° 0000880 de fecha 28 de mayo de 1999.

La compañía aseguradora llamada al proceso como interesado en las resultas del mismo, alega que este se debió vincular al proceso administrativo y que eso se constituye en una violación al derecho de defensa, además sustenta que no se debió hacer efectiva la póliza que garantiza el pago de los tributos sino específicamente la que cubría la finalización del régimen.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presenta como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto estos no profirieron los actos administrativos demandados, al entender que la DIAN actúa de forma autónoma y es el que debe ser conminado a responder si fuere el caso.

La DIAN por su parte sustenta que su actuar se ajusto a la normatividad aplicable, en el entendido que la denuncia no era suficiente para demostrar la configuración de la causal eximente alegada y en tanto por tal razón mal harían estos en dejar pasar un asunto como estos sin la aplicación de las normas pertinentes sobre ese tipo de infracciones al régimen.

De cara a la situación expuesta le corresponde a la Sala establecer la legalidad de las resoluciones acusadas, determinando si en las circunstancias en que ocurrió el hurto de las mercancías transportadas bajo el régimen de continuación de tránsito aduanero, se configuraron los elementos que originan la causal de ausencia de responsabilidad por incumplimiento de una obligación aduanera, denominada fuerza mayor o caso fortuito.

3. Actos administrativos demandados.

3.1 Nulidad de la Resolución N° 1273 de fecha 04 de mayo de 2000 proferida por la por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena

mediante la cual declaró el incumplimiento del Tránsito aduanero amparado en el DTA N° 0000880 de fecha 28 de mayo de 1999 y en consecuencia ordenó hacer efectivas las pólizas de cumplimiento.

3.2 Nulidad de la Resolución N° 002744 de fecha 16 de agosto de 2000 que resolvió el recurso de reposición interpuesto, confirmando en todas sus partes la resolución que declara el incumplimiento.

3.3 Nulidad de la Resolución N° 000843 de fecha 17 de mayo de 2001 mediante la cual el Despacho del administrador de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena Confirmó en grado de apelación el incumplimiento de la operación de transporte.

4. Material Probatorio aportado al proceso.

4.1 Resolución 002744 de fecha 16 de agosto de 2000 mediante la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución N° 1273 de fecha 04 de mayo de 2000. (FI 21-30)

4.2 Concepto 131 de fecha 11 de noviembre de 1999, proferido por la DIAN (FL 32-33)

4.3 Concepto N° 122 de fecha 30 de junio de 2000 (FI 34-35)

4. 4 Resolución N° 000843 de fecha 17 de mayo de 2001, mediante la cual se resuelve un recurso de apelación. Confirmando en todas su partes la resolución atacada.

4.5 Declaración de Tránsito aduanero con numero de autorización 0000880 de fecha 28 de mayo de 1999, cuyo límite de finalización es el día 04 de junio de 1999, siendo autorizado el vehículo de placas SUL257 el cual transportaba 2 contenedores.

4.6 Aviso de envío de las mercancías de fecha 06 de junio de 1999.

4.7 Oficio recibido en las dependencias de la DIAN el día 31 de mayo de 1999, suscrito por el Gerente de Suramericana de Transportes S.A., mediante el cual informa que el vehículo que transportaba el DTA 0000880 fue objeto de hurto y en tanto se tenga en cuenta tal situación, para la no llegada de la misma.

4.8 Denuncia de hurto elevada por el conductor del vehículo transportador (FI 58-61)

6. Análisis en concreto del caso.

Antes de adentrarnos al fondo del asunto la Sala resolverá sobre las excepciones propuestas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Dentro del escrito de contestación el Ministerio de Hacienda y Crédito Público demandado en este proceso se opone a la totalidad de las pretensiones y sustenta que existe para estos una falta de legitimación en la causa por pasiva, siendo que este no es responsable de las decisiones adoptadas por la DIAN, puesto que existe autonomía por parte de esta última sustenta además que es por ello que ha existido en consecuencia una falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de estos, al no elevarse ninguna petición al respecto al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Frente a la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, la Sala encuentra que la misma tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Tal como fue expuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de conformidad con la Ley 489 de 1998, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se asimila a un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, cumpliendo por ello funciones sustancialmente distintas entre esta y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Por

esta razón en virtud de la personería que ostenta la DIAN tiene plenas capacidades para adquirir derechos y contraer obligaciones, al igual que tiene legitimidad para comparecer en las instancias judiciales o administrativas pertinentes.

Para tales efectos la Sala encuentra probada la excepción de falta de legitimación propuesta por la demandada Ministerio de Hacienda y Crédito Público, hecho que se ordenará en la parte resolutive de esta providencia.

Como quiera que se encuentra demostrada la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no resulta necesario entrar a estudiar la falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de estos, por cuanto no expidieron los actos acusados y no son los llamados a responder.

Ahora bien resuelta la excepción propuesta, esta Corporación se adentrará en el fondo del asunto.

Pues bien precisa la Sala como primera medida anotar las normas aplicables al caso concreto de cara a la fecha de ocurrencia del incumplimiento, en los hechos de la demanda.

En ese sentido encuentra la sala que la Declaración de Tránsito aduanero fue autorizada con N° 0000880 el día 28 de mayo de 1999 y las resoluciones que declaran el incumplimiento aplican el Decreto 2295 de 1999 artículos 19 y 20, Resolución N° 2450 de 1997 y artículo 41 de la Resolución 1749 de 1993.

Al respecto se observa que por la fecha de la autorización de tránsito aduanero efectivamente las normas aplicables eran las citadas por el ente demandado, esto porque el Decreto 2685 de 1999, que derogo dichas disposiciones solo entró en vigencia hasta el 10 de julio del año 2000. Por lo que en principio esta Sala encuentra acertada la aplicación de la normatividad citada.

Ahora bien sobre el incumplimiento del tránsito aduanero el artículo 19 y 20 del Decreto 2295 de 1996 reza lo siguiente:

“Artículo 19. Finalización del Régimen. El Régimen de Tránsito Aduanero finaliza por una de las siguientes causales:

a) Con el registro y numeración de los documentos de viaje en las dependencias de la Aduana de Destino antes del vencimiento del término otorgado por la Aduana de Partida, para lo cual el transportador deberá anexar el acta de recibo y peso de la carga por parte del depósito habilitado o del usuario operador de la zona franca industrial de bienes y de servicios al cual viene consignada la mercancía.

Los precintos colocados a las unidades de carga o de transporte no podrán ser levantados por los empleados de los depósitos o los usuarios de las zonas francas, hasta tanto se realice la verificación de los mismos por parte de los funcionarios competentes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En caso que arribe una unidad de carga o de transporte con los precintos violados o con signos de violación, no deberá ser recibida por el depósito habilitado o usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios, hasta tanto se haga el inventario de la mercancía por parte de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Cuando se trate de mercancías a granel o no precintables por su volumen o empaque, el depósito habilitado o usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios deberá al momento de recibir la mercancía pesarla e identificarla plenamente, levantar un acta sobre las condiciones en que es recibida y entregar copia de la misma al transportador para que la radique con los documentos de viaje en las dependencias de la Aduana de Destino.

Parágrafo. *Cuando una Declaración de Tránsito Aduanero, DTA, ampare mercancía que requiera de varios medios para su transporte, el depósito habilitado o usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios se abstendrá de entregar en acta de recibo de la carga hasta tanto no arribe la totalidad de la mercancía*

declarada. No obstante, permitirá el ingreso de la misma al depósito o a la zona franca en la medida que vaya llegando, previo su pesaje.

Cuando vencido el plazo para la finalización del régimen otorgado por la Aduana de Partida no haya arribado la totalidad de la carga establecida en la Declaración de Tránsito Aduanero, DTA, el depósito o usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios avisará dentro del día hábil siguiente a la Aduana de Destino para que efectúe el inventario, inicie las investigaciones correspondientes e imponga las sanciones a que haya lugar;

b) Con la orden de finalización del régimen de tránsito aduanero expedida por una Aduana de Paso, cuando encuentre inconsistencias en los documentos de viaje violaciones a los precintos, violación a las restricciones del régimen tránsito aduanero, pérdida de mercancías y en general cualquier incumplimiento al régimen, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de las mercancías cuando a ello hubiere lugar;

c) Cuando por motivos de fuerza mayor o caso fortuito la Aduana autorice la finalización del régimen de conformidad con el reglamento que para este efecto expida la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”

Artículo 20. Incumplimiento del régimen por parte de las empresas transportadoras. Constituye incumplimiento de las obligaciones originadas en el régimen de tránsito aduanero la no finalización de este dentro del término autorizado por la Aduana de Partida. Se entenderá que el régimen no ha finalizado y por tanto dará lugar a la exigibilidad de la garantía por un monto de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de este Decreto, cuando:

a) La empresa transportadora no entregue los documentos de viaje en la dependencia competente de la Aduana de Destino, junto con el acta de recibo de la

mercancía expedido por el depósito habilitado o usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios, al cual se encuentra consignada la mercancía:

b) La empresa transportadora entregue la mercancía en régimen de tránsito en un lugar habilitado diferente al autorizado por la Aduana de Partida;

c) La empresa transportadora entregue la mercancía, unidad de carga o de transporte en el depósito habilitado o en la zona franca industrial de bienes y servicios con signos de violación o con los precintos violados;

d) La empresa transportadora entregue la carga a granel o unidad de carga con menos peso o cantidad del establecido en la Declaración de Tránsito Aduanero, DTA, y autorizada por la Aduana de Partida, salvo mermas justificadas técnicamente;

e) Se cambian los precintos aduaneros de la unidad de carga o de transporte sin seguir el procedimiento establecido en este Decreto;

f) La empresa transportadora no entregue la mercancía al depósito habilitado al cual viene consignada o al usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios dentro del término autorizado por la Aduana de Partida. Si la mercancía es entregada dentro de los cinco días calendario siguientes a la fecha en que venció el plazo autorizado, la garantía se hará efectiva por diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Parágrafo. Constituyen causales eximentes de responsabilidad dentro del régimen de tránsito aduanero las circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente probados durante el procedimiento para declarar el incumplimiento.

De la normatividad citada se observa que se estipularon las circunstancias de incumplimiento en este tipo de regímenes sobre todo cuando la mercancía no llegue a la aduana de destino autorizada, y también es cierto que el mismo artículo 20 del

Decreto 2295 de 1996 contempla la posibilidad de constituirse causal eximente, siempre y cuando esta sea debidamente probada.

A su vez el artículo 1º de la Resolución 2450 de 1997, titulado declaratoria de incumplimiento del régimen, ordena adelantar el procedimiento de acuerdo a lo establecido en la Resolución 4324 de 1995.

Así mismo, el artículo 41 de la Resolución 1794 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Resolución 4324 de 1995 prescribe: *“la División de Liquidación Aduanera de la Administración Local de Aduanas, correspondiente o la que haga sus veces, declarará de oficio mediante resolución motivada, el incumplimiento de las obligaciones aduaneras respaldada con garantía bancaria o de compañías de seguros. En todo caso en la misma providencia se declarará la obligación incumplida, se ordenará la efectividad de la garantía y se determinará la obligación de pagar la suma líquida de dinero con la cual se afecta la garantía”*

Es decir que la DIAN está plenamente facultada para una vez verificado el incumplimiento le de trámite a la sanción correspondiente y en consecuencia a la efectivización de las pólizas constituidas.

Visto el marco legal aplicable, la sala encuentra que de las pruebas que obran dentro del plenario, independiente de la denuncia de los hechos, no existe nada más que demuestre la ocurrencia de los hechos, que terminaron con el hurto de la mercancía amparado en el DTA 0000880 de 28 de mayo de 1999. Siendo esta la razón principal por la que la DIAN sustenta la declaratoria de incumplimiento.

Respecto de la configuración de una causal eximente de responsabilidad la Sala puede concluir que fue demostrado el hurto alegado por la parte demandante, pues se encuentra en el expediente copia de la denuncia presentada por el conductor del vehículo, documento que fue anexado dentro de la oportunidad legal, dándole certeza a la Sala de la ocurrencia del hurto; sin embargo, tal circunstancia no indica que se

encuentren acreditados los elementos de la fuerza mayor como causal exonerativa de responsabilidad, porque para ello, se debe establecer si el demandante tomó las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del hurto.

Al respecto de tal situación el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“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 denunciado 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.”¹

Concluye el honorable Consejo de Estado diciendo que si bien la denuncia penal no es suficiente, tampoco es necesario que exista una decisión judicial definitiva sobre el asunto, pero sí que se aporten pruebas fehacientes de la ocurrencia de los hechos que lleve al convencimiento pleno que, permita la procedencia de la respectiva causal eximente.

Es decir para este Tribunal le resulta muy propicia la posición del Alto Tribunal frente a los hechos que pretenden ser demostrados mediante denuncia, siendo que para ello no basta la denuncia para eximirse de la responsabilidad, pues es preciso aportar las pruebas de los hechos así como los elementos estructurantes en este caso de la fuerza mayor o caso fortuito.

Es pertinente citar que el artículo 64 del C. C. prescribe: **“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un**

¹ Sección Cuarta – fecha: 5 de febrero de 2001, Radicación: 16760.

funcionario público, etc.” Es decir, que en los eventos en que se alegue dicha causal como eximente de responsabilidad, la administración de aduanas debe proceder a analizar las circunstancias alegadas por el operador de transporte, toda vez que si bien por el incumplimiento de sus obligaciones recae sobre él una presunción de culpa, puede exonerarse si demuestra los siguientes dos elementos:

1º. Que la causa del daño le fue extraña o que se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada. Decir que la causa del daño le fue extraña, significa que no se originó en actuaciones u omisiones del transportador o de las personas bajo su responsabilidad, sino en hechos de terceros, por ejemplo: saqueo o hurto; o de la naturaleza, como un rayo o un terremoto. El hecho que ocasiona el daño debe tener, por consiguiente, causas externas al sujeto de la obligación.

En el presente asunto se pudo demostrar que la imposibilidad de culminar el tránsito aduanero fue con ocasión del hurto de la mercancía, luego entonces puede decirse que el hecho de un tercero fue lo que generó la imposibilidad de llevar la mercancía a la aduana de destino, lo probó el actor con la presentación de la denuncia y su comunicación a la DIAN.

2º. Adicionalmente, para exonerarse de responsabilidad, el operador de transporte debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente, le compete demostrar al demandante que el hecho que ocasiona el daño, no se originó o agravó por su negligencia o descuido. En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador.

Para la Sala, no se encuentra demostrado que el hecho alegado como eximente de responsabilidad hubiere sido un hecho imprevisible al transportador, ya que la

actividad de transportar grandes cantidades de mercancías por el territorio nacional, exige que se tomen las medidas de seguridad del caso, mas para la época en que ocurrieron los hechos, en la que el país se encontraba atravesando por un momento de inseguridad en las carreteras.

Respecto de las condiciones o medidas tomadas por la empresa transportadora, nada se dijo y nada se probó, no existe certeza sobre la existencia de escolta o de elecciones de rutas o medidas de seguridad frente a esa circunstancia resulta entonces lógico que la DIAN declare el incumplimiento de la misma.

Se precisa que, además durante la actuación en la vía gubernativa, oportunidad legal y oportuna para sustentar la eximente, la entidad declarante se sostuvo en la aplicación de la eximente con la presentación de las denuncias sin entrar a realizar un estudio probatorio sobre los hechos, para de esa manera dejarle claridad a la administración frente al hecho que se alega, teniendo en cuenta que recae sobre estos la carga de la prueba.

En conclusión si bien se encuentra demostrado el hurto de la mercancía, ese hecho por sí solo no configura una causal de ausencia de responsabilidad de la empresa transportadora por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, pues no se acreditaron debidamente los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad que caracterizan la fuerza mayor.

Ahora bien la demandante sociedad de intermediación aduanera aduce también que no debe ser responsable de la obligación que se pretende hacer efectiva, por cuanto ello no son los llamados a responder por el cumplimiento del régimen sino el transportador.

Al respecto tenemos que la sociedad de intermediación aduanera, precisamente en este caso actúa como declarante de la mercancía objeto de tránsito constituyendo para dicho efecto una póliza que garantice el pago de los tributos aduaneros, dado que los mismos se suspenden con la ejecución del tránsito.

Frente a esa circunstancia y ante la no llegada de la mercancía la sanción aplicable no solo se debe dirigirse ante el transportador, quien también garantiza el cumplimiento del régimen, sino también el pago de los tributos aduaneros, mismos que se encontraban suspendidos, siendo que la mercancía fue introducida al país, mercancía que como cualquier otra dentro del común transcurrir de los hechos debió cancelar sus respectivos tributos, es por ello que para esta Corporación al igual que el transportador tiene obligaciones específicas que debe y tienen que ser cumplidos no solo para mantener el orden sino para evitar que se empiecen a dejar introducir mercancía si el lleno de los requisitos, siendo la responsable la DIAN de velar porque se cumpla con tal ordenamiento, ahora bien diferente sería que se probara la causal eximente en cuyo caso el resultado para ambos sería distinto.

Es por ello que considera la Sala que la DIAN no ha desconocido en el actuar administrativo que terminó por imponer sanciones a ambos transportador y declarante, violación a lo estipulado en las normas aduaneras de la época, pues la responsabilidad estaba perfectamente delimitada y el cumplimiento de la misma resultaba obligatorio. Razón por la cual la efectivización de las garantías corresponde al cumplimiento que como se dijo no se ha discutido, pero que tampoco se pudo probar la causal alegada por estos.

Finalmente respecto de la intervención de la aseguradora en la vía gubernativa tal circunstancia no es causal de nulidad de los actos demandados, pues la DIAN está obligada a llamar por el incumplimiento al transportador y al declarante en este caso, aun cuando estos tengan cada uno una póliza de cumplimiento, la póliza es un contrato independiente de la responsabilidad directa con la DIAN, es decir la relación que existe entre las compañías aseguradoras y sus asegurados es independiente de la responsabilidad que asumen los transportadores o los declarantes dentro del régimen de tránsito aduanero, resultado que su intervención no se hace necesaria e indispensable para que la DIAN pueda declarar el incumplimiento.

En consecuencia para esta Sala se negará las pretensiones de la demanda al encontrar que no se desvirtuó por parte de la demandante la legalidad de los actos acusados.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: si la presente providencia no fuese objeto de apelación, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1241
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: RAFAEL MONTES MIRANDA Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2005-01917-00
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 TÉRMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

2019334
(22)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 274 / 2013

Cartagena de Indias, D. T. y C., Diez (10) de Octubre de dos mil trece (2013).

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 004-2005-01917-00

II. PARTES

Demandante: RAFAEL MONTES MIRANDA Y OTROS

Demandado: LA NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir en primera instancia la demanda de reparación directa interpuesta por los señores RAFAEL MONTES MIRANDA (Víctima), quien a su vez actúa en su propio nombre y representación de su menor hija ELIZABETH MONTES MARTINEZ, GLORIA ESTHER MIRANDA DE MONTES (Madre del perjudicado), GLORIA SAIDY MONTES MIRANDA (Hermana del perjudicado), y ELIZABETH ZARATE FAJARDO

(Compañera permanente), en contra la NACION-FISCALIA GENERAL DE LA NACION, con el fin de que se le declare administrativa, solidaria y extracontractualmente responsable por los perjuicios que dicen se le han causado en razón a la privación injusta de la libertad de la que dice fue objeto el señor RAFAEL MONTES MIRANDA.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

***PRIMERO:** El señor RAFAEL MONTES MIRANDA, natural de Cartagena (Bolívar), nació el día 8 de noviembre de 1967 fruto del matrimonio de los señores RAFAEL MONTES BOSSIO y GLORIA ESTHER MIRANDA ROBLES; de estado civil unión libre con la señora ELIZABETH ZARATE FAJARDO y quien al momento de su detención domiciliaria contaba con treinta y cinco (35) años de edad.*

***SEGUNDO:** El señor Montes Miranda se desempeñaba en esta ciudad como taxista, y en cumplimiento de esta labor fue solicitado por la joven Maryuris Guardo Martínez, para que le hiciese una carrera, dicha menor al descender del vehículo no le canceló la carrera completa a mi poderdante, por lo que este esperó que le cancelara cuando es agredido físicamente por el padre de la menor sin mediar palabra alguna.*

***TERCERO:** Mi apadrinado presenta denuncia por lesiones personales contra el señor Jesús Guardo Coronado y este a su vez presenta denuncia ante la Fiscalía por acto sexual abusivo contra mi poderdante.*

***CUARTO:** La Fiscalía profirió orden de captura No. 0319140 contra el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, el día 14 de enero de 2003, con fundamento en la resolución 003 de la misma fecha, mediante la cual se resolvió situación jurídica a mi poderdante, la cual se hizo efectiva, siendo retenido mi poderdante, y recluido en su domicilia (sic) a órdenes del INPEC de la ciudad de Cartagena.*

QUINTO: *MI poderdante fue acusado e investigado por el presunto delito de acto sexual abusivo como producto de la denuncia mal intencionada impetrada en su contra, la cual durante el proceso penal, se probó que dicha denuncia era infundada, sin embargo la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, profirió la orden de captura mencionada.*

SEXTO: *La Fiscalía General de la Nación, el 6 de marzo de 2003, le negó la solicitud de sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, que fue apelada por la defensa, siendo revocada la detención preventiva por el superior y en su lugar se concedió la detención domiciliaria.*

SEPTIMO: *No obstante, haber sido concedida la detención domiciliaria, la situación anímica del señor Rafael Montes Miranda y su núcleo familiar empeoró, al ver a su familiar retenido en su propia casa y sin poder trabajar, salir a ningún lado, lo cual se hace más sufrido.*

OCTAVO: *Mediante providencia del 1° de julio de dos mil tres, se resolvió no revocar la medida de aseguramiento que pesaba en contra del señor Montes Miranda, siendo que para la misma no existía indicios graves que comprometiera la inocencia del señor Montes Miranda.*

NOVENO: *Luego de más de ocho (8) meses de permanecer retenido en su domicilio, la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, mediante resolución 21-30 del 8 de octubre de 2003, resolvió precluir investigación penal a favor del señor Montes Miranda, y ordenó en el mismo auto revocar la medida de aseguramiento.*

DECIMO: *Mediante escrito de fecha 8 de septiembre de 2004, el apoderado del señor Rafael Montes Miranda, en el proceso penal, solicitó levantar la medida de aseguramiento y dar cumplimiento a lo ordenado por auto del 8 de octubre de 2003, lo cual no se hizo en su debido momento, pese a haber sido requerido para el levantamiento de la orden de captura.*

DECIMO PRIMERO: Fue así como el día jueves 10 de febrero de 2005, fue arbitrariamente detenido, con fundamento en la orden de captura No. 0319140, la cual había sido revocada el día 8 de octubre de 2003, viniéndose el señor Montes Miranda, repito injustamente privado de la libertad, y presentado ante la prensa hablada y escrita como violador, con lo que se configura una flagrante falla en la administración de justicia.

DECIMO SEGUNDO: Ahora bien, el mal funcionamiento de la Administración de justicia, se hace notar desde el momento mismo en que la Fiscalía Veintiuno Seccional de Cartagena, profiere orden de captura consistente en detención preventiva como medida de aseguramiento y se agrava aún más con la no cancelación inmediata de la mencionada orden de captura expedida en contra del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, quien permaneció recluido en su domicilio en la ciudad de Cartagena, en forma injusta por más de ocho (8) meses y sin existir prueba suficiente que indicara siquiera sumariamente la responsabilidad penal de mi apadrinado, aunado a lo anterior el señor Montes Miranda fue detenido nuevamente el día 10 de febrero de 2005, luego de haber transcurrido más de un año y cuatro meses de la revocatoria de la orden de captura, estando más que en mora la Fiscalía para anular dicha orden de captura, causándole de paso un perjuicio adicional al hoy actor señor Montes Miranda.

RELACION DE CAUSALIDAD: Como requisito indispensable para que se configure la responsabilidad del Estado, además de la falla del servicio, es necesario que esté claramente demostrada la denominada RELACION DE CAUSALIDAD, entre la falla del servicio y el daño padecido, como en efecto lo está, por quienes mantuvieron injustamente privada de su libertad a mi poderdante RAFAEL MONTES MIRANDA, por más de ocho meses, fueron los funcionarios del Estado Colombiano en su calidad de administradores de justicia, como son la Fiscalía General de la Nación- Fiscalía Veintiuno Seccional de Cartagena.

DAÑOS MORALES: Mi poderdante como ya se ha dicho, fue privado de su libertad injustamente bajo el pretexto de ser un violador, por lo que fue judicializado bajo el delito de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, como puede observarse, se trata de una imputación considerada como una conducta que atenta contra la armonía y

valores de las personas. De tal suerte que quien la comete arrastra contra sí, el estigma de ser una persona repudiable ante la opinión pública, carente del mas mínimo decoro lo cual lo convirtió en un ser de dudosa reputación moral y de alta peligrosidad. El daño moral causado a RAFAEL MONTES MIRANDA, es de incalculables proporciones si se tiene en cuenta que él, desde el primer momento se sintió absolutamente inocente, como reiteradamente se lo manifestaba a los fiscales del conocimiento, fue agredido en el ámbito íntimo de su moralidad, dando como resultado que tuviera que padecer al igual que su familia (compañera permanente, hermanos, padres e hija), el peso de una vergüenza moral ante su círculo de amigos y el resto de la sociedad.

Estos daños ilustran a las claras que estamos en presencia de un perjuicio violatorio del derecho al buen nombre, la dignidad humana y la buena reputación. Con toda seguridad, sostengo, que se trata de un daño difícil y hasta casi imposible de reparar en su integridad, debido al tipo de conducta penal que injustificadamente se le imputó. En los más de nueve meses, que permaneció mi poderdante, internado en su propia residencia en esta ciudad. Fue una experiencia de padecimientos que le causaron terribles angustias con graves secuelas físicas y síquicas, al no poder salir de su propia vivienda sobre todo porque mi cliente, en todo momento fue conciente de su inocencia lo cual le producía indignación y pena moral, los sufrimientos padecidos lo minimizaron en su personalidad y sin tener culpa relacionada con el hecho que se endilgó puso a padecer a su núcleo familiar. Esta agonía, las aflicciones, las tensiones diarias, el deterioro moral, la reducción de su personalidad, la limitación de su libertad, el estigma de violador, le generan profundos sentimientos de orfandad, desamparo, soledad, impotencia por sentirse víctima de una injusta patraña. Nadie como él sabía la verdad de no tener nada que ver con los hechos que infamemente se le atribuían. Gracias a las pruebas que reposan en la in foliatura penal, y a la tardía sana crítica del Fiscal de conocimiento, repito tarde, pero restituyó por fin la libertad de locomoción, pero tal decisión se ve truncada nuevamente al no suspenderse la orden de captura según se había ordenado en el provisto del 8 de octubre de 2003, viéndose nuevamente mi patrocinado en la angustia de permanecer por espacio de tres días privado de la libertad pese a haber sido

encontrado inocente de los cargos que se le imputaban, con lo que jamás se reparara integralmente los daños causados por tan injusta detención.

Como consecuencia de la doble privación injusta de su libertad mi mandante, dejo de brindarles afecto, cariño y amor a sus familias por su condición de recluso como presunto violador.

A esto se le agrega la situación de pena moral de sus padres, hermanos esposa o compañera permanente, e hija, quienes objetivamente recibían de manera reiterada el rechazo y la murmuración social, por culpa de la injusta persecución pública del Estado colombiano contra su hijo, hermano, compañero permanente y padre.

Los daños morales han repercutido negativamente en la vida académica y educativa de mi mandante quien no ha podido continuar con sus estudios de Hotelería y Turismo adelantados en la Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA", debido al problema jurídico al problema psicológico que afecta su estabilidad social, quien de forma sorprendente no entiende la tesis de que como una persona inocente, con ausencia de antecedentes penales y contravenciones, y dedicado toda su vida al trabajo honrado de taxista, pudiera estar privado de su libertad, sin haber cometido delito alguno, su detención en su propia vivienda en esta ciudad, le causo una intensa pena y vergüenza, por culpa de esa medida de aseguramiento que alcanzó ribetes infames de notoriedad pública, entre su grupo de amigos del barrio el campestre de la Ciudad de Cartagena, quienes al mismo tiempo no daban crédito a tan despropósito cargo judicial al conocer su calidad y seriedad humana.

B- PRETENSIONES

"PRIMERO: Declarar que la Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación, representada legalmente por el Doctor MARIO GERMAN IGUARAN ARANA, son administrativa, solidaria y extracontractualmente responsables de los daños y perjuicios materiales y morales causados al señor RAFAEL MONTES MIRANDA, en condición de perjudicado, ELIZABETH MONTES MARTINEZ, en su condición de hija

del perjudicado, GLORIA ESTHER MIRANDA DE MONTES, en su condición de madre del perjudicado, GLORIA SAIDY MONTES MIRANDA, en su condición de hermana del perjudicado y ELIZABETH ZARATE FAJARDO, en su condición de compañera permanente del perjudicado, por la falla del servicio en la Administración de Justicia que se derivó, en la doble injusta privación de la libertad de que fue objeto el primero, de los arriba señalados, consistente en haber sido vinculado a una investigación judicial y sindicado como autor de un delito por el que le impusieron medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, que posteriormente se demostró plenamente que no lo cometió, y lo que les ocasiono un daño antijurídico.

SEGUNDO: Condenar en consecuencia a la Nación Colombiana- Fiscalía General de la Nación, representada legalmente por el Doctor MARIO GERMAN IGUARAN ARANA, a pagar a título de perjuicios materiales y morales al señor RAFAEL MONTES MIRANDA, su hija ELIZABETH MONTES MARTINEZ, su madre GLORIA ESTHER MIRANDA DE MONTES, su hermana GLORIA SAIDY MONTES MIRANDA, y a su compañera permanente ELIZABETH ZARATE FAJARDO, por falla en el servicio de la administración de Justicia que se materializó con la privación injusta de la libertad del señor, RAFAEL MONTES MIRANDA cometida por la Fiscalía General de la Nación, Seccional Cartagena, consistente en haberlo involucrado en una investigación penal como autor o partícipe del delito de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS y por los cuales se le profirió medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación, tomando como fundamento hechos infundados y constituidos sin un análisis serio y razonado que las circunstancias del caso ameritaban.

TERCERO: Declarase que la Nación Colombiana – Fiscalía General de la Nación, representada legalmente por el Doctor MARIO GERMAN IGUARAN ARANA, son patrimonial y extracontractualmente responsables a pagar solidariamente a título de reparación del daño ocasionando al actor, a su madre, hermana, compañera

permanente e hija, o a quienes demuestren haber recibido perjuicios del orden material y/o moral objetivados y subjetivados, actuales, los cuales se estiman en una suma superior a TRECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS CON (\$354.799.332.00) hasta la fecha, más lo que se causen hacia el futuro por concepto de lucro cesante los cuales se piden compensatorios a la tasa del 6% anual.

CUARTO: *Ordenar, que la sentencia que ponga fin a este proceso, sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., con el I.P.C. Nacional y que se reconozcan intereses moratorios comerciales, desde la ejecutoria de la sentencia hasta su cancelación total sobre las sumas liquidadas.*

QUINTO: *Ordenar que la parte demandada le dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

SEXTO: *Condenar en costas a los demandados, solicitud fundamentada en lo contenido en el artículo 171 del C.C.A., modificado por la ley 446 de 1998 de 1998 artículo 55.*

C. CONTESTACION DE LA ENTIDAD DEMANDA

La Nación - Fiscalía General de la Nación

La entidad demandada contestó la presente acción, oponiéndose a todas y cada una de las Declaraciones y condenas en contra de la Fiscalía General de la Nación solicitadas por la parte actora, por carecer de asidero jurídico.

Entre sus razones de defensa, señala la entidad demandada que la parte actora en ejercicio de la acción de reparación directa, demanda a la NACION RAMA JUDICIAL Dirección de Administración Judicial y Fiscalía General de la Nación a fin de que la NACION sea declarada patrimonialmente responsable y en consecuencia sea condenada al pago de los perjuicios morales y materiales aducidos en la demanda, en razón a que

según se afirma en el libelo, el señor RAFAEL MONTES MIRANDA fue vinculado a una investigación penal por el presunto punible de acto sexual abusivo en menor de 14 años y por habersele dictado en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva la cual no fue cancelada en su debida oportunidad, lo cual constituiría un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia y un daño antijurídico.

Señala que se debe tener presente que corresponde a la Fiscalía General de la Nación de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política, de oficio o mediante denuncia o querrela, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes.

Esta competencia legal y constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General de la Nación constituye la expresión de la función jurisdiccional del Estado y fue precisamente en ejercicio de esta atribución que la Fiscalía General de la Nación, a través de los Fiscalía Seccional 21 de Cartagena dio inicio a la correspondiente investigación penal, investigación a través de la cual se vinculó a RAFAEL MONTES MIRANDA al existir la denuncia formulada por el señor JESUS BELEN GUARDO CORONADO, padre de la menor MARYURIS GUARDO MARTINEZ, quien relató que su hija fue víctima de un delito de Acto Sexual Abusivo por parte del señor RAFAEL MONTES MIRANDA al momento en que este transportaba como pasajera a su mejor hija y le realizo actos sexuales en el interior del vehículo taxi conducido por el sindicado.

Los sucesos que originaron la investigación tuvieron ocurrencia el 23 de diciembre de 2001, cuando en horas de la noche al interior del vehículo de servicio público de placas UAH 797 que conducía el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, llevando de pasajera a la menor MARYURIS GUARDO MARTINEZ, quien se dirigía del barrio Campestre al barrio Chino de la ciudad de Cartagena, inicialmente ubicada en el puesto trasero del vehículo y según solicitud del conducto la menor se trasladó al puesto delantero. Una vez situada en el puesto señalado, el señor RAFAEL MONTES MIRANDA le agarro sus piernas y le toco sus pechos a lo largo del recorrido.

En contra de RAFAEL MONTES MIRANDA existían indicios graves que ameritaron la medida de aseguramiento y el adelantamiento de la investigación.

Durante todo el trámite de las investigaciones RAFAEL MONTES MIRANDA tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas con las garantías del debido proceso y del derecho de defensa, ajustándose el procedimiento a los principios y ritualidades que prevé la ley penal, sin poderse predicar en ningún momento la existencia de error judicial o falla en la prestación del servicio de Administrar Justicia.

La medida de aseguramiento en contra del demandante en el caso materia de la Litis, no puede tildarse de "injusta", se repite, pues dicha medida estuvo fundada en pruebas que fueron legalmente aportadas a la investigación, y con ella no se vulneró ningún derecho fundamental, ajustándose la providencia que la determinó a las exigencias tanto de fondo como de forma que prevé la ley penal.

No fue otro el actuar- del Fiscal Delegado, en este momento procesal cuando al apreciar y valorar la denuncia presentada en su contra y los testimonios del señor JESÚS BELÉN GUARDO CORONADO y de su menor hija MARYURIS GUARDO MARTÍNEZ, entre otras circunstancias y considerando que estaban cumplidos los requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Penal, solamente, luego de estas valoraciones, el 14 de enero de 2003, se define la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional, dando en todo momento, aplicación a la legislación vigente y sin podersele exigir actuación distinta a la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, con la medida de aseguramiento impuesta a RAFAEL MONTES MIRANDA sólo se buscaba asegurar su comparecencia al proceso penal hasta tanto se esclarecieran los hechos que eran materia de la investigación penal.

Para proferir tanto la medida de aseguramiento como la resolución acusatoria no es necesario el que en el proceso existan pruebas que conduzcan a la certeza sobre la responsabilidad penal del sindicado, pues este grado de convicción sólo es necesario para proferir sentencia condenatoria.

3.- Inexistencia de daño antijurídico y error judicial imputable a la Fiscalía General de la Nación.

En este orden de Ideas, y no habiendo incurrido la Fiscalía en procedimiento ilegal alguno, sin por otra parte, podersele exigir actuación distinta, obvio es colegir, que el sindicado en el caso concreto, tenía el deber jurídico de soportar la investigación penal que se debía adelantar y por ende, el daño o perjuicio que pudo sufrir por esta vinculación a la investigación penal, no tiene el carácter de daño antijurídico, como tampoco se debió a una falla en el servicio de administrar justicia o un pretendido error judicial.

En este sentido se ha pronunciado el H. Consejo de Estado - Sección Tercera con ponencia del doctor Carlos Betancur Jaramillo, Sentencia 10310 del 12 de diciembre de 1996, que la cual se expone lo siguiente:

"Dentro de 2a perspectiva jurídica anterior, aplicable al derecho administrativo colombiano, a la luz del artículo 90 de la Constitución Nacional, el Estado sólo está obligado a responder patrimonialmente por los danos antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Pero en este momento del discurso judicial se impone recordar que todos los ciudadanos tienen que soportar las dificultades, los daños que el control de la situación de orden público les pueda causar en situaciones como la que dio origen al presente proceso.

La ley permite, en ciertos casos, la retención de las personas, el allanamiento, la requisa, la detención preventiva de ciudadanos, etc. Es indudable que con todas esas conductas, permitidas por el ordenamiento positivo se pueden

causar perjuicios a las personas, pero en tales eventos, la victima tiene el deber de soportarlas. Por ello se enseña que, en tales eventos el perjuicio no es antijurídico y, por lo mismo la administración no está obligada a repararlo", (subrayado fuera del texto).

En cuanto a la detención injusta de la libertad, como fuente de responsabilidad del Estado, la Corte Constitucional, al hacer la revisión constitucional entre otros, del artículo 68 de la Ley Estatutaria de la administración de Justicia (Corte Constitucional Sentencia C-037, 5 de febrero de 1996) condicionó su constitucionalidad en los siguientes términos:

“... conviene aclarar que el término "injustamente" se refiere a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales de forma tal que se tome evidente que la privación de la libertad no ha sido ni apropiada, ni razonada ni conforme a derecho sino abiertamente arbitraria. Si ello no fuese así, entonces se estaría permitiendo que en todos los casos en que una persona fuese privada de la libertad y considerase en forma subjetiva, aun de mala fe, que su detención es injusta, procedería en forma automática la reparación de los perjuicios, con grave lesión para el patrimonio del Estado que es el común de todos los asociados. Por el contrario, la aplicabilidad de la norma que se examina y la consecuente declaración de responsabilidad estatal a propósito de la administración de justicia, debe contemplarse dentro de los parámetros fijados y teniendo siempre en consideración el análisis razonable y proporcionado de las circunstancias en que se ha producido la detención (Resaltado fuera del texto).

4.- Ahora bien debe señalarse que la preclusión de la investigación pronunciada por el Fiscal Seccional 21 de Cartagena, obedece a la dificultad probatoria, ante la inexistencia de un testigo presencial de los hechos, que a la existencia de una prueba que de manera certera demostrara la inocencia del sindicado, prueba que no existió, por lo que a la versión del sindicado se le concedió el principio de presunción de inocencia.

Tanto es así, que en las consideraciones finales efectuadas, el Juzgador se inclina por declarar la absolución en aplicación del principio del IN DUBIO PRO REO, al constatar la existencia de dudas insuperables que deben resolverse por mandato legal en favor del sindicado.

En efecto en uno de los apartes finales el Juzgador en su Sentencia, considera:

“En torno a la situación del procesado MONTES MIRANDA considera esta Fiscalía que los elementos de convicción que pudieran apuntar hacia la presunta responsabilidad del sindicado, es el mero testimonio del señor JESÚS BELÉN GUARDO CORONADO, quien funge como padre de la menor, quien de lo que se conoce dentro del paginario no surge como testigo presencial de los hechos, pues como bien lo sostuvo el denunciante su hija se transportaba sin compañía en el mencionado rodante.

5.- Finalmente, no puede argumentarse como fundamento de la indemnización las disposiciones contenidas en el derogado artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia, con el artículo 90 de la Constitución Política, la cual consagraba de una parte, el derecho que tiene toda persona a reclamar indemnización por privación injusta de la libertad, y de otra, se ocupaba de establecer los casos en que pese a que la detención era legítima, es decir, era impuesta de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley penal, dicha detención resultaba ser a todas luces inmerecida.

La administración no es la llamada a responder por los daños causados a los demandantes como consecuencia de la privación de la libertad del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, pues no puede considerarse, que siempre que se produzcan molestias a los particulares, en desarrollo de la función de administrar justicia, el Estado deba responder por las mismas, pues el ordenamiento legal faculta a los fiscales y jueces para adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos

procesos a fin de esclarecer en forma fehaciente la comisión de una conducta punible y la correspondiente responsabilidad de a quien se le imputa, y menos si tenemos en cuenta que absolución del citado ciudadano se hizo por aplicación del beneficio de la DUDA, ante la imposibilidad de obtener una declaración certera, precisa y contundente sobre su real participación en el reato penal en comentario y no por la comprobación fehaciente de la inocencia del investigado.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante este Tribunal no pronunció concepto alguno en el presente proceso.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSION

1. Parte demandante

La parte demandante en sus alegatos de conclusión manifiesta que teniendo en cuenta las pruebas aportadas con la demanda y las decepcionadas legalmente durante el periodo probatorio, se pudo comprobar con certeza jurídica, que efectivamente se dieron los hechos, de modo tiempo y lugar, donde se dio efectivamente la detención y privación ilegal de la libertad del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, la que a la luz de la legislación Colombiana fue totalmente injusta y sin razón, por cuanto la investigación desarrollada por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, que concluyó en absolución a favor del sindicado RAFAEL MONTES MIRANDA muestra falencia del sistema penal teniendo en cuenta el contenido de la sentencia No. 13168 de diciembre del 2006 dictada por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que señala que toda privación de la libertad que concluya en absolución deberá ser indemnizada con las cuales se fundamentaron las peticiones de la pretensiones de la demanda de Reparación Directa en contra de la demandada NACION COLOMBIANA – FISCALIA GENERAL DE LA NACION por su actuar en forma irresponsable y por aplicación defectuosa de las normas legales que afectaron en forma directa a los demandantes en esta demanda, y el daño a la vida de relación como causa y consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor

RAFAEL MONTES MIRANDA por orden de captura No. 0329140 de fecha 14 de enero de 2003 proferida por la Fiscalía Seccional No. 21 de Cartagena, mediante la resolución No. 003 de fecha 14 de enero de 2003, en la cual se resolvió la situación jurídica del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, quien fue capturado haciéndose efectiva dicha orden de captura y privación de su libertad injustamente.

2. Parte demandada

La Nación - Fiscalía General de la Nación

El apoderado especial de la parte demandada Nación – Fiscalía General de la Nación, alega de conclusión dentro del proceso de la referencia en los siguientes términos:

Manifiesta que en el presente caso, se reunían los requisitos exigidos por la ley vigente, para dictar medida de aseguramiento, se aprecia en el expediente, la denuncia presentada en contra del actor, y los testimonios de los señores JESUS BELEN GUARDO CORONADO y de su menor hija MARYURIS GUARDO MARTINEZ.

De acuerdo con lo anterior se tiene que la Fiscalía para tomar la decisión de restringir el derecho a la libertad del actor tuvo en cuenta como indicios graves la responsabilidad de las anteriores declaraciones. Con ello queda demostrado que la Fiscalía dio cabal cumplimiento al mandato del artículo 356 del entonces vigente Código de Procedimiento Penal. Por ellos se concluye que las exigencias legales se configuraron en su momento en contra del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, lo que convierte su detención en justificada y sin duda lo exponía a que se dictara en su contra medida de aseguramiento y resolución de acusación.

VII. CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

a) Competencia.

Por la naturaleza del proceso, el lugar de ocurrencia de los hechos, la ley 270 de 1996 y el auto de 9 de septiembre de 2008 del Consejo de Estado, el Tribunal es competente para conocer de este asunto en PRIMERA INSTANCIA.

b) Caducidad.

La acción fue presentada dentro del término de caducidad del artículo 136.8 del CCA: "al vencimiento del plazo de dos (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 trabajo público o por cualquiera otra causa." Detalla la Sala lo siguiente:

En el presente caso considera la Sala que la acción fue iniciada oportunamente, por cuanto la providencia proferida por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, por medio de la cual se precluye la investigación penal a favor del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, y se ordenó en el mismo auto revocar la medida de aseguramiento, fue proferida el día 8 de Octubre de 2003 notificada el día 9 de Octubre de 2003 y la demanda se interpuso el día 23 de septiembre de 2005, tal y como consta en la demanda visible a folio 18.

Lo anterior permite colegir que la presente demanda fue interpuesta dentro del término de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

c) De la comparecencia al proceso

Dispone el artículo 44 del CPC, que toda persona puede ser parte en un proceso. Y que quienes sean plenamente capaces podrán comparecer por sí mismas, mientras que, las que no lo sean plenamente, deberán hacerlo a través de su representante.

A la vez, el artículo 63 del CPC dispone que las personas que hayan de comparecer a un proceso, por sí mismas o a través de su representante, deberán hacerlo a través de un abogado, salvo en los casos exceptuados por la ley. Para este efecto, los artículos siguientes regulan la forma de otorgamiento del poder. De ellos se desprende que el poder puede otorgarse en forma general, a través de escritura pública, o de manera especial para determinados asuntos, a través de memorial

dirigido al juez y presentado en forma personal –en concreto, ver artículos 65 y 84 CPC.

La Sala corrobora la debida comparecencia al proceso, puesto que todos los demandantes otorgaron poder especial y en debida forma, esto es, por sí mismos y con presentación personal, a folios 19 a 20 del cuaderno principal.

d) De la legitimación en la causa por activa

La legitimación en la causa es una condición necesaria y anterior para dictar sentencia de mérito, y en su caso, favorable al demandante o demandado. No es una excepción, porque no tiene la potencialidad de enervar la pretensión en su contenido. Aplica por activa, en el caso de la parte accionante, y por pasiva, en el caso de la parte accionada.

Se ha distinguido la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera hace referencia a la relación procesal, esto es, surge entre demandante y demandado por medio de la pretensión procesal; nace de la atribución de una conducta que se hace en la demanda, y de la notificación al demandado; faculta a las partes para intervenir como sujetos del proceso. La segunda, legitimación material en la causa, se refiere a la relación sustancial, esto es, a la participación real de las personas en el hecho demandado, independientemente que hayan sido demandantes o demandadas en el proceso; supone, entonces, la conexión de las partes con los hechos que se litigan, bien porque fueron perjudicadas o porque los ocasionaron.

La Sala encuentra reunidos los demás presupuestos procesales de la acción, de la demanda y del procedimiento, y no se incurrió en causal de nulidad alguna, de tal forma que le está permitido al despacho pronunciarse de fondo sobre el asunto.

2. Objeto de la demanda.

En el caso sub examine se pretende que se declare administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía general de la Nación, de la totalidad de los daños y perjuicios que le han sido ocasionados a los demandantes, por la presunta privación injusta de la libertad, de que dice fue objeto el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, quien fue capturado el 14 de enero de 2003, por orden de captura No. 0319140, impartida por la Fiscalía Seccional No. 21 de Cartagena, en razón a investigación por los delitos de LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS, persona a la que se procedió a dictar medida de aseguramiento consistente en DETENCION PREVENTIVA mediante providencia de fecha 14 de enero de 2003, expedida por el Fiscal Seccional No. 21, cuya investigación concluyó la preclusión de la investigación penal a favor del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, sindicado del presunto delito de Acto Sexual Abusivo, mediante providencia de fecha 8 de octubre de 2003, revocando la medida de aseguramiento que venía impuesta al sindicado.

3. Problema Jurídico

De conformidad con los hechos que se encuentran probados y con los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, queda claro que los problemas jurídicos a resolver por esta Corporación son dos, el primero consiste en establecer ¿si en el caso sub examine, concurren los requisitos para declarar la obligación estatal de indemnizar los supuestos perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional impuesta desde el 14 de enero de 2003 , por la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, dictada en contra del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, finalizando posteriormente con la preclusión de la investigación penal a favor del señor MONTES MIRANDA, por parte de la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, revocando la medida de aseguramiento que venía impuesta al sindicado, por aplicación del principio del "in dubio pro reo"? y el segundo, determinar también ¿si en el caso sub examine, concurren los requisitos para declarar la obligación estatal de

indemnizar los supuestos perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la nueva captura del señor RAFAEL MONTES MIRANDA que asegura fue efectuada el día jueves 10 de febrero de 2005, con fundamento en la misma orden de captura No. 0319140, la cual había ya sido revocada el día 8 de octubre de 2003 con la providencia que precluyó la investigación pero que no se había retirado aun del sistema?

Pero antes de contestar los anteriores problemas jurídicos, considera la Sala conveniente hacer algunos planteamientos relacionados con el régimen de responsabilidad aplicable en aquellos casos en que se solicita la responsabilidad del Estado por el mal funcionamiento de la administración de justicia.

En ese sentido habría que decir que antes de la Carta Política de 1991 la responsabilidad signada al Estado por el funcionamiento de la administración de justicia era exótica o excepcional, por no decir inexistente, pues aquélla simplemente se predicaba de los funcionarios judiciales pero no directamente el Estado y con fundamento en el artículo 40 del C.P.C. Podría decirse incluso que hoy, continúa en proceso de formación.

Solo con el advenimiento de la Constituyente de 1991 y con la expedición de la Ley 270 de 1996, vino a asignársele responsabilidad al estado por el mal funcionamiento de la administración de Justicia, cuando se den los supuestos normativos previstos en su artículo 65, al igual que en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal vigente para la época.

El citado artículo 65 de la ley 270 en el inciso segundo indica que "En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad".

Es decir luego de la promulgación de la Constitución de 1991, el viraje en materia de responsabilidad del estado por el mal funcionamiento de la administración de Justicia ha consistido en erigir dicha tesis bajo tres modalidades:

- Por error jurisdiccional
- Por el mal funcionamiento de la administración de justicia
- Por la privación injusta de la libertad

De los hechos planteados en el caso bajo examen considera la Sala que para el primer problema jurídico planteado el estudio debe hacerse bajo el régimen de la Privación Injusta de la Libertad, mientras que para el segundo problema jurídico corresponde efectuarlo bajo el régimen del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Se procederá entonces a estudiar en qué consiste cada uno de estos regímenes.

5. Régimen de la privación injusta de la libertad

En relación a este régimen de responsabilidad por el privación de la libertad, el Consejo de Estado no ha sostenido un criterio uniforme, en efecto, se han identificado tres líneas jurisprudenciales, así lo ha reconocido esa misma Corporación¹ al explicar que la primera tesis jurisprudencial que se puede calificar como "restrictiva", reservó el deber de reparar sólo a aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad, de manera que solamente existía deber de reparar la *"falla del servicio judicial"*.

La segunda línea jurisprudencial estableció que la responsabilidad por privación de la libertad regulada por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, sería objetiva y que era procedente únicamente si la situación podía subsumirse en alguna de las tres causales normativas, en el evento contrario, el actor tenía el deber de demostrar

¹ Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia de 12 de diciembre de 2005 Expediente 13558 Consejero Ponente Dr ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ.

la ocurrencia de error jurisdiccional derivado del carácter “injusto” o “injustificado” de la detención. La responsabilidad objetiva derivada de las causales establecidas en el Artículo 414² del Código de Procedimiento Penal, ha quedado explicada en los siguientes términos por el Consejo de Estado:

“Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”, que vendría a constituir una suerte de cláusula general de responsabilidad del Estado por el hecho de la privación injusta de la libertad, la cual amerita su demostración bien por error o ilegalidad de la detención. La segunda parte de la disposición, en cambio, tipificaría los tres únicos supuestos (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) que, probados, daban lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, o lo que es igual, no era menester demostrar la ocurrencia de error judicial o de ilegalidad en la adopción de la medida privativa de la libertad.”³

²ARTÍCULO 414 INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave.

³Consejo de Estado Sección Tercera Sentencia de 4 de diciembre de 2007. Expediente 15498. Consejero Ponente Dr. ENRIQUE GIL BOTERO

Respecto de la aplicación del artículo 414 del Decreto No. 2700 de 1991, en sus inicios, el Consejo de Estado señaló que sólo procedía la indemnización cuando se demostrara que la ocurrencia de uno de los elementos de la disposición se debió a la falla en la prestación del servicio, posteriormente la postura fue recogida para señalar que en estos eventos la responsabilidad era objetiva, para ilustrar esta circunstancia se transcribe el siguiente aparte jurisprudencial:

“En relación con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad prevista en el artículo 414 del decreto 2700 de 1991, la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró inicialmente que no bastaba con que el proceso terminara con decisión absolutoria, en virtud de uno de los tres supuestos previstos en la norma, para conceder el derecho a la indemnización en forma automática, sino que era necesario acreditar el error o la ilegalidad de la providencia que dispuso la detención, ya que “la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención”. En decisiones posteriores se consideró, en cambio, que en tales eventos y por disposición legal se estaba en presencia de una detención injusta, con abstracción de la conducta o de las providencias dictadas por las autoridades encargadas de administrar justicia y que, por lo tanto, surgía para el Estado la obligación de reparar los perjuicios causados con la misma.”⁴(Subrayado fuera texto)

Finalmente, la última tendencia que puede calificarse como “amplia”, ha señalado que la responsabilidad por privación injusta de la libertad, va más allá de los tres supuestos normativos del mencionado artículo 414, por lo que la obligación de reparación surge aún en eventos en los que el sindicado ha sido absuelto en

⁴Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sentencia de 9 de junio de 2005, C P. RUTH STELLA CORREA PALACIO, Expediente 14740

aplicación del principio de *in dubio pro reo*, pues si bien es cierto el Estado tiene el deber jurídico de investigar, el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de la libertad que es uno de los derechos de mayor protección en el Estado Social de Derecho.

La última tesis, ha sido explicada por el Consejo de Estado así:

“Esta Corporación ha sostenido que a los asociados corresponde soportar la carga pública que implica participar, por voluntad de la autoridad, en una investigación. Sin embargo, ahora la Sala considera oportuno recoger expresiones en virtud de las cuales algunos sectores de la comunidad jurídica han llegado a sostener, sin matiz alguno, que el verse privado de la libertad ocasionalmente es una carga pública que los ciudadanos deben soportar con estoicismo.

Definitivamente no puede ser así. Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona ¶junto con todo lo que a ella es inherente¶ ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

La afirmación contraria sólo es posible en el seno de una organización estatal en la que la persona «con todos sus atributos y calidades» deviene instrumento, sacrificable, reductible y prescindible, siempre que ello se estime necesario en aras de lograr lo que conviene al Estado, es decir, en un modelo de convivencia en el que la prevalencia de un «desde esta perspectiva, mal entendido» interés general, puede justificar el desproporcionado sacrificio del interés particular «incluida la esfera de derechos fundamentales del individuo» sin ningún tipo de compensación.

Y es que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia del interés general constituye uno de los principios fundantes del Estado «a voces del artículo 1º in fine de la Constitución Política», no lo es menos que el artículo 2º de la propia Carta eleva a la categoría de fin esencial de la organización estatal la protección de todas las personas residentes en

Colombia en sus derechos y libertades. Ello implica que la procura o la materialización del interés general, no puede llevarse a cabo avasallando inopinada e irrestrictamente las libertades individuales, pues en la medida en que la salvaguarda de éstas forma parte, igualmente, del contenido teleológico esencial con el que la Norma Fundamental programa y limita la actividad de los distintos órganos del Estado, esa protección de los derechos y libertades también acaba por convertirse en parte del interés general.

(...)

Entre las consideraciones acerca de la naturaleza del daño antijurídico se ha sostenido que, en cada caso, ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario. En ese orden de ideas, no pocas veces se ha concluido que constituye daño antijurídico aquel que

se experimenta en el ámbito puramente material, por vía de ejemplo, cuando se devalúa un bien inmueble por la proximidad de un puente vehicular que ha sido construido y puesto en funcionamiento para el bienestar de toda la colectividad. No se entiende entonces con apoyo en qué tipo de argumento no habría de ser catalogado como igualmente antijurídico el daño que sufre quien se ve privado de la libertad — como en el presente caso — durante cerca de dos años y acaba siendo absuelto mediante sentencia judicial. Ciertamente resulta difícil aceptar que, con el fin de satisfacer las necesidades del sistema penal, deba una persona inocente soportar dos años en prisión y que sea posible aducirle, válidamente, que lo ocurrido es una cuestión “normal”, inherente al hecho de ser un buen ciudadano y que su padecimiento no va más allá de lo que es habitualmente exigible a todo individuo, como carga pública derivada del hecho de vivir en sociedad.

Admitirlo supondría asumir, con visos de normalidad, la abominación que ello conlleva y dar por convalidado el yerro en el que ha incurrido el sistema de Administración de Justicia del Estado.

Considera la Sala, de todas formas y como líneas atrás se ha apuntado, que no es posible generalizar y que, en cada caso concreto, corresponderá al juez determinar si la privación de la libertad fue más allá de lo que razonablemente debe un ciudadano soportar para contribuir a la recta Administración de Justicia. Lo que no se estima jurídicamente viable, sin embargo, es trasladar al administrado el costo de todas las deficiencias o incorrecciones en las que, en ocasiones, pueda incurrir el Estado en ejercicio de su *ius puniendi*. En relación con la inconveniencia — si no imposibilidad — de verter juicios generales y abstractos en relación con asuntos como el que atrae la atención del presente proveído, ya había expresado esta Corporación lo siguiente:

'Al respecto, debe reiterarse lo expresado en otras oportunidades, en el sentido de que no cualquier perjuicio causado como consecuencia de una providencia judicial tiene carácter indemnizable. Así, en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico, sea que tenga causa en una providencia errada o en una providencia ajustada a la ley.

No puede considerarse, en principio, que el Estado deba responder siempre que cause inconvenientes a los particulares, en desarrollo de su función de administrar justicia; en efecto, la ley le permite a los fiscales y jueces adoptar determinadas decisiones, en el curso de los respectivos procesos, en aras de avanzar en el esclarecimiento de la verdad, y los ciudadanos deben soportar algunas de las incomodidades que tales decisiones les causen. Sin embargo, tampoco pueden hacerse afirmaciones categóricas, para suponer que, en determinados casos, será siempre inexistente el daño antijurídico, mucho menos cuando ha habido lugar a la privación de la libertad de una persona, así sea por corto tiempo, dado que se trata de la vulneración de un derecho fundamental, cuya injusticia, al margen de la licitud o ilicitud de la decisión que le sirvió de fundamento, puede hacerse evidente como consecuencia de una decisión definitiva de carácter absolutorio⁵. He aquí la demostración de que la injusticia del perjuicio no se deriva de la ilicitud de la conducta del agente del Estado.⁶ (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

⁵Nota de la sentencia citada. Sobre la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad, se pronunció esta Sala en sentencia del 18 de septiembre de 1997, expediente 11 754, actor Jairo Hernán Martínez Nieves, extendiéndola a casos en que la absolución se ha producido por razones distintas a las previstas en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal, y concretamente por aplicación del principio in dubio pro reo

⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 2000, , Consejero ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, actor Ana Ethel Moncayo de Rojas y otros, Radicación 11601

El umbral de resistencia de los ciudadanos ha de ser mayor cuando se trata de cargas públicas cuya asunción se hace necesaria para garantizar la sostenibilidad de la existencia colectiva, pero deberá analizarse la magnitud de tales cargas con un escrutinio más estricto y comprensivo [siempre desde la perspectiva de la víctima— allí en donde estén involucrados aspectos que tocan en toda su plenitud la esfera de derechos fundamentales del individuo, al punto de, incluso, poder llegar a hacer inviable su proyecto personal de vida, circunstancia que se da, sin asomo de duda, cuando se ha afectado de manera tan intensa [como en el sub lite] una garantía tan cara a la naturaleza humana como lo es el sagrado derecho a la libertad⁷.”

En desarrollo de esta última posición, el Consejo de Estado ha manifestado que las normas que respaldan la procedencia de la responsabilidad por la privación injusta de la libertad son el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual debe ser interpretado en armonía con las consideraciones del artículo 90 de la Constitución Política, sin olvidar que los supuestos del artículo 414 no quedan excluidos a pesar de estar derogados, porque el artículo 90 constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el precitado artículo 414, textualmente se señaló:

“En definitiva, no resultan compatibles con el artículo 90 de la Constitución, interpretaciones de normas infra constitucionales que restrinjan la cláusula general de responsabilidad que aquél contiene. Partiendo de la conclusión anterior, la Sala determinó que en el artículo 90 de la Constitución Política tienen arraigo, aún después de la entrada en vigor de la Ley 270 de 1996, todos los supuestos en los cuales se produce un daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia que no están contemplados –más no por ello

⁷Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Expediente 13168, Consejero Ponente Dr Mauricio Fajardo Gómez.

excluidos, se insiste en el pre mencionado artículo 68 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia – , entre ellos, como en los eventos en los cuales se impone a un ciudadano una medida de detención preventiva como consecuencia de la cual se le priva del ejercicio del derecho fundamental a la libertad pero posteriormente se le revoca tal medida al concluir que los aspectos fácticos por los cuales el investigado fue detenido no constituyeron hecho delictuoso alguno, supuesto que estaba previsto en el artículo 414 del C. de P. P., y que compromete la responsabilidad de la Administración, pues con su actuación causó un daño antijurídico consistente en la privación de la libertad en contra de quien no cometió el hecho delictuoso imputado, circunstancia que torna injusta la medida y que debe ser reparada por la autoridad que produjo el hecho.”⁸

En una posterior decisión, el H. Consejo de Estado en sentencia de abril 10 del año 2010, con ponencia del Consejero Enrique Gil Botero dentro del expediente No. (18960) Actor: Rogelio Aguirre López y otros, Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación, Acción de Reparación directa, sostuvo lo siguiente:

“PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD - Falla en el servicio.

La privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal. Los condicionamientos a los que se hace referencia son: 1. Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CP Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 25508

individuo inculpado. 2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida. 3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva. 4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización. 5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros. 6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3. 7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar. Aun cuando los anteriores presupuestos se cumplan, la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no exista en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal.

*En esa línea de pensamiento, y en armonía con lo expuesto en el acápite anterior de esta providencia, **para la Sala existen en el caso concreto dos títulos jurídicos de imputación desde los cuales puede ser analizada o valorada la posible atribución de los efectos del daño antijurídico en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Por un lado, la absolución de la primera conducta da lugar a que se analice la imputación del daño***

antijurídico al Estado desde la perspectiva objetiva y, por lo tanto, el aspecto subjetivo de la entidad pública, esto es, si actuó con diligencia y cuidado a la hora de privar la libertad al procesado carece de relevancia. De otra parte, **la preclusión de la investigación** respecto de las conductas punibles de lesiones personales en servidor público y de porte ilegal de armas, al tener origen en una causal que excluye la antijurídica, no quiere significar que los hechos no se hubieran **encontrado tipificados** y se haya producido la acción que se adecúa en el verbo rector contenido en los respectivos tipos penales; **por consiguiente, esta última absolución, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de los tres supuestos del artículo 414 del C.P.P. de 1991. 3.4.** Y si bien, la anterior circunstancia supondría analizar la imputación de conformidad con cada una de las conductas que le fue atribuida a Aguirre López, para determinar si el Estado debe o no responder patrimonialmente de los perjuicios causados con la privación de la libertad, lo cierto es que, en el caso concreto, la falla del servicio se encuentra acreditada respecto de toda la investigación penal, incluida la decisión que le impuso medida de aseguramiento, circunstancia que se infiere del análisis efectuado por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, unidad que al interior de la Fiscalía General de la Nación era la máxima instancia respecto de la denominada "jurisdicción regional o especializada". El hecho de que sea la misma Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional, quien haya señalado que a Rogelio Aguirre se le violaron las garantías elementales, es suficientemente indicativo de que el proceso penal que se le siguió, configuró en general, una grosera y flagrante falla del servicio que se evidencia en el quebrantamiento de los parámetros establecidos en la ley procesal penal. Es por ello que la privación de la libertad de Rogelio Aguirre López supuso la materialización de lo que ha sido denominado por la jurisprudencia y doctrina alemana como "el error craso", teoría a partir de la cual se permite inferir una falla del servicio ante la constatación de un daño grosero, desproporcionado, y flagrante.

Pero en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente, Enrique Gil Botero, de fecha nueve (9) de junio de dos mil diez (2010), Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08775-01(19283) Actor: Jaime Ernesto Enrique Estrella y otros Demandado: Nación-Ministerio del Interior y Justicia; Ministerio de Defensa-Policía Nacional; Rama Judicial; Fiscalía General de la Nación, con aclaraciones de voto de Ruth Stella Correa y Mauricio Fajardo Gómez, se sostuvo frente a los títulos de imputación, en asuntos en donde la absolución o preclusión se haya dado por razones del in dubio pro reo, se debía estudiar la responsabilidad del Estado bajo el régimen de responsabilidad objetivo, en dicha sentencia se dijo lo siguiente:

“En eventos de privación injusta de la libertad, se deben tener en cuenta algunos aspectos y parámetros que, en los últimos años, han sido trazados por la jurisprudencia de esta Corporación, criterios que podrían catalogarse en los siguientes términos:

i) Las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (decreto ley 2700) mantienen vigencia para resolver, de manera objetiva, la responsabilidad del Estado derivada de privaciones injustas de la libertad, en las cuales se haya arribado a cualquiera de las conclusiones a las que hace referencia la citada disposición, inclusive, con posterioridad a la ley 270 de 1996, en los términos precisados por la jurisprudencia de la Corporación⁹.

En consecuencia, la Sala no avala una aplicación atractiva del citado precepto legal (art. 414) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo. Es decir, cuando se absuelve al sindicado o al procesado porque el hecho no existió, el investigado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible el régimen de responsabilidad es el objetivo y, por consiguiente, no será determinante a la hora de establecer la responsabilidad de la entidad demandada si actuó o no de manera diligente o cuidadosa.

⁹Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13 168, M P Mauricio Fajardo Gómez

“.....ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo¹⁰ -estricto sensu–, de conformidad con los planteamientos contenidos en las sentencias proferidas en los procesos números 13.168 (2006)¹¹ y 15.463 (2007)¹², el juez de lo contencioso administrativo deberá constatar siempre, que el aparato jurisdiccional ordinario penal, sí haya aplicado efectivamente esa figura procesal penal que integra el derecho al debido proceso.

En otros términos, la responsabilidad de la administración pública derivada de la absolución o su equivalente, con apoyo en la máxima de que la “duda se resuelve a favor del procesado”, se analiza y aplica a través de un régimen objetivo, pero siempre y cuando se logre verificar, fehacientemente, que el juez penal al momento de evaluar el material probatorio –que por cierto necesariamente debe existir con pruebas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado -¹³, manejó una duda razonable que le impidió llegar a la plena certeza sobre la materialización y autoría de la conducta punible.

iii) La absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, traduciría en verdad una falla del servicio que no puede considerarse como una conclusión establecida a partir de la aplicación del mencionado principio del in dubio pro reo. Por consiguiente, en estos eventos, es necesario que la parte demandante en el proceso contencioso administrativo de reparación, demuestre, de manera clara, que la

¹⁰La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable resulte impune. Los dos tipos de certeza y los costes ligados a las incertidumbres correlativas reflejan intereses y opciones políticas contrapuestas: por un lado, la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas ocasionadas por los delitos, por otro lado, la máxima tutela de las libertades individuales respecto de las ofensas ocasionadas por las penas arbitrarias... La certeza del derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio del in dubio pro reo. Este es el fin al que atienden los procesos regulares y sus garantías. Y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba –es decir, la certidumbre, aunque sea subjetiva– no de la inocencia sino de su culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas.” FERRAJOLI, Luigi “Derecho y Razón”, Ed. Trotta, Pág. 106.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹³ “Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio del in dubio pro reo, contra la primera.” *Ibid.* Pág. 151- 152.

privación de la libertad se produjo a partir del error del funcionario, o del sistema, derivado éste de una ausencia probatoria que sustentara la detención preventiva.

No es que se sitúe, por capricho, a la persona en un grado mayor de exigencia probatoria, sino que en estos eventos en los cuales la decisión no se refiere a la aplicación del principio de la duda razonable –porque materialmente no hay incertidumbre, en tanto no hay medios probatorios en ninguno de los extremos de la relación procesal – o en los cuales la libertad se produce por la absolución o su equivalente en alguno de los supuestos del artículo 414 del C.P.P., es necesario demostrar que la medida de aseguramiento fue arbitraria¹⁴.

iv) Como se aprecia, en cada caso concreto de reparación por privación injusta de la libertad, corresponde determinar a las partes y al operador jurídico en qué supuesto se enmarcó dicha privación, a efectos de tener claridad sobre el título de imputación aplicable al asunto respectivo, como quiera que no toda absolución, preclusión de la investigación, o cesación del procedimiento penal, se deriva de la aplicación del instrumento del in dubio pro reo, motivo por el cual, no siempre se deducirá la responsabilidad de la organización pública a través de un régimen de naturaleza objetiva.

*v) En conclusión, cuando se atribuye la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, existen eventos precisos y específicos en los cuales la jurisprudencia –con fundamento en el principio *iuranovit curia*–, ha aceptado la definición de la controversia a través de la aplicación de títulos de*

¹⁴ "Los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta, pero ha habido también un sueño militar de la sociedad, su referencia fundamental se hallaba no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática" FOUCAULT, Michel "Vigilar y Castigar", Ed. Siglo Veintiuno, 27ª ed, pág. 173. "Como lo muestran los objetos anteriores, la prioridad de la libertad significa que la libertad solamente puede ser restringida en favor de la libertad en sí misma." RAWLS, John "Teoría de la Justicia", Ed. Fondo de Cultura Económica, Pág. 273

imputación de carácter objetivo, en los cuales, la conducta asumida por la administración pública no juega un papel determinante para la atribución del resultado. Por el contrario, las demás situaciones que desborden ese específico marco conceptual, deberán ser definidas y desatadas a partir de la verificación de una falla del servicio en cabeza del aparato estatal”

Más recientemente en sentencia del 30 de marzo de 2011 con la ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al analizarse la línea jurisprudencial seguida por el Consejo de Estado cuando se estudia responsabilidad al Estado con fundamento en la privación injusta de la libertad, se concluyó que¹⁵:

En la actualidad, la tesis mayoritaria de la Sala establece que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del in dubio pro reo, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho debe asumir, máxime cuando se compromete el ejercicio del derecho fundamental a la libertad.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, ya a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia. Y, siendo la detención preventiva el elemento central, cabe observar las orientaciones de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, según la cual:

¹⁵CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION TERCERA -SUBSECCION C-Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- (30) de marzo de dos mil once (2011)-Radicación número 66001-23-31-000-2004-00774-01(33238)-Actor ASDRUBAL CARDENAS MUÑOZ Y OTROS-Demandado NACION-RAMA JUDICIAL-FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA-SENTENCIA

- *De acuerdo con el artículo 7.1 de la Convención Americana “la protección de la libertad salvaguarda <tanto la libertad física de los individuos como la seguridad personal en un contexto en el que la ausencia de garantías puede resultar en la subversión de la regla del derecho y en la privación a los detenidos de las formas mínimas de protección legal>”¹⁶.*
- *“El Tribunal entiende que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”¹⁷.*
- *La detención preventiva “es una medida cautelar, no punitiva”¹⁸.*
- *En un “Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”.¹⁹*

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional señala,

“Los artículos 29 de la Constitución y 9º del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así se desvirtuaría la finalidad eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría convertida en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia. Pese a que no es

¹⁶Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 104 Puede verse en similar sentido: Caso Tibi Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106 Puede verse en similar sentido: Caso Instituto de Reeduación del menor Sentencia de 2 de septiembre de 2004

¹⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 106 Puede verse en similar sentido: Caso Suárez Rosero Sentencia de 12 de noviembre de 1997

¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 109

posible en abstracto traducir el concepto de detención preventiva razonable a un número determinado de días, semanas, meses o años o a una equivalencia según la gravedad de la ofensa, entre los múltiples factores a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo de detención preventiva debe considerarse el tiempo actual de detención, su duración en proporción a la ofensa, los efectos materiales o morales sobre la persona detenida, la conducta que exhiba el acusado durante la reclusión, las dificultades objetivas propias de la investigación - complejidad respecto a los hechos, número de testigos o acusados, necesidad de una evidencia concreta, etc. -, la conducta de las autoridades judiciales competentes, el peligro de fuga, la posibilidad de reincidencia y la capacidad de destrucción de la evidencia”²⁰.

“La detención preventiva, que implica la privación de la libertad de una persona en forma temporal con los indicados fines, previo el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución Política, no quebranta en sí misma la presunción de inocencia, dado su carácter precario que no permite confundirla con la pena, pues la adopción de tal medida por la autoridad judicial no comporta definición alguna acerca de la responsabilidad penal del sindicado y menos todavía sobre su condena o absolución.

La persona detenida sigue gozando de la presunción de inocencia pero permanece a disposición de la administración de justicia en cuanto existen razones, previamente contempladas por la ley, para mantenerla privada de su libertad mientras se adelanta el proceso, siendo claro que precisamente la circunstancia de hallarse éste en curso acredita que el juez competente todavía no ha llegado a concluir si existe responsabilidad penal”²¹

²⁰Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993

²¹Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 1996.

“El postulado constitucional y abstracto de la libertad individual encuentra una legítima limitación en la figura de la detención preventiva cuya finalidad, evidentemente, no está en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales...”²².

6. De la detención preventiva como límite de la libertad personal.

El derecho a la libertad personal se encuentra consagrado en el artículo 28 de la Constitución, que preceptúa: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión o arresto por deudas, ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles.”

“El derecho regulado en la disposición transcrita representa una de las facetas de la libertad, entendida ésta, según quedó indicado en líneas precedentes, como el bien jurídico más preciado del hombre. No se trata de una garantía carente de importancia pues de ella depende el ejercicio de otros derechos, por eso puede asignársele los calificativos de principal e instrumental. Como puede observarse, se caracteriza por ser un derecho que posee una connotación física, toda vez que su objetivo es proteger al individuo de una detención que no encuentre justificación en el ordenamiento jurídico y que por lo tanto afecte la cualidad genérica de libre actuación que le es consustancial. Por lo tanto, se busca tener una certeza: la existencia de capacidad de reacción contra una agresión externa que afecta la propia disposición.

El contenido del derecho se confunde con la forma en que el mismo se protege, en el cómo se regula el hecho de la detención, las garantías que deben acompañar la utilización de ésta medida, y las posibilidades de oposición en cabeza del individuo que se ve afectado con la determinación del Estado. Por eso, le asiste razón a la doctrina al afirmar que la única manera de desentrañar el contenido del

²²Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000

derecho a la libertad personal es analizándolo desde su vertiente negativa. En otras palabras, como parte integrante de aquel espacio en el que la injerencia del poder público debe ser mínima y estrictamente necesaria. El carácter estrictamente necesario de la restricción del derecho es un reflejo del avance que los sistemas penales han tenido en las democracias occidentales, especialmente del cambio que implicó para la libertad personal el principio de división de poderes, porque al confiar a los jueces las detenciones, se aseguraba que el cumplimiento de los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico estuviera en cabeza de autoridades no sólo imparciales sino independientes de la rama ejecutiva⁴⁵. Se garantiza así, que la valoración de los supuestos que pueden dar lugar a una privación de la libertad se encuentren plenamente justificados, pues la ausencia de razones o la presencia de motivaciones insuficientes genera la responsabilidad del Estado.

Por otra parte, para comprender el alcance de la libertad personal es necesario precisar dos cosas: su titularidad y su contenido esencial. Respecto del primer elemento, puede señalarse que este derecho se atribuye directamente a personas físicas (no se debe olvidar su carácter corporal), como quiera que se antepone a condenas, detenciones e internamientos que resultan injustos y arbitrarios. Aunque la titularidad siempre este presente, el carácter reactivo que es intrínseco al derecho puede ocasionar que ésta no tenga que manifestarse nunca en la vida de un individuo, y ello es posible si éste no ha sido objeto de agresión alguna por parte de los poderes públicos. Por tanto, en aquellos casos en los cuales se cumplan los presupuestos exigidos constitucional y legalmente para proceder a la privación de la libertad no se disfruta del derecho porque en este supuesto el ejercicio del ius puniendo del estado es estrictamente necesario y se acompasa con el carácter no absoluto de la libertad. En cuanto a su contenido esencial, este puede entenderse en los eventos en que la libertad decae por la intervención de la autoridad pública cuando esta no tiene "...causa para accionar contra ella." De modo tal que, al ser su intervención injusta o ilegal, "...se genera unos mecanismos para la restitución del bien protegido." De ahí que pueda afirmarse que la detención preventiva también conforma el derecho, ya que a través de su regulación y, especialmente, mediante la fijación de las causas por las cuales procede, se fija un límite a la actuación del individuo, porque si su comportamiento se encuentra previamente tipificado y afecta o perturba los derechos de otros en un grado tal que impida su libre desarrollo, se activa el poder de coerción del Estado y se puede generar como respuesta una restricción que afecte la capacidad de movilidad física o geográfica del individuo. Por consiguiente, la privación de la libertad (y dentro de ella la medida de detención preventiva) debe ser adecuada, esto es, cumplir los requisitos que se desprenden directamente de la norma constitucional, pues, de no hacerlo se vulnera el derecho fundamental a la libertad personal.

Los condicionamientos a los que se hace referencia son:

1. Debe fundamentarse en una causa que esté previamente prevista en la ley. En otras palabras, la autoridad que asume la medida en todo momento está sujeta al más estricto principio de legalidad. Se exige como presupuesto la existencia de indicios y medios probatorios que desde un punto de vista racional arrojen una posible responsabilidad penal del individuo inculpado.

2. No puede ser indefinida, debe tener un límite temporal que se relaciona directamente con el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos que dieron lugar a la asunción de la medida.

3. Al ser una medida cautelar su finalidad no es represiva, se encamina principalmente a prevenir diferentes circunstancias: la fuga del sindicado, su presencia en el proceso, la efectividad de la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva⁴⁸

4. La medida tiene una naturaleza jurisdiccional en sus diferentes fases: en la toma de decisión, en su control y en su finalización.

5. Una vez asumida la medida y afectada la libertad de una persona se activa un conjunto de garantías de orden procedimental y sustancial que hacen parte del derecho fundamental del debido proceso, principalmente la presunción de inocencia, el derecho de contradicción, el desplazamiento de la carga de la prueba en cabeza del Estado, entre otros.

6. La medida debe responder al criterio de excepcionalidad. En otros términos, la detención preventiva debe asumirse cuando no existe otra forma de asegurar los objetivos señalados en el numeral 3.

7. La detención preventiva siempre debe responder al principio de proporcionalidad, es decir que debe constituir un medio adecuado para la finalidad que se pretende alcanzar.

Aun cuando los anteriores presupuestos se cumplan, **la detención provisional sigue constituyendo la intervención más delicada en el derecho de libertad personal, argumento que se encuentra plenamente demostrado porque su operatividad se desprende de la incertidumbre, como quiera que aún no existe en el proceso una sentencia en la cual se declare la responsabilidad penal.**

Si esto es así, ¿cuál será el fundamento de la detención preventiva? Respecto de este punto, la doctrina ha señalado dos respuestas: de un lado, se busca una administración de justicia eficiente, que asegure la obtención de resultados concretos ante la ciudadanía en cuanto a la persecución del delito; del otro, se señala que se trata de una verdadera pena, porque conlleva la alteración de un derecho, la producción de un sufrimiento a un individuo como si se tratara de un condenado.

Se señalan así dos agravantes:

1. al no sustentarse la detención preventiva en pruebas definitivas que sean indicativas de la responsabilidad, las posibilidades de error se incrementan y su carácter injustificado se hace latente;

2. al no existir condena, no es posible hablar de vulneración al principio de presunción de inocencia. Así, el cuestionamiento que debe hacerse es el de cómo

*mantener un equilibrio entre los dos fundamentos expuestos en un Estado Social de Derecho, si sólo se opta por el eficientismo, se desconoce la libertad como valor y principio fundante de la democracia, se exagera la importancia del interés estatal y se da un acercamiento peligroso a un régimen de carácter totalitario. Y es precisamente esta necesidad de ponderación la que posibilita la implantación de **mecanismos resarcitorios cuando la actividad del Estado se ha desplegado afectando el interés subjetivo de un individuo, restringiendo su capacidad de autodeterminación y limitando sus opciones de movilidad, para después hacer un pronunciamiento exonerándolo de responsabilidad. Esta declaración no es suficiente frente al derecho a la libertad personal y por ello deben operar mecanismos indemnizatorios toda vez que el daño ya se ha infligido, es imputable jurídicamente a la administración de justicia y el sujeto que lo sufrió no tenía el deber jurídico de soportarlo.***²³ (negritas por fuera del texto)

En reciente pronunciamiento el Consejo de Estado se expresó así sobre el derecho a la libertad personal:

“Desde la propia preceptiva constitucional, es claro que la libertad personal, como valor superior y pilar de nuestro ordenamiento, es un auténtico derecho fundamental (artículo 28 C.P.) que sólo admite limitación “en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley”, y como certeramente lo anota la doctrina.

(...)

Aunque la detención preventiva emerge como un instrumento válido para el desarrollo del cometido estatal de perseguir los delitos, desde una perspectiva democrática no puede olvidarse que nuestro Estado de derecho reconoce –sin discriminación alguna– la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 C.P.) y, por lo mismo, la Constitución, sin ambages, señala, dentro de los fines del Estado, el de garantizar la efectividad de los derechos, entre ellos los de libertad como ámbitos de autodeterminación de los individuos (artículo 2 C.P.), en el marco de aplicación del principio universal de presunción de inocencia (artículo 29 eiusdem).

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No 18.860 C.P. ENRIQUE GIL BOTERO

(...)

La presunción de inocencia también es de categoría constitucional, pues según el inciso 4º del artículo 29 de la Carta Política: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable", y por tanto, las autoridades judiciales competentes tienen el deber de obtener las pruebas que acrediten la responsabilidad del implicado. (...) Ciertamente, el señor Fredy Fernando Lerma Cobo fue exonerado de responsabilidad penal mediante la resolución No 045 del 31 de julio de 1997, mediante la cual se declaró la preclusión de la investigación porque en el proceso penal finalmente se encontró acreditado que "la conducta a él endilgada era atípica". Así las cosas, es evidente que la circunstancia descrita constituye un evento determinante de privación injusta de la libertad, puesto que antes, durante y después del proceso penal al cual fue vinculado el demandante, siempre mantuvo intacta la presunción de inocencia que lo amparaba y que el Estado, a través de la entidad ahora demandada, jamás le desvirtuó.

(...)

Según el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables. En ese orden de ideas, es menester señalar que en aquellos eventos en los que una persona es privada de la libertad como consecuencia de una decisión proferida por la autoridad judicial competente y luego es puesta en libertad en consideración a que se dan los supuestos legales que determinan su desvinculación de una investigación penal, bien porque el hecho imputado no existió o porque el sindicado no lo cometió o porque el hecho no es punible, y si además prueba la existencia de un daño causado por esa privación de la libertad, no hay duda que tal daño se torna antijurídico y debe serle reparado por el Estado. Se precisa igualmente que no puede tenerse como exoneración de responsabilidad el argumento según el cual todo ciudadano debe asumir la carga de la investigación penal y someterse a la detención preventiva, pues

ello contradice los principios básicos consagrados en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución Política.”²⁴

7. Del caso concreto

Pues bien, atendiendo esta Sala las anteriores precisiones legales, jurisprudenciales y doctrinales, respecto de la responsabilidad del estado por mal funcionamiento de la administración de justicia, el caso bajo examen, en aplicación del principio *iura novit curia* el cual ha sido aplicado por el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, la Sala lo resolverá para el primer problema jurídico bajo el régimen de la privación injusta de la libertad analizado desde la perspectiva del régimen objetivo de responsabilidad como quiera la absolución penal del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, se hizo en aplicación del principio del *in dubio pro reo*.-

En ese sentido, debe precisarse que el marco normativo para la declaratoria de responsabilidad por la privación injusta de la libertad del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, corresponde al artículo 68 de la ley 270 de 1996, el cual debe ser interpretado en armonía con las consideraciones del artículo 90 de la Constitución Política, el cual constituye una cláusula general y amplia de imputación de la responsabilidad de la administración sustentada en el daño antijurídico, en el cual se encuentran inmersos los elementos de responsabilidad que consagraba el artículo 414 del decreto 2700 de 1991: que el hecho no existió, que el sindicado no lo cometió o que la conducta era atípica, y también la absolución por duda (pronunciamientos 13.168 (2006) y 15.463 (2007), del Consejo de Estado).

Vista como ha quedado, la evolución de la jurisprudencia de la Sección Tercera del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, respecto de la responsabilidad del

²⁴CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 19001233100019990203-01 (21 653) Actor: JOAQUÍN CASTRO SOLÍS Y OTROS. Demandado: NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Asunto: Acción de reparación directa

Estado derivada de la privación de la libertad ordenada, dentro de una investigación penal, por la autoridad judicial competente, habrá de precisarse si, en el sub lite, se ha producido un daño antijurídico a los particulares demandantes y, adicionalmente, si existe un título jurídico que permita imputar el mismo a la acción u omisión del Estado.

8. de las pruebas aportadas y de los hechos probados en el plenario.

A continuación se relacionarán las pruebas aportadas al proceso.

La Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, remite al proceso copia autentica del expediente penal²⁵ radicado con el número 85087 iniciado el 14 de enero de 2002 donde figura como sindicado el señor RAFAEL MONTES MIRANDA por el delito de Acto Sexual Violento, en donde consta:

- Copia de la providencia de fecha 14 de febrero de 2002, donde se solicitan antecedentes penales y convencionales a RAFAEL MONTES MIRANDA, a los Juzgados Penales del Circuito y municipales de esta ciudad, se vincula mediante indagatoria al señor RAFAEL MONTES MIRANDA, y se ordenó escuchar en declaración bajo juramento a la menor MARYURIS GUARDO MARTINEZ. (fl. 6 Cuaderno de Pruebas)
- Declaración de indagatoria de RAFAEL MONTES MIRANDA, ante la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena.(fl. 11-14 Cuaderno de Pruebas)
- Providencia de fecha 14 de enero de 2003, proferida por la Fiscalía Seccional 21, mediante el cual se impone medida de aseguramiento a RAFAEL MONTES MIRANDA, consistente en una detención preventiva, como probable autor de delito enseña el Código Penal, Libro II, Título VI, Capítulo II, DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS, no se concede el beneficio de Libertad Provisional al actor, de igual forma no se sustituye por domiciliaria la medida de aseguramiento impuesta.(fl. 21-24 Cuaderno de Pruebas)

²⁵ Véase cuaderno de pruebas.

- Orden de captura No. 0319140, en contra de RAFAEL MONTES MIRANDA, por el delito de Acto Sexual Violento.(fl. 30 Cuaderno de Pruebas)
- Providencia de fecha 6 de marzo de 2003, proferida por la Fiscalía Seccional 21, mediante el cual se resolvió no sustituir la medida de aseguramiento que pesa en contra del procesado RAFAEL MONTES MIRANDA, por la domiciliaria tal y como lo solicitó su apoderado.(fls. 60-62 Cuaderno de Pruebas)
- Declaración jurada de MARYURIS GUARDO MARTINEZ.(fls. 79-80 Cuaderno de Pruebas)
- Providencia de fecha 10 de junio de 2003, proferida por la Fiscalía Seccional 21, mediante el cual se observa en la realidad jurídico procesal que *“esta investigación inicio como previa el día 14 de enero de 2002, con base en el informe No. 0064 del 21 de enero de 2002, de la Unidad investigativa del grupo de vida del C.T.I. se logró individualizar y ubicar al imputado, por lo que el 14 de febrero de 2002 se inició instrucción y entre otras pruebas se ordenó la vinculación del procesado mediante indagatoria.*

Se escucha en indagatoria al señor MONTES MIRANDA el día 24 de abril de 2002 y el 14 de enero de 2003 se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional, la cual se le sustituyo por domiciliaria, por la segunda instancia, el día 6 de mayo de 2003, para la cual se le impuso una caución prendaria equivalente a quinientos mil pesos (500.000)”.

Así mismo en providencia señalada se rebajó la caución prendaria que le fuere impuesta al procesad, la cual quedó establecida en un salario mínimo legal mensual vigente (\$332.000). (fls. 92-93 Cuaderno de Pruebas)

- Copia de acta de compromiso firmada por el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, ante la Fiscalía Seccional 21, en la que el señor MONTES MIRANDA se obliga a no salir de su residencia o casa de habitación o casa o

habitación, lo cual solo podrá hacer los fines del proceso o con permiso debidamente concedido por ese despacho, observar buena conducta individual, social y familiar, informar todo cambio de residencia, y no salir del país sin previa autorización.(fl. 97 Cuaderno de Pruebas)

- Providencia de fecha 1° de julio de 2003, proferida por la Fiscalía Seccional 21, mediante el cual se resolvió no revocar la medida de aseguramiento que pesa en contra del señor RAFAEL MONTES MIRANDA.(fls. 116-120 Cuaderno de Pruebas)
- Declaración jurada ante la Fiscalía Seccional 21, rendida por GLORIA ESTHER MIRANDA DE MONTES.(fl. 132-133 Cuaderno de Pruebas)
- Declaración jurada ante la Fiscalía Seccional 21, rendida por DELIA ESTHER MIRANDA ROBLES.(fl. 144-145 Cuaderno de Pruebas)
- Declaración jurada ante la Fiscalía Seccional 21, rendida JESUS BELEN GUARDO CORONADO.(fl. 147-149 Cuaderno de Pruebas)
- Providencia de fecha 8 de octubre de 2003, radicación No. 85087, Res. 21-30, proferida por la Fiscalía Seccional 21, mediante el cual resolvió precluir la investigación penal a favor del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, sindicado del presunto delito de Acto Sexual Abusivo, se ordenó revocar la medida de aseguramiento que venía impuesta al sindicado, se ordenó disponer la libertad provisional del señor MONTES MIRANDA.(fls. 169-175 Cuaderno de Pruebas)
- Diligencia de compromiso suscita por el señor RAFAEL MONTES MIRANDA ante la Fiscalía Seccional 21, previo a disfrutar de su libertad provisional concedida, en donde se compromete el señor MONTES MIRANDA a tener buena conducta individual, familiar y social, presentarse al despacho cada vez que se le solicite, e informar todo cambio de dirección y residencia. (fl. 176 Cuaderno de Pruebas).

- Copia de oficio, expedido por el Fiscal Seccional No. 9, donde se observa que el procesado se encuentra en la Cárcel de Ternera, y que a partir de la fecha de 24 de Julio de 2003, queda el detenido a disposición de la Fiscalía Delegada ante el Tribunal. (fl. 134- Cuaderno de pruebas).
- Copia autentica de Registro Civil de Nacimiento de Elizabeth Montes Martínez.(fl. 23)
- Copia autentica de Registro Civil de Nacimiento de Rafael Montes Miranda.(fl. 24)
- Copia autentica de Registro Civil de Nacimiento de Gloria Esther Miranda de Montes.(fl. 25)
- Copia de Registro Civil de Nacimiento de Gloria Saily Montes Miranda.(fl. 26)

Con las anteriores pruebas documentales queda mostrado lo siguiente:

- a) Quedó demostrado que el señor Rafael Montes Miranda *nació el día 8 de noviembre de 1967, fruto del matrimonio de los señores RAFAEL MONTES BOSSIO y GLORIA ESTHER MIRANA ROBLES; de estado civil unión libre con la señora ELIZABETH ZARATE FAJARDO.*(fls. 21,24)
- b) Quedó demostrado que la *Fiscalía profirió orden de captura No. 0319140 contra el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, el día 14 de enero de 2003, con fundamento en la resolución 003 de la misma fecha, mediante la cual se resolvió situación jurídica a mi poderdante, la cual se hizo efectiva, siendo retenido.*(fls. 21-25, 30 Cuaderno de Pruebas).
- c) Está demostrado en el expediente que el señor RAFAEL MONTES MIRANDA *fue acusado e investigado por el presunto delito de acto sexual abusivo como producto de la denuncia impetrada en su contra, la cual durante el proceso penal, se probó que dicha denuncia era infundada, sin*

embargo la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, Profirió la orden de captura mencionada. (fls. 21-25 Cuaderno de Pruebas).

- d) *Quedó demostrado que la Fiscalía General de la Nación, el 6 de marzo de 2003, le negó la solicitud de sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria, que fue apelada por la defensa, siendo revocada la detención preventiva por el superior y en su lugar se concedió la detención domiciliaria.(fls 60-62, 71-74, 92-93,97 Cuaderno de Pruebas)*
- e) *Quedó demostrado que mediante providencia del 1° de julio de dos mil tres (2003), se resolvió no revocar la medida de aseguramiento que pesaba en contra del señor Montes Miranda. (fls. 116-120 Cuaderno de Pruebas).*
- f) *Así mismo se demostró que después de más de ocho (8) meses de permanecer retenido en su domicilio, la Fiscalía Seccional 21 de Cartagena, mediante resolución 21-30 del 8 de octubre de 2003, resolvió precluir investigación penal a favor del señor Montes Miranda, y ordenó en la misma providencia revocar la medida de aseguramiento que venía impuesta de detención preventiva. (fls. 169-174 Cuaderno de Pruebas).*
- g) *Quedó demostrado además que mediante escrito de fecha 8 de septiembre de 2004, el apoderado del señor Rafael Montes Miranda, en el proceso penal, solicitó levantar la medida de aseguramiento y dar cumplimiento a lo ordenado por auto del 8 de octubre de 2003. (fl. 183 Cuaderno de Pruebas).*

9. El daño antijurídico:

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991²⁶ hasta la época²⁷,

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Unbe Acosta, expediente 6454

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 164 60.

como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

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 extra patrimoniales 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.²⁸

El daño debe ser personal y cierto, lo primero significa que solamente puede pedir su reparación quien efectivamente lo sufre y lo segundo significa que se excluye el eventual o hipotético, es decir que lo haya sufrido una persona determinada en su patrimonio.²⁹

Por otro lado, el daño debe ser antijurídico; de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Nacional, daño antijurídico es aquel que quien lo sufre no está en el deber legal de soportarlo. Es justamente el citado artículo 90 el fundamento de la Responsabilidad civil extracontractual del Estado. (Resalta la Sala)

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la privación de la libertad acaecida en la persona de Rafael Montes Miranda, según se menciona en los hechos de la demanda y de lo probado en el proceso, al actor se escucha en indagatoria el día 24 de abril de 2002 y el 14 de enero de 2003 se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional, la cual se le sustituyó por domiciliaria, por la segunda instancia, el día 6 de mayo de 2003, para la cual se le impuso una caución prendaria equivalente a quinientos mil pesos (\$500.000), recobrando su libertad provisional, mediante providencia de fecha 8 de octubre de 2003, notificada el día 9 de octubre de

²⁸Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alir E. Hernández Enriquez

²⁹HENAO, Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 129.

2003), es decir que en esa primera oportunidad el señor Rafael Montes Medina alega que estuvo privado de la libertad por un total de 269 días, por orden de la Fiscalía Seccional No. 21 de la ciudad de Cartagena.

Para efectos de demostrar dentro del proceso la ocurrencia de la privación injusta de la libertad, se aportó junto con el cuaderno de pruebas copia auténtica de la providencia por la cual la Fiscalía Seccional No. 21 de la ciudad de Cartagena impuso medida de aseguramiento al señor RAFAEL MONTES MIRANDA, consistente en DETENCION PREVENTIVA, como probable autor del delito de Actos Sexuales Abusivos, el día 14 de enero de 2003. (Ver cuaderno de pruebas)

Igualmente se acompañó, copia de la providencia de fecha 8 de octubre de 2003, notificada el día 9 de octubre de 2003, de radicación 85087, y Res. 21-30, por medio del cual se precluyó la investigación penal a favor del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, sindicado del presunto delito de Acto Sexual Abusivo, y se ordenó la libertad provisional del señor MONTES MIRANDA, con fundamento en el *in dubio pro reo*, (Ver folios 169-174 del Cuaderno de pruebas).

En virtud de lo anterior, considera la Sala que está suficientemente acreditado que el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, estuvo sujeto por orden de la Fiscalía Seccional No. 21 de Cartagena a la medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad provisional, la cual se sustituyó por domiciliaria, es decir si estuvo privado de la libertad por espacio de 269 días entre el 14 de enero de 2003 hasta el 9 de octubre de 2003.

Así las cosas, se comprueba la causación de un daño antijurídico contra los demandantes, consistente en la privación de la libertad del señor Rafael Montes Miranda, la cual esta Sala considera que se tornó en injusta, por cuanto fue absuelto de la investigación seguida en su contra en aplicación del principio del *in dubio pro reo*, daño que debe ser resarcido por la administración, pues el hecho de haberle

privado de su derecho supra Constitucional a la libertad, a la luz de la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, lo afectados tienen derecho a que se le reparen los perjuicios causados.

Por otra parte el actor manifiesta que luego de haber sido puesto en libertad, y después de haber sido precluida la investigación penal en su contra por parte de la Fiscalía, el día 10 de febrero de 2005, fue arbitrariamente detenido, con fundamento en la orden de captura No. 0319140, la cual ya había sido revocada el día 8 de octubre de 2003, pero no había sido cancelada, viéndose el señor Montes Miranda, nuevamente injustamente privado de la libertad por espacio de tres (3) días.

Ante esta aseveración de la parte actora, la Sala no la tendrá como demostrada toda vez que el actor no aporta prueba idónea, que pruebe que efectivamente el señor Rafael Montes Miranda, hubiese sido privado nuevamente de la libertad el día 10 de febrero de 2005 por la misma orden de captura que ya se encontraba precluida, pues para demostrarlo solo aportó una página del diario El Universal de Cartagena, del día 10 de febrero de 2005 en la cual si bien se observa la nota de información de la captura del señor Rafael Montes Miranda, no obstante como bien lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado, dicho recorte de prensa en principio no da fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información.-;

Al respecto la Sala transcribe lo expuesto por el H. Consejo de Estado³⁰, sobre los recortes de prensa aportados como pruebas, a saber:

“En relación con las fotografías y recortes de periódicos que la parte actora allegó con la demanda y que pretenden demostrar la ocurrencia del hecho, se debe insistir en que, no se hará valoración alguna respecto a las fotografías allegadas, pues carecen de mérito probatorio, toda vez que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron

³⁰Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. MP ENRIQUE GIL BOTERO Radicación N° 54001-23-31-000-1994-08714-01(19572). Sentencia de fecha 23 de junio de 2010. Actor: NANCY CEBALLOS SANCHEZ Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE SAN JOSE DE CUCUTA

tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso. Igual situación se presenta respecto a la valoración de los recortes de prensa o periódicos que fueron allegados como prueba; es necesario reiterar que las noticias difundidas en medios escritos, verbales, o televisivos, en términos probatorios, en principio no dan fe de la ocurrencia de los hechos en ellos contenidos, sino simplemente, de la existencia de la noticia o de la información; por consiguiente, no es posible dar fuerza de convicción a dichos documentos, en cuanto se relacionan con la configuración del daño antijurídico y su imputación a la entidad demandada, en tanto que a partir de los mismos no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados.”

Siendo así las cosas, la Sala no dará valor probatorio al documento (recorte de prensa) aportado en la demanda por el apoderado del demandante pues carece de mérito probatorio, toda vez que sólo dan cuenta del registro de una noticia, sobre las cuales no es posible derivar certeza sobre el acaecimiento de esa supuesta nueva captura y de las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados,

Para esta Sala también es claro lo establecido en el artículo 177 del C.P.C., que reza:

“ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

Siendo que la parte actora no logra entonces demostrar que el día 10 de febrero de 2005 fue nuevamente capturado indebidamente y que permaneció retenido por espacio de 3 días, en consecuencia la Sala no encuentra en este aspecto probado el daño alegado, razón por la cual, se negará la responsabilidad impetrada.

Dicho lo anterior proseguimos con el análisis de los demás elementos de la responsabilidad frente al primer problema jurídico, del cual si se concluyó que se produjo un daño, consistente en la privación injusta de la libertad del señor Rafael

Montes Miranda por espacio de 269 días entre el 14 de enero de 2003 hasta el 9 de octubre de 2003.

10. De la Imputación de responsabilidad

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad; esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Estima la Sala que la condena que se impone debe ser pagada por la entidad que causó efectivamente el daño. Al respecto, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha sido reiterativa del criterio expuesto en providencia de 30 de octubre de 1997 – radicación 10958-, en el que se concibió que la condena debía ser impuesta a la dependencia de la Nación a la cual le fuera imputable el hecho u omisión que produjo el daño antijurídico.

Dijo la citada sentencia³¹:

“En consecuencia, se declarará exclusivamente la responsabilidad derivada de la omisión en que incurrió la Policía Nacional, pues de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2344 del Código Civil, mutatis mutandis, aunque si bien en el presente caso no se trata de dos personas jurídicas diferentes, cuando “un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa”.

Basta, pues, que de diversos causantes del daño el actor escoja acertadamente uno para que la totalidad del perjuicio sea indemnizado por quien fue citado al proceso.”

³¹ Cfr. 11 de mayo de 2006, radicación 15626.

Aplicando esto al sub judge, observa la Sala que el hecho dañoso es exclusivamente atribuible a la NACIÓN – RAMA JUDICIAL – FISCALIA GENERAL DE LA NACION, pues fue ésta la que privó injustamente de su libertad al señor Rafael Montes Miranda, al tener en ese momento como órgano investigador la facultad constitucional y legal de tomar las decisiones para ese efecto.

En el presente caso la medida de aseguramiento, inicialmente se soportó en la valoración de medios de prueba que, obraban en el expediente penal y que fueron regular y oportunamente recaudados, pero los precitados medios de pruebas fueron nuevamente valorados por el Fiscal Seccional 21 de la ciudad de Cartagena, siguiendo los postulados de la sana crítica, y se concluyó que no había certeza de la responsabilidad del sindicado y que por el contrario los medios de prueba dejaban duda al respecto, consideró que las simples apreciaciones del señor JESUS BELEN GUARDO CORONADO, conjugada con la versión de la menor MARYURIS GUARDO MARTINEZ, no tienen suficiente fuerza probatoria para radicar en Juicio Criminal de conformidad con el artículo 393 del C.P.P. a RAFAEL MONTES MIRANDA, por lo que se dio aplicación al principio del in dubio pro reo, precluyendo de esta manera la investigación penal a favor del actor, disponiendo su libertad provisional, la cual fue garantizada con la caución prendaria que le fue impuesta al momento de sustituirle la medida de aseguramiento por una de carácter domiciliaria y se revocó en consecuencia la medida de aseguramiento que venía impuesta al sindicado.

En este punto es preciso aclararle a la demandada que si bien actuó en cumplimiento de las funciones de investigación y acusación que la ley y la constitución le confieren, también lo es que, el Consejo de Estado ha considerado que la presunción de inocencia, principio universal contenido en la Constitución Política de Colombia y en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, milita a favor del sindicado desde el inicio de la investigación. Pues a juicio de la alta Corporación “es un contrasentido pensar que la presunción de inocencia sólo tiene vigencia una vez que el Estado ha despejado las “dudas” o se ha enredado en ellas, pues el artículo 29 constitucional enseña que “toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado

judicialmente culpable". (Sentencia del 27 de octubre de 2005, radicado 15.367 M.P. María Elena Giraldo Gómez)

Por tanto, con la preclusión de la investigación penal por el del delito de Acto Sexual Abusivo que fue iniciado en contra del señor Rafael Montes Miranda, dictada por el Fiscal No. 21 de Cartagena en aplicación del principio constitucional del in dubio pro reo, se evidenció que ella no tenía jurídicamente que soportar la privación de su libertad por el término de 269 días desde el 14 de enero hasta el 9 de octubre de 2003, los cuales deben ser indemnizados por la accionada al ser la entidad que profirió la medida de aseguramiento de detención preventiva.

En consecuencia se declarará a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN patrimonial y extracontractualmente responsable por el daño antijurídico causado a los demandantes.

10. De los perjuicios:

En la demanda se pidió el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales.

10.1. Perjuicios morales

Con relación a la ocurrencia del perjuicio moral como consecuencia de la privación injusta de la libertad de una persona el Consejo de Estado expresó lo siguiente:

"De manera reiterada, la Corte Constitucional y esta Corporación han reconocido que después de la vida, la libertad constituye el más importante de los derechos fundamentales de las personas³². La Sala con apoyo en la doctrina ha destacado el elevadísimo valor que tiene para el ser humano gozar de su libertad. Ha expresado que "Después de la vida, el derecho a la libertad constituye fundamento y presupuesto indispensable para que sea posible el ejercicio de los demás derechos y garantías de los que es titular el individuo...La garantía de la libertad es, a no

³²Ver, por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-456 de 2006 y de la Sala de 4 de diciembre de 2006, exp 13 168 y de 6 de marzo de 2008, exp 16 075.

*dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho*³³.

*Además, la Sala se ha referido a las manifestaciones positiva y negativa del derecho a la libertad, que se concretan en permitir que toda persona pueda ser y hacer todo aquello que no afecte la esfera de los derechos de los demás, y a proscribir toda forma de coacción mediante la cual se pretenda obligar a las personas a hacer lo que no desean o a privarlas de realizar todo aquello que desean y que no interfieran en los derechos ajenos*³⁴. Y se ha concluido que *“cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precia de ser justa y democrática*³⁵.

*Por eso, la pérdida de la libertad genera a quien la sufre, un gran dolor moral, más aún cuando la retención se lleva a cabo en un centro de reclusión, porque en esas condiciones, el retenido pierde el contacto permanente con sus seres más queridos, el entorno en el que se ha desenvuelto su vida, la posibilidad de desarrollar sus proyectos, y se ve forzado a adaptarse a unas condiciones materiales que luego pueden afectar gravemente la reinserción a su medio social*³⁶.

Quien sufre una pena de prisión, o es sujeto de una medida de aseguramiento de detención preventiva, ve afectado no sólo sus derechos a la movilidad sino también otra serie de derechos fundamentales e intereses, como lo son: las libertades de expresión, de reunión y manifestación, de asociación, la libertad sexual y otra serie de derechos civiles, económicos y familiares.

*En síntesis, sin lugar a dudas, la privación de la libertad produce dolor moral a quien sufre esa limitación, por tratarse de la pérdida de uno de los derechos más relevantes para el desarrollo integral de la persona, porque esa limitación representa la restricción de otros derechos fundamentales y de otros intereses y porque implica una ruptura en el proyecto de vida de cualquier ser humano.*³⁷

La jurisprudencia contenciosa administrativa ha establecido que se presume el perjuicio moral por parte del privado injustamente de la libertad, como por los seres más cercanos a él. Ha dicho:

Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de ese tipo de daños a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de

³³ Sentencia de 6 de marzo de 2006, exp 13.168

³⁴ Sentencia de 6 de marzo de 2008, exp 16 075

³⁵ Sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp 13 168. Una amplia exposición doctrinaria sobre ese derecho puede verse en sentencias de 14 de abril de 2010, exp 18 960.

³⁶ Ver, por ejemplo, sentencias de 7 de diciembre de 2004, exps 13 481 y 14 676.

³⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D C , seis (6) de abril de dos mil once (2011). Radicación número. 19001233100019990203-01 (21 653) Actor JOAQUÍN CASTRO SOLÍS Y OTROS. Demandado.NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad.

Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999:

"A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél."³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de marzo de 2002, radicación 16932. Subrayado añadido.

Sobre la presunción del padecimiento de dichos perjuicios por los familiares del privado de la libertad, ha reiterado:

Se pone de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en casos de detención en establecimientos carcelarios se presume el dolor moral, la angustia y la aflicción de la víctima directa del daño, por la privación de la libertad³⁹, de la misma manera que se presume dicho dolor respecto de sus seres queridos, conforme a las reglas de la experiencia, tal como la Sala lo ha reconocido en otras oportunidades⁴⁰. Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de julio de 2009, Radicación 16932. Subrayado añadido.

La presunción del daño moral en los familiares de una persona, opera hasta el segundo grado de afinidad y el primero civil, sean ascendientes, descendientes o

³⁸ Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en. "Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas". 2ª ed., Edit. Civitas, Madrid, 2000, pág. 130

³⁹ Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp. 12 076

⁴⁰ Sentencia de 20 de febrero de 2 008, expediente 15 980.

colaterales. Así lo estableció el Consejo de Estado en providencia de 17 de julio de 1992, expediente número 6750⁴¹:

"En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2o., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar *la protección integral de la familia*, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. *Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes*". (Subrayas fuera de texto).

La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor:

"En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue:

- 1o. Los descendientes legítimos;
- 2o. Los ascendientes legítimos;
- 3o. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos;
- 4o. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1o., 2o. y 3o.;
- 5o. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1o., 2o., y 4o.;
- 6o. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores;
- 7o. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados.

Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o

⁴¹ Reiterada en sentencia de 30 de agosto de 2007. Expediente 15.724, actor: Oswaldo Pérez Barrios. En igual sentido ver, entre otras: Sentencia de once (11) de agosto de dos mil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02533-01(18894) Actor. NICOLÁS PADILLA MENDOZA Y OTROS.

estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos."

También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3o *ibidem*, que reza:

"La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución."

La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio.

Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales.

Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tomado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido *lo anormal* y de requerir la prueba de *lo anormal*. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien." Subrayado añadido.

Y sobre la tasación fijó lo siguiente:

"Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser reparatoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que,

sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

*No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquella y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización.”*Subrayado añadido.

Y más adelante expuso:

Sin duda, la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de septiembre de 2001, Radicación 1323 - 15646

Indican tales criterios, que los perjuicios morales se presumen respecto del directo afectado o privado injustamente de la libertad, y respecto de sus familiares más cercanos, según las suficientes reglas que sobre el punto ha decantado la misma jurisprudencia. La tasación del monto que se reconoce por perjuicio moral, es de carácter compensatoria, y se hace por parte del juez, teniendo en cuenta, en términos generales, la intensidad del perjuicio⁴², siendo que para la mayor intensidad se reconoce el monto máximo de 100 SMLM⁴³.

⁴²Al respecto, cabe ilustrar que el Consejo de Estado ha tenido en cuenta las condiciones personales del detenido, el tiempo de la detención, la congoja demostrada, otros asuntos ya decididos, etcétera. Cfr. 20 de febrero de 2008, radicado 15980, Sección Tercera, Consejo de Estado.

⁴³ Por regla general, la mayor intensidad se aprecia por la muerte de una persona.

En consecuencia, una vez verificado el grado de parentesco entre los demandantes y una persona privada injustamente de su libertad, es posible presumir el dolor y aflicción de aquellos, con lo que emana su legitimación en la causa material por activa.

Para el *sub examine*, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar del señor RAFAEL MONTES MIRANDA en su calidad de víctima directa de la privación injusta de su libertad, tal como se explicó en apartes anteriores de ésta providencia, quien permaneció privado de la libertad por un periodo de 269 días, y que al final fue absuelto del delito por el cual se le acusaba, estaba sujeto el demandante no solo a la angustia de la privación de su libertad si no a un descredito de su nombre y tranquilidad familiar; para determinar el monto de los perjuicios morales es preciso remitirnos a la posición adoptada recientemente por el Consejo de Estado sobre la tasación de dicho perjuicio en la sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 expediente 18001-23-31-000-1998-00147-01 MP Danilo Rojas Betancourth:

"[P]ara la determinación de la cuantía de la indemnización del perjuicio moral, la Sala se guiará por la proporción valor-tiempo que ha desarrollado en su jurisprudencia más reciente en los casos de privación injusta de la libertad.

Al respecto se ha considerado que es necesario establecer (...) el valor que, en promedio, se concede al mes de privación de libertad, atendiendo únicamente al factor temporal, sin perjuicio de que otras circunstancias concurrentes obliguen a reconocer una cifra más alta, y atendiendo al precedente jurisprudencial en virtud del tope indemnizatorio para el perjuicio moral es de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...) De acuerdo con estos parámetros, el promedio del valor correspondiente a un mes de privación de libertad, reconocido por la Sala, es de 5.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si se aplica dicho criterio temporal de cuantificación a la situación del señor José Rubiel Sánchez Sánchez, se tiene que el valor de la indemnización que debe reconocerse por su perjuicio moral es de 84.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el período de la detención (un año, cuatro meses y 20 días equivale a 16,56 meses) y multiplicarlo por el valor del promedio indicado."

De esa manera le corresponde a la Sala efectuar la operación correspondiente para el cálculo de la indemnización el cual se constituye en la conversión a meses del periodo de detención (269 días) es decir un total de 8,96 meses y multiplicarlo por el valor promedio indicado por el Consejo de Estado esto es 5,1 salarios por mes para un total de 45,696 Salarios Mínimos legales mensuales vigentes. Este valor será el que se le reconocerá al señor RAFAEL MONTES MIRANDA en su calidad de víctima directa.

En lo que atañe a las víctimas indirectas, por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, por lo que la indemnización será inferior.

Se encuentra probado con los registros civiles de nacimiento aportados en original y copia auténtica, obrantes de folios 23-26 del cuaderno No. 1, que los señores Elizabeth Montes Martínez (Hija del Perjudicado), Gloria Esther Miranda de Montes (Madre del Perjudicado, Gloria Saidy Montes Miranda (Hermana del Perjudicado) y Elizabeth Zarate Fajardo (Compañera permanente del perjudicada) tienen parentesco con el señor Rafael Montes Miranda, quien fue privado injustamente de su libertad. Igualmente se encuentra probado en el expediente, que el señor Rafael Montes Miranda, está actuando en representación de su menor hija Elisabeth Montes Miranda

De lo anterior, observa esta Sala que los demandantes en este proceso, acreditaron los parentescos con el señor Rafael Montes Miranda (víctima directa), por consiguiente, se encuentran legitimados materialmente en la causa por activa, todos los demandantes.

Así las cosas, como la demandada no desvirtuó la presunción de la aflicción causada a los actores por la privación injusta de la libertad del señor Rafael Montes Miranda, la Sala tiene por establecido el daño moral con fundamento en la presunción judicial o de hombre que constituye un criterio de valoración; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede

confundir con el indicio ya que este es un hecho, sin embargo, en su estructura lógica – deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, como quiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

Bajo esos criterios, la Sala encuentra razonable reconocer, por concepto de perjuicios morales, la suma de 22.848 SMLM a favor de las siguientes personas: Elizabeth Montes Martínez en calidad de hija de la víctima, Gloria Esther Miranda de Montes en calidad de madre de la víctima, Elizabeth Zarate Fajardo en calidad de compañera permanente de la víctima, finalmente la suma de 11.424 SMLM a favor de Gloria Saily Montes Miranda en calidad de hermana de la víctima, de quienes se presume los embargaron sentimientos de congoja y tristeza, por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Rafael Montes Miranda desde el 14 de enero de 2003 hasta el 9 de octubre de 2003.

10.2. Perjuicios materiales

Lucro cesante: Según el Código Civil el LUCRO CESANTE es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (art. 1614), esto es la pérdida de un interés futuro a un bien que todavía no corresponde a una persona. Este daño como cualquier otro debe indemnizarse, si se prueba, y en lo causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”, si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima; por ello, el daño es la medida del resarcimiento.

Este comprende la falta de productividad que se derive del acaecimiento del hecho, como sería para el caso lo dejado de percibir por parte del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, en razón de la privación de su libertad desde el 14 de enero de 2003 hasta el 9 de octubre de 2003, es decir, por un término de 269 días, es decir 8,96 meses.

El demandante solicita a título de lucro cesante la suma de CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$ 400.000) por cada mes que estuvo privado de su libertad, cantidad dinero, que según aquel, eran sus ingresos mensuales como taxista en esta ciudad; no obstante, dentro del expediente no se reposa ningún documento, del cual se pueda deducir la veracidad de la afirmación del actor.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe aplicarse la regla consagrada por vía jurisprudencial para casos como el presente, según la cual ante la falta de prueba del monto de los ingresos mensuales dejados de devengar por la persona privada de su libertad durante su reclusión, se presumirá que percibía por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente, de suerte que se reconocerá por concepto de lucro cesante mensual el equivalente al salario mínimo vigente al momento de la imposición de la medida de aseguramiento.

Por concepto de perjuicios materiales se liquidará el lucro cesante para lo cual tomará como base de su tasación el salario mínimo legal vigente al momento de los hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda en estudio debidamente actualizado.

Bases para la liquidación:

- Número de meses de reclusión = 269 días = 8,96 meses
- Salario mínimo legal mensual para la fecha de la detención = \$ 332.000
- El ingreso mensual será actualizado desde la fecha en que se produjo la privación de la libertad hasta la fecha de esta sentencia.

Formula de actualización del ingreso:

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

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 = 72,23(Enero/2003)

Vh, es el ingreso que tenía percibía el actor que para este caso era el salario mínimo legal mensual del año 2003 = \$ 332.000

$$Ra = \frac{114,23 \times \$ 332.000,00}{72,23}$$

$$Ra = \$ 525.059,00$$

Como el salario mínimo mensual de 2003, debidamente actualizado es inferior al salario mínimo mensual actual, se tomará este último para calcular la indemnización en este asunto.

Los perjuicios de orden material consistente en lo dejado de percibir por el demandante a causa de la detención se calcularán de acuerdo a la formula usada en estos casos:

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

Dónde: **S**, es la indemnización que se busca;

Ra, es la renta mensual actualizada = \$ 589.500, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales = \$ 736.875.00

i, es la tasa de interés= 6% anual, efectivo mensual 0.004867;

n, es el período durante cual se calcula y corresponde al tiempo en que estuvo detenido el actor, mas seis meses posteriores a la fecha en que el actor recupera su libertad, toda vez que este es el tiempo prudente en que la persona demoraría en

conseguir empleo = 14,96 meses

$$S = \$ 736.875,00 \frac{14,96 (1.004867) - 1}{0.004867}$$

S = \$ 11.406.131,00

Teniendo en cuenta lo anterior, se reconocerá a favor del señor RAFAEL MONTES MIRANDA, el valor de **ONCE MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$11.406.131.00)** por concepto de lucro cesante – indemnización vencida, incluidos seis meses para la indemnización, posteriores a la libertad del actor, toda vez que esta Sala considera que este es el tiempo prudente en que el actor conseguiría trabajo.

Por otra parte, observa esta Sala que el actor pretende como lucro cesante indemnización futura, pues esta pretensión será despachada desfavorablemente al demandante, toda vez que el actor en este caso no ha perdido su capacidad laboral, pues este derecho se reconocería al actor si este hubiese perdido su capacidad laboral, es decir que le fuese imposible volver a sus actividades laborales en el futuro, razón por la cual se le negara esta pretensión.

11. Solicitud de condena en costas:

Por último, respecto de la solicitud de condena en costas a la parte vencida, es preciso anotar que en desarrollo del artículo 171 del C.C.A. la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que en materia contencioso-administrativa el juez, a diferencia de lo realizado en la jurisdicción ordinaria civil, debe realizar una valoración subjetiva respecto a la conducta asumida por aquélla teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quien la

presenta un fundamento razonable.

2. Que haya existido de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas.
3. Acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio.

En el caso que ocupa a la Sala no se advierte la existencia de ninguno de los anteriores supuestos, ya que el simple hecho de haber ejercido una defensa material no es conducta reprochable tal como lo dijo el H. Consejo de Estado en la sentencia que aquí se comenta: *"no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora"*. En consecuencia no se condenará en costas a la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

Se declarará responsable a la Nación – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios causados a los demandantes por la privación injusta de la libertad de que fue víctima el señor Rafael Montes Miranda, y se la condenará al pago de las sumas indicadas en la parte motiva de esta providencia. Se negarán las demás pretensiones de la demanda.

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: Declarar administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación, por los perjuicios ocasionados a los demandantes con la privación injusta de la libertad que hizo padecer al señor RAFAEL MONTES MIRANDA.

SEGUNDO: Condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar las

siguientes cantidades de dinero:

a) Por concepto de perjuicios morales:

- Para el señor RAFAEL MONTES MIRANDA, en calidad de víctima directa se le reconocerá un valor equivalente a 45,696 Salarios Mínimos legales mensuales vigentes, por la privación injusta de su libertad, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
- Reconocer, por concepto de perjuicios morales, la suma de 22.848 SMLM a favor de las siguientes personas: Elizabeth Montes Martínez en calidad de hija de la víctima, Gloria Esther Miranda de Montes en calidad de madre de la víctima, Elizabeth Zarate Fajardo en calidad de compañera permanente de la víctima, finalmente la suma de 11.424 SMLM a favor de Gloria Saily Montes Miranda en calidad de hermana de la víctima, de quienes se presume los embargaron sentimientos de congoja y tristeza, por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Rafael Montes Miranda.

b) Por concepto de perjuicios materiales – Lucro Cesante:

La suma de **ONCE MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL CIENTO TREINTA Y UN PESOS M/CTE (\$11.406.131.00)**, a favor del señor Rafael Montes Miranda

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda

CUARTO: Las condenas se cumplirán en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

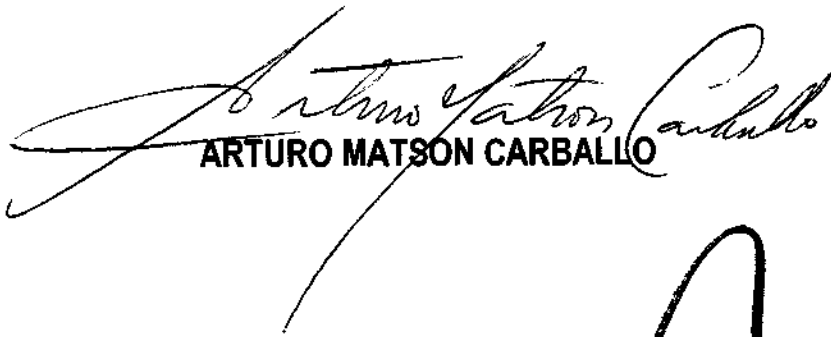
QUINTO: Sin costas por no haber constancia de actuaciones temerarias o con mala fe.

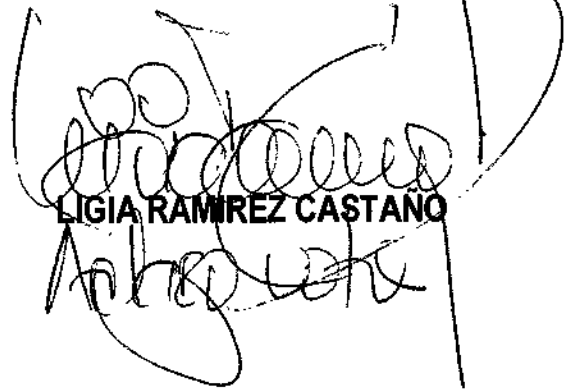
SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

f: 335
(2.0)



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

ACLARACION DE VOTO

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : 13-001-23-31-004-2005-01917-00
Demandante : RAFAEL MONTES MIRANDA Y OTROS
Demandado : NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Se dejará constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, la suscrita Magistrada no comparte en su totalidad la línea jurisprudencial expuesta por el H. Consejo de Estado en la sentencia de Sala Plena que en esta sentencia se cita, en cuanto se refiere a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad que, finalmente, ha venido a evidenciarse como una responsabilidad de carácter objetivo en la que no hay lugar a efectuar ninguna clase de análisis diferente a los parámetros prefijados por la Corporación de cierre de la jurisdicción.

Partiendo desde el postulado contenido en el art. 90 Superior, la suscrita Magistrada estima que no en todos los casos en que una persona haya sido sometida a medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y finalmente resulte exonerado de responsabilidad penal mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, i) porque el hecho no existió, ii) porque el sindicado no lo cometió o, iii) porque la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado.

A diferencia de lo expuesto por el H. Consejo de Estado y por mis respetados colegas considero que se debe siempre evidenciar la ilegalidad de la medida de aseguramiento, pues en tanto la misma se haya adoptado dentro del marco legal, es decir, con soporte fáctico y probatorio que la

sustente, haya sido oportuna, preventiva o haya evitado un daño mayor al conglomerado social, dicha detención no debe ser calificada como injusta. Sin perjuicio de lo anterior, como quiera que el tema objeto de esta controversia se encuentra decantado por vía jurisprudencial, la suscrita Magistrada acogerá tales pronunciamientos, a título de precedente judicial, con base en el criterio de obligatoriedad que ello conlleva para los jueces de instancia, tal como se lee en el siguiente aparte de la sentencia C-836/01.

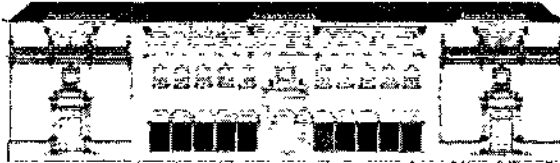
"... Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos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

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

Fecha ut supra.

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Magistrada de Descongestión No. 002



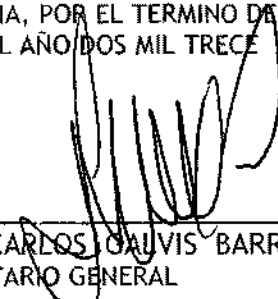
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1242
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: PRESTADORA DE SERVICIOS LA CASCADA S-A-E-S-P
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2010-00044-01
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, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 262-2013

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

TEMA: Devolución de tributos aduaneros – Devolución de IVA pagado en exceso.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13-001-33-31-006-2010-00044-01

II. PARTES

Demandante: Prestadora de servicios públicos La Cascada S.A. E.S.P.

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha once (11) de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

PRIMERO: Que se revoquen las siguientes Resoluciones:

- Resolución 1566 del 12 de agosto de 2009 proferida por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, la cual fue notificada el 15 de agosto de 2009.
- Resolución 1568 del 12 de agosto de 2009 proferida por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, la cual fue notificada el 15 de agosto de 2009.
- Resolución 1569 del 12 de agosto de 2009 proferida por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, la cual fue notificada el 15 de agosto de 2009.
- Resolución 1579 del 14 de agosto de 2009 proferida por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, la cual fue notificada el 22 de agosto de 2009.
- Resolución 1588 del 14 de agosto de 2009 proferida por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, la cual fue notificada el 22 de agosto de 2009.
- Resolución 2222 del 23 de Octubre de 2009, proferida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por la cual se niega un recurso de reconsideración, notificada el 27 de octubre de 2009.
- Resolución 2223 del 23 de Octubre de 2009, proferida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por la cual se niega un recurso de reconsideración, notificada el 27 de octubre de 2009.
- Resolución 2224 del 23 de Octubre de 2009, proferida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por la cual se niega el Recurso de reconsideración, notificada el 27 de octubre de 2009.
- Resolución 2225 del 23 de Octubre de 2009, proferida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por la cual se niega un recurso de reconsideración, notificada el 27 de octubre de 2009.
- Resolución 2226 del 23 de Octubre de 2009, proferida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por la cual se niega un recurso de reconsideración, notificada el 27 de octubre de 2009.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la nulidad de las anteriores resoluciones, se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la expedición de las liquidaciones oficiales de corrección que fueron negadas.

HECHOS

La Sociedad prestadora de servicios públicos la Cascada S.A. E.S.P., importó el 11 de mayo de 2007, equipos y maquinaria destinados al desarrollo de proyectos exportadores de certificados de emisión de carbono y llamados a reducir emisión de gases causantes del denominado efecto invernadero.

Al momento de efectuar la importación, la sociedad liquidó por concepto de tributos aduaneros una suma que incorporaba el correspondiente arancel más el IVA, aspectos estos que constan en las declaraciones de importación, cuyas copias reposan en los archivos de la DIAN.

Con posterioridad a la importación y pago de los tributos aduaneros, el despacho de la Viceministra de Ambiente a través de la certificación 3062 del 7 de julio de 2008, dispuso que sobre los equipos objeto de la importación, se acreditaba su acogimiento a lo dispuesto en el artículo 428 literal b) del Estatuto Tributario, documento este cuya copia reposa en los archivos de esa administración, en donde se certifica que la mercancía importada se encontraba exenta del pago de IVA.

Con base en la anterior certificación, la demandante solicitó el 21 de abril de 2009, mediante escrito radicado ante la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, la expedición de una liquidación oficial de corrección, por menor valor, correspondiente al IVA cuya exclusión se alega.

Dicha solicitud fue remitida a la Administración de Aduanas de Cartagena para su conocimiento y fallo, por ser esta la aduana ante la cual se presentaron las declaraciones de importación.

La División de Gestión de Liquidación de esa Administración profirió entre el 12 y el 14 de agosto del año 2009, resoluciones por medio de las que negó la solicitud, considerando concretamente que no es procedente la solicitud de liquidación oficial de corrección por pago en exceso de IVA, sino que dicho pago en exceso debe entenderse como pago de lo no debido, y por consiguiente es la División de Gestión de Recaudación y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cartagena, la encargada de verificar el cumplimiento de las exigencias legales para acceder al beneficio tributario, y proceder o no a la posterior devolución de los dineros pagados sin causa legal alguna, por consiguiente procedió a la negación de la solicitud de liquidación oficial de corrección.

Frente a esas resoluciones se interpuso en tiempo el respectivo recurso de reconsideración.

La administración negó los recursos, mediante resoluciones notificadas el 27 de octubre de 2009.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con la expedición de los actos administrativos objeto de impugnación, la Administración de Aduanas ha violado las siguientes normas:

Artículo 264 de la Ley 2223 de 1995, artículos 89, 513 y 548 del Estatuto Aduanero; Artículo 424-5 del Estatuto Tributario; Artículo 428 de la Resolución 4240 de 2000.

El fundamento de las pretensiones de la sociedad demandante, puede resumirse de la siguiente forma:

En primer lugar el fondo de la Litis se centra en la determinación de la legalidad del procedimiento utilizado por el actor dentro de los procesos puestos a consideración en sede gubernativa.

La Administración Seccional de Cartagena negó las solicitudes de liquidación oficial de corrección bajo el entendido de que el procedimiento aplicable era el de haber solicitado la devolución de los pagos como si los mismos hubiesen correspondido a pagos de lo no debido.

Dentro de ese esquema, según el análisis administrativo el contribuyente debió haber efectuado una solicitud directa de devolución, sin haber hecho previa solicitud de corrección de la liquidación privada.

No comparte la demandante ese criterio por cuanto tal y como lo señaló el superior jerárquico de la administración seccional a través de la resolución 10140 del 24 de noviembre de 2009, dado que las liquidaciones que se pretende corregir incorporaban IVA y arancel, y al momento de producirse la certificación de la autoridad ambiental surgió el derecho para restar de las liquidaciones el monto correspondiente al IVA sin modificar el arancel, el procedimiento correcto es el de solicitar la declaración de existencia de un pago en exceso aspecto este que debe ir precedido de una corrección oficial.

Dijo de manera expresa el despacho:

"En tal virtud, como la suma liquidada y pagada en la declaración de importación... por concepto de tributos aduaneros obedece a dos ítems... se está en presencia de un pago en exceso en razón a que se pagaron más tributos aduaneros de los que se debían cancelar".

Sumado a lo anterior nos permitimos ratificar los siguientes argumentos: a. La situación que se debate corresponde a un pago en exceso.

Debe efectuarse una distinción en cuanto al soporte doctrinario citado por la Administración. Una cosa es la obtención de la certificación de la autoridad ambiental previa a la importación, y otra es su obtención con posterioridad a la introducción de bienes al territorio nacional.

En ese sentido, es claro que el importador que ha acreditado los requisitos frente a la autoridad ambiental como paso previo a la nacionalización de los respectivos bienes o equipos, tiene ya un derecho a que esa operación se considere excluida del IVA, razón por la cual si se equivoca e incluye en la declaración de importación un IVA que no ha debido causarse, opera el fenómeno del pago de lo no debido.

Por ello dice el oficio transcrito por el despacho:

"En tal virtud, si en la adquisición de bienes destinados al medio ambiente, cuya certificación ha sido expedida por el organismo competente para tener derecho al beneficio de exclusión del IVA, se ha pagado el correspondiente impuesto, habrá lugar a la devolución del mismo..."

Nótese como en este caso al momento de nacionalización, el importador ya contaba con la correspondiente certificación, y no obstante lo anterior por error liquidó un impuesto que carecía de causa o fundamento legal.

Sin embargo, la situación en el caso sub examine resulta diferente, por cuanto el contribuyente no contaba con la acreditación del Ministerio, al momento de la importación. Así las cosas, el derecho a la exclusión se encontraba supeditado a la verificación de la autoridad ambiental, haciendo en consecuencia que el pago efectuado por la sociedad al momento de la importación si fuera valido.

El fenómeno del pago de lo no debido ha sido entendido por la DIAN mediante 117 de noviembre 25 de 2003 como todo *"aquél que se ha efectuado a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que medie causa legal que genere la obligación"*, mientras que el pago en exceso hace referencia al evento en que el importador asume un mayor valor de tributos aduaneros por alguna de las causas referidas en el artículo 548 del estatuto Aduanero.

Es evidente que la sociedad importadora se encuentra incurso en la causal descrita en el literal a) del artículo 548 cuyo tenor es el que se muestra a continuación:

"a) Cuando se hubiere liquidado en la declaración de importación y pagado una suma mayor a la debida por concepto de tributos aduaneros".

Lo que sucede es que por un hecho sobreviniente, el monto de los tributos aduaneros se reduce por la aplicación ex post de la exclusión.

Así las cosas, cuando el importador diligenció su declaración, le dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 89 del estatuto Aduanero que sobre el particular dice lo siguiente:

"Los tributos aduaneros que se deben liquidar por la importación, serán los vigentes en la fecha de presentación y aceptación de la respectiva declaración de importación".

En ese orden de ideas, es importante señalar que no todas las exclusiones operan por el simple ministerio de la ley, sino que en condiciones excepcionales se exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Tal es el caso de las consagradas en los artículos 424-5 numeral 4° y literales f), g) e i) del artículo 428 del Estatuto Tributario.

En ese sentido, cabe señalar que la autoridad ambiental bien habría podido rechazar la solicitud del contribuyente, aspecto que este que habría determinado la validez de la liquidación inicial del importador.

Por todo lo anterior, si los importadores optaron por obtener la certificación con posterioridad a la importación, para el momento de introducción de los equipos al país, deben pagar la totalidad de los tributos aduaneros, por cuanto su exclusión está sujeta al cumplimiento de un hecho futuro e incierto.

En conclusión frente a este punto compartimos plenamente lo dicho por la Administración de Aduanas de Barranquilla para un caso análogo al debatido. Dijo la Administración:

"Así las cosas y recordando que de conformidad con el artículo 89 del decreto 2685 de 1999, los tributos aduaneros que se deben liquidar por la importación, serán los vigentes en la fecha de presentación y aceptación de la respectiva de Importación y que de conformidad con el artículo 424-5 numeral 4° del Estatuto Tributario la mercancía goza de exclusión de IVA, considera este despacho que nos encontramos ante un pago en exceso de tributos aduaneros; encuadrándose entonces típicamente con los presupuestos legalmente establecidos para la expedición de la Liquidación Oficial de Corrección para efectos de Devolución, contenidos en el Artículo 513 del decreto 2685 de 1999, en armonía con el artículo 438 de la resolución 4240 del 2000".

b. La obtención de la certificación del Ministerio puede ser posterior a la importación. En lo tocante a este punto nos permitimos citar el Concepto 75990 de Octubre 18 de 2005 de la DIAN: *"Por lo tanto, y de acuerdo con la sentencia, la oportunidad en la cual debe acreditarse la certificación expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, con el fin de acceder al beneficio de la exclusión del IVA...no está limitada al momento de la venta o presentación u aceptación de la declaración de importación, pues tal circunstancia en tanto corresponde efectivamente a un elemento de carácter probatorio no ligado al momento en que sume el hecho generador puede acreditarse con posterioridad a su ocurrencia. Así mismo, el importador que no haya obtenido la certificación previamente y POR LO TANTO NO SOLICITÓ EN LA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN EL BENEFICIO DE LA EXCLUSIÓN DEL IVA puede reclamarlo con posterioridad a su ocurrencia de conformidad con el procedimiento vigente, allegando la correspondiente certificación".*

Del pasaje transcrito, se evidencia que la certificación puede obtenerse con posterioridad a la importación, y que tal hecho no exonera al importador de liquidar los tributos aduaneros de conformidad con las reglas generales.

Por ello si logra obtener la acreditación, estará legitimado para solicitar su devolución, previo el agotamiento del procedimiento previsto para el efecto.

c. Acreditado el pago en exceso, se debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 438 de la resolución 4240 de 2000.

Habiéndose demostrado que se está ante el fenómeno del pago en exceso, se debe atender lo dispuesto por la resolución 4240 de 2000, cuando dice:

"sin perjuicio de lo establecido en el artículo 513 del decreto 2685 de 1999, la liquidación oficial de corrección, procederá a solicitud de parte, dirigida a la División de liquidación, o a la dependencia que haga sus veces, cuando:

b) cuando se trate de establecer el monto real de los tributos aduaneros, en los casos en que se aduzca pagos en exceso,,."

El criterio de la parte demandante busca más firmeza en el concepto 117 del 25 de noviembre de 2003, cual dice lo siguiente:

"Empero, es importante precisar que aun cuando la declaración de corrección no produce efecto cuando pretende liquidar un menor valor a pagar por concepto de tributos aduaneros, en los eventos de sumas pagadas en exceso o pagos en exceso, la legislación ha previsto otra figura legal que permite definir el valor real de la obligación a pagar y el monto del excedente cancelado, figura esta que corresponde a la liquidación oficial de corrección, cuya esencia se traduce en una disminución del valor a pagar por concepto de tributos aduaneros.

Como se analizara en el problema jurídico anterior, la presentación de la solicitud de devolución de una suma pagada en exceso o pago en exceso originado en una declaración de importación exige POR EXPRESA DISPOSICIÓN LEGAL, UNA LIQUIDACIÓN OFICIAL DE CORRECCIÓN CUYO OBJETO RADICA EN DISMINUIR EL VALOR A PAGAR POR TRIBUTOS ADUANEROS".

d. La solicitud de corrección es oportuna por cuanto el término para hacerlo, corresponde a de firmeza establecida en el artículo 131 del Estatuto Aduanero que es de tres años contados a partir de la fecha de presentación.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Folio 157 a 162)

La apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando entre otras cosas que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho, pues al ser el IVA el impuesto excluido por mandato legal, y por tratarse de devolución del pago de lo debido, es la División de Gestión de Recaudación y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuesto de Cartagena, la encargada de verificar el cumplimiento de las exigencias legales para acceder a tal beneficio tributario y proceder o no a la posterior devolución de los dineros pagados sin causa legal alguna, razón por la cual, dicha solicitud de devolución deberá según las normas de competencia funcional dirigirse y reclamarse ante dicha División.

En el presente caso, si bien el declarante al momento de diligenciar la Declaración de Importación se liquidó y pagó los tributos aduaneros sin acogerse a la exención del IVA que le otorgaba el literal i) del artículo 428 del Estatuto Tributario, esta circunstancia corresponde efectivamente a un elemento de carácter probatorio no ligado al momento en que surge el hecho generador, razón por la cual puede acreditarse con posterioridad a su ocurrencia al no generarse la pérdida de dicho beneficio. De tal manera que, al estar su derecho vigente, es exigible sin necesidad de que medie declaración alguna por parte de la División de Gestión de Liquidación de este Dirección Seccional.

Considerándose que el pago de lo no debido es aquel que se ha efectuado sin que medie causa legal que genere la obligación, encontramos que esta figura jurídica aparece regulada en el Decreto 1000 de 1997 mediante el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones cuando prevé en el artículo 21, que es procedente la devolución o compensación de los pagos efectuados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cuando no exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento.

En materia de aduanas, esta figura jurídica como tal, tiene su correspondencia legislativa en el Decreto 1000 de 1997, a través del cual se reglamentó parcialmente

el procedimiento de devoluciones y compensaciones, este decreto en forma genérica, prevé, en su artículo 21, que es procedente la devolución o compensación de los pagos efectuados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cuando no exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento.

Concretamente la entidad demandada en la vía judicial sustentó su defensa, con los mismos argumentos con los que procedió a negar las solicitudes de liquidación oficial de corrección presentadas en la vía gubernativa.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 624-635)

En la sentencia de primera instancia el A quo concedió las pretensiones de la demanda, concretamente consideró que sí era procedente la liquidación oficial de corrección solicitada por la parte actora, al igual que la devolución del IVA pagado en exceso.

En las consideraciones del fallo apelado se dispuso entre otras cosas lo siguiente:

“Así las cosas, según la valoración conjunta de las pruebas arriba citadas, es evidente para el Despacho en primera medida que, efectivamente en las declaraciones de importación objeto del presente asunto, la sociedad actora liquidó y pagó por concepto del IVA un 16% en cada una de las respectivas declaraciones, por valores que van desde los \$ 2.234.792 (F. 421) hasta los \$105.574.631 (F. 579), siendo las mismas presentadas los días 27 de febrero, 12 de abril, y el 11 y 17 de mayo del año 2007.

No obstante lo anterior, en fecha posterior a tales declaraciones, esto es el 15 de febrero de 2008 la hoy sociedad actora solicitó al Ministerio de Ambiente que certificara el beneficio de exclusión tributaria -IVA- que poseían los equipos y maquinas importados por dicha sociedad, de conformidad con el Artículo 478 literal i) del Estatuto Tributario; dicha certificación fue expedida el 8 de julio de 2008 (F. 421, 473, 525 y 579 del Cuaderno No. 3). de tal certificación se evidenció, que los bienes importados por las sociedad actora con las declaraciones de importación Nos. 09019110848158 del 27 de febrero de 2007, 09019140814819 del 17 de mayo de

2007, 09019140812339 del 11 de mayo de 2007, 09019140814801 del 17 de mayo de 2007 y 09019121010672 del 12 de abril de 2007, efectivamente se encontraban excluidos del pago del tributo del IVA.

Así las cosas, y dado que en el presente caso, en fecha posterior al pago de los tributos aduaneros con las declaraciones de importación respectivas, la sociedad actora obtuvo la certificación emitida por el Ministerio del Ambiente sobre la destinación de los equipos y maquinaria importados que exige el literal i) del artículo 428 del Estatuto Tributario para la exclusión del IVA, es claro que la sociedad importadora y contribuyente la Cascada S.A. E.S.P., tenía derecho de solicitar la liquidación de corrección, a efectos de la devolución del IVA pagado en cada una de las declaraciones de importación respectivas, en razón a que dicha sociedad, no hizo cosa distinta que declarar y pagar un tributo -IVA-, el cual se encontraba exento de pago por expresa disposición legal, pero que ante la falta de la certificación requerida no podía esgrimir ese beneficio, al momento de la presentación de las declaraciones de importación.

En ese orden, con fundamento en literal b) del Art. 438 de la Resolución No. 4240 de 2000 y artículos 548 y 550 del Decreto 2685 de 1999, las solicitudes de liquidación oficial de corrección para la devolución del IVA pagado en exceso hechas por la sociedad demandante, sí eran procedentes y debieron ser tramitadas por la División de Gestión de Liquidación de la DIAN Cartagena, para que fuera la administración quien determinara el monto real de los tributos aduaneros pagados en exceso, profiriendo las Liquidaciones Oficiales de corrección, para que, con fundamento en éstas, el importador La Cascada S.A. E.S.P., pudiera solicitar, a la Dirección de Impuestos competente, la devolución del mayor valor pagado en exceso o el valor que se pagó de manera indebida, dado que la liquidación oficial de corrección constituye un requisito previo para la devolución de los tributos pagados en exceso, de conformidad con los artículos 548 y 550 del Decreto 2685 de 1999, y reiterado por la Jurisprudencia actual.

Contrario a lo anterior, no puede la Administración Aduanera considerar, al hacer una interpretación sesgada y restringida de la normatividad aduanera y tributaria, que las solicitudes de liquidación oficial de corrección hechas por la sociedad actora debieron ser elevadas de manera directa ante la División de Recaudación y Cobranza de la Dirección Seccional de Cartagena y no ante la División de Gestión de Liquidación, pues ninguna normatividad vigente así lo indica, y entenderlo así vulneraría el principio de prevalencia de lo sustancial -y el derecho que tiene el importador, de solicitar la devolución de los tributos aduaneros que fueron pagados en exceso; sin que tenga relevancia, que los mismos, sean considerados pagos en exceso o pagos de lo no debido, pues ambos conceptos según la jurisprudencia citada, hacen viable la solicitud de liquidación oficial de corrección de conformidad con el artículo 528 literal i) del Estatuto Tributario, y en virtud el procedimiento legalmente establecido en los artículos 548 y 550 del Estatuto Aduanero en armonía con el artículo 138 de la Resolución 4240 de 2000.

Así las cosas, considera el despacho que, al haberse presentado de manera oportuna las solicitudes de corrección oficial por parte de la sociedad actora, esto es, dentro de los tres (3) años siguientes a la presentación y aceptación de las declaraciones de importación objeto del presente asunto (Art. 131 del Estatuto Aduanero), y además haberse acreditado mediante la certificación expedida por el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, la exclusión del IVA en los bienes importados por la hoy actora (Literal i del Art. 528 del Estatuto Tributario), la sociedad actora tenía derecho a solicitar -tal y como lo hizo- las liquidaciones de corrección, a efectos de la devolución del IVA pagado en exceso, teniendo la Administración Aduanera la obligación de expedir las liquidaciones oficiales de corrección respectivamente, dado el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normatividad aduanera y tributaria para la exclusión del IVA en los bienes importados por la sociedad demandante.

Por consiguiente a juicio de este despacho la DIAN, al expedir los actos demandados, aplicó e interpretó de manera errada la normatividad aduanera, específicamente la contemplada en los artículos 548 y 550 del Decreto 2685 de 1999, así como el artículo

428 de la Resolución 4240 de 2000, violando además el Artículo 528 literal i) el Estatuto Tributario, al negar la corrección de las declaraciones objeto del presente asunto, lo que reviste de ilegalidad a los actos acusados, debiéndose declarar la nulidad de los mismos.

Recapitulación

Este despacho, conforme a las premisas normativas expuestas, aplicadas al caso concreto, concluye que ha de salir avante las peticiones de nulidad de la actora, por cuanto la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Seccional Cartagena, expidió los actos que se acusan, haciendo uso de una indebida interpretación y aplicación de la normatividad aduanera, violando además el Estatuto Tributario, toda vez que las mercancías o equipos declarados por la sociedad actora, al poseer la calidad de bienes exentos del IVA, según certificación expedida por el Ministerio de Ambiente, y al haberse pagado tales impuestos previamente a la obtención de tal certificación, eran procedentes las solicitudes de liquidación oficial de corrección para la devolución del IVA liquidado y pagado en las declaraciones de importación respectivas, según lo disponen los artículos 548 y 550 del Decreto 2685 de 1999, así como el artículo 428 de la Resolución 4240 de 2000, y 528 literal i) el Estatuto Tributario, siendo preciso que el Estado (DIAN) en aplicación de los principios de legalidad, justicia y seguridad Jurídica garantice una correcta aplicación de la normatividad aduanera."

En conclusión, la juez de primera instancia encontró desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados dentro del presente proceso, declarando a nulidad de los mismos y ordenando el respectivo restablecimiento del derecho.

D.LA APELACION (Folio 637 a 640)

La entidad demandada concretamente en su recurso de apelación presentó los siguientes argumentos:

“Consideramos que las actuaciones adelantadas por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, se encuentran ajustadas a derecho, por las siguientes consideraciones:

Insistimos que la División de Liquidación Aduanera negó la solicitud de Liquidación Oficial de Corrección toda vez que en el presente caso no se configuran ninguna de las causales establecidas en el artículo 438 de la Resolución 4240 de 2000, considerando que las exclusiones de IVA operan de pleno derecho acreditando la certificación establecida en el presupuesto normativo del Estatuto Tributario, y por lo tanto debía seguirse el procedimiento establecido para obtener la devolución directa de las sumas pagadas indebidamente solicitándola ante la División de Gestión de Recaudo y Cobranza para su respectiva devolución.

En contra de esta decisión, el recurrente plantea la procedencia de la Liquidación Oficial de Corrección como mecanismo para que se declare que existe un saldo a favor de la sociedad **PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS LA CASCADA S.A. E.S.P.**, teniendo en cuenta que se cancelaron sumas en exceso por cancelar el IVA en una importación que no causa tal impuesto de acuerdo a la exención establecida en el artículo 428 del Estatuto Tributario Literal i).

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si es procedente o no, de acuerdo a los antecedentes descritos en el acápite de los hechos y su adecuación típica a las normas aduaneras, expedir Liquidación Oficial de Corrección a favor del importador sociedad **PRESTADORA DE SERVICIOS PÚBLICOS LA CASCADA S.A. E.S.P.**, determinando si las sumas canceladas por concepto de IVA son consideradas como sumas pagadas en exceso o como pago de lo no debido.

Al respecto, existe en la entidad una posición doctrinal sobre las normas que regulan los tratamientos preferenciales y las exenciones de tributos aduaneros, señalando que operan de pleno derecho y por lo tanto no requieren de concepto previo y favorable por parte de esta entidad, pues, configurados los supuestos establecidos por la ley, los titulares del derecho deberán invocar tal beneficio.

En el presente caso, si bien el declarante al momento de diligenciar la Declaración de Importación se liquidó y pagó los tributos aduaneros sin acogerse a la exención del IVA que le otorgaba el literal i) del artículo 428 del Estatuto Tributario, esta circunstancia corresponde efectivamente a un elemento de carácter probatorio no ligado al momento en que surge el hecho generador, razón por la cual puede acreditarse con posterioridad a su ocurrencia al no generarse la pérdida de dicho beneficio. De tal manera que, al estar su derecho vigente, es exigible sin necesidad de que medie declaración alguna por parte de la División de Gestión de Liquidación de esta Dirección Seccional.

Considerándose que el pago de lo no debido es aquel que se ha efectuado sin que medie causa legal que genere la obligación, encontramos que esta figura jurídica aparece regulada en el Decreto 1000 de 1997 mediante el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones cuando prevé en el artículo 21, que es procedente la devolución o compensación de los pagos efectuados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cuando no exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento.

Al respecto el Concepto 117 de fecha 23 de noviembre de 2003 Problema Jurídico No. 3 confirma lo anterior cuando señala:

Problema Jurídico: ¿CUANDO, UN VALOR PAGADO, PUEDE SER CATALOGADO COMO "SUMA PAGADA EN EXCESO" Y CUANDO COMO "PAGO DE LO NO DEBIDO"? Tesis Jurídica: SE CONSIDERA QUE EXISTE "SUMA PAGADA EN EXCESO" O "PAGO EN EXCESO" CUANDO EL IMPORTADOR, AL MOMENTO DE EFECTUAR LA LIQUIDACIÓN Y/O PAGO DE LA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN HA COMETIDO ERROR QUE SE AJUSTA A UNA DE LAS EVENTUALIDADES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 548 DEL DECRETO 2685 DE 1999 Y CONSECUENCIALMENTE HA PAGADO MÁS DINERO DEL QUE ESTA OBLIGADO A SUFRAGAR EN RAZÓN DE LA OPERACIÓN DE IMPORTACIÓN. EN TANTO QUE SE ENTIENDE POR PAGO DE LO NO DEBIDO TODO AQUEL QUE SE

HA EFECTUADO A LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
SIN QUE MEDIE CAUSA LEGAL QUE GENERE LA OBLIGACIÓN. (Subrayado
Propio)

En materia de aduanas, esta figura jurídica como tal, tiene su correspondencia legislativa en el Decreto 1000 de 1997, a través de la cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones, este decreto en forma genérica, prevé, en su artículo 21, que es procedente la devolución o compensación de los pagos efectuados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cuando no exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento...

...El artículo 21 prevé en forma genérica que:

Artículo 21. Término para solicitar y efectuar la devolución de pagos de lo no debido. Habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse la solicitud ante la Administración de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 17 del presente decreto..." (negrilla fuera de texto)...

Del texto de la norma transcrita se colige cuando es procedente impetrar solicitud de devolución por pago de lo no debido, pues, aunque no establezca causales explícitas deja entrever que éste se genera cuando el importador ha efectuado un pago sin que exista causa legal que soporte la existencia de la obligación. Negrilla fuera de texto.

Estos presupuestos de aplicabilidad de la figura del "pago de lo no debido", se mantienen vigentes aún después de proferido el Decreto 2685 de 1999, pues si bien es cierto este Decreto en su artículo 571 deroga en forma expresa los artículos 16 al 20 del Decreto 1000 de 1997, también lo es que, las demás disposiciones se mantienen vigentes, por lo cual la interpretación plasmada en concepto No. 004 de 1999, resulta válida.

En este mismo orden al absolver el problema jurídico No. 2, referido así: ¿Para solicitarla devolución de pagos no debidos, se requiere que la división de liquidación con antelación haya proferido liquidación oficial donde se reconozcan los pagos no debidos, o es viable que la división de devoluciones o quien haga sus veces proceda a efectuar la devolución directamente? El concepto 004 de 1999 puntualiza que para solicitar la devolución de pagos no debidos, no se requiere que la división de liquidación con antelación haya proferido liquidación oficial donde se reconozcan los pagos no debido.

Específicamente el concepto que El artículo 22 del Decreto 1000 de 1997, a través del cual se establecen los requisitos de la solicitud de devolución de pagos de lo no debido, establece:

"Artículo 22. Para la procedencia de las devoluciones o compensaciones a que se refiere el artículo anterior, además de los requisitos generales pertinentes, en la solicitud deberá indicarse número de auto adhesivo y fecha de los recibos de pago correspondientes"

...Salta a la vista que la legislación vigente, no consagra como requisito de la solicitud de devolución o compensación por pagos de lo no debido la liquidación oficial de corrección. Consecuencialmente, resultaría impropio pretender establecer un término para que el particular radique la solicitud de liquidación oficial de corrección en los casos de pago de lo no debido, pues no siendo este un requisito no es necesario que la misma sea impetrada por el-particular"

En este orden de ideas, al ser el IVA excluido por mandato legal, y teniendo claro el procedimiento señalado para solicitar su devolución por tratarse de un pago de lo no debido, es la División de Gestión de Recaudación y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuesto de Cartagena la encargada de verificar el cumplimiento de las exigencias legales para acceder a tal beneficio tributario y proceder o no a la posterior devolución de los dineros pagados sin causa legal alguna, razón por la cual, dicha

solicitud de Devolución deberá según las normas de competencia funcional dirigirse y reclamarse ante dicha división.”

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no rindió concepto en el trámite de segunda instancia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto 16 de mayo de 2012, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 25 de febrero de 2013, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia a lo cual se procede previas las siguientes.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Síntesis del caso.

La empresa prestadora de servicios públicos La Cascada S.A. E.S.P., procedió a la importación de una mercancía, para lo cual presentó 5 declaraciones de importación (09019140814801 del 17 de mayo de 2007, 09019140812339 de 11 de mayo de 2007, 09019110848158 del 27 de febrero de 2007, 09019121010672 del 13 abril de 2007, 09019140814819 del 17 de mayo de 2007), en las cuales procedió a la declaración y pago del arancel de importación y del IVA correspondiente.

Con posterioridad a la importación de la mercancía, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, expidió certificación (Folio 584 a 586) en la que dejó constancia de las mercancía importadas se encontraban exentas del pago del impuesto del IVA, pues los bienes importados hacen parte de un control necesario para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes, como cumplimiento del requisito establecido en el artículo 428 literal i) del Estatuto Tributario, razón por la cual el importador procedió a solicitar la liquidación oficial de corrección por el pago del impuesto de IVA que hizo en exceso.

La DIAN negó la solicitud de liquidación oficial de corrección solicitada por la parte actora, argumentando concretamente que el pago del impuesto de IVA pagado al momento de la importación de la mercancía, debe tenerse como pago de lo no debido, por consiguiente se debió realizar la solicitud de devolución aplicando el Decreto 1000 de 1997, el cual establece el procedimiento para reclamar el pago de lo no debido a la DIAN, por consiguiente el interesado debió dirigir su solicitud de devolución del IVA pagado en exceso a la División de Gestión de Recaudación y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuesto de Cartagena, no siendo procedente a su juicio la liquidación oficial de corrección. Este fue puntualmente el argumento planteado por la DIAN en la vía gubernativa, y en la vía judicial tanto en la contestación de la demandada, como en la sustentación del recurso de apelación.

La juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenando a la DIAN realizar la liquidación oficial de corrección, por el pago en exceso del impuesto de IVA, pues a su juicio la DIAN realizó una incorrecta interpretación de los artículos 548 y 550 del Decreto 2685 de 1999, así como del artículo 428 de la Resolución 4240 de 2000, y 528 literal i) del Estatuto Tributario, interpretación que la DIAN debió realizar en correcta aplicación de los principios de legalidad, justicia, y seguridad jurídica.

3. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico se concreta en determinar si le corresponde a la DIAN acceder a la solicitud de devolución de IVA, petición presentada a través de una solicitud de

liquidación oficial de corrección, por haber cancelado en el trámite de una importación un IVA sobre unos bienes que se encuentran exonerados de dicho tributo.

4. Caso Concreto.

En cuanto a la norma que exonera del pago de IVA al bien objeto de importación, se tiene que el Estatuto Tributario indica lo siguiente:

“Artículo 424-5.- Bienes excluidos del impuesto. Quedan excluidos del impuesto sobre las ventas los siguientes:

(...)

4. Los quipos y elementos nacionales o importados que se destinen a la construcción, instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, necesarios para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes, para lo cual deberá acreditarse tal condición ante el Ministerio del Medio Ambiente.”

4.1 Naturaleza Jurídica del Arancel

El Arancel se entiende como una figura propia del Derecho Aduanero, consistente en un impuesto que debe pagar toda persona, natural o jurídica, que introduzca una mercancía extranjera a los territorios delimitados por las fronteras patrias. En palabras más simples, el arancel es un impuesto que deben pagar los importadores por adquirir mercancías provenientes del exterior e introducirlas en forma legal a nuestro país.

El Impuesto a las Importaciones está sometido al régimen contemplado en el Decreto 2685 de 1999 por el cual se adoptó el Estatuto Aduanero. El artículo 87 de esa normativa nos enseña cómo se genera la obligación aduanera en materia de importaciones.

*“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.”

El Estatuto Aduanero prevé unos criterios para liquidar el Arancel, y son los siguientes:

*“Artículo 89. **Liquidación de los tributos Aduaneros.** Los tributos aduaneros que deben liquidar por la importación, serán los vigentes en la fecha de la presentación y aceptación de la declaración inicial. Cuando se trata de una modificación de la Declaración de Importación, los tributos aduaneros y la tasa de cambio aplicables serán los vigentes en la fecha de presentación y aceptación de la modificación de la Declaración.”*

Vemos entonces que el factor que determina la liquidación del arancel, es la fecha en que se presenta y acepta la Declaración de Importación de la mercancía adquirida por el Importador.

Ahora bien, el importador, una vez presentada y aceptada la Declaración de Importación, deberá cancelar el valor del Arancel Aduanero en los términos establecidos por el legislador, en las entidades autorizadas por la Administración Aduanera del lugar donde se encuentre la mercancía.

En lo concerniente la norma dispone:

*“Artículo 124. **Pago de tributos Aduaneros.** Presentada y aceptada la declaración el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, deberá efectuarse en los bancos y demás entidades financieras autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ubicada en la jurisdicción aduanera donde se encuentre la mercancía, dentro del plazo establecido en el artículo 115º del presente Decreto, o dentro del plazo para presentar la Declaración de Importación, si se trata de Declaración Anticipada.”*

El plazo al que se refiere el artículo 115 del Decreto 2685 de 1999 es de dos (2) meses contados a partir de la llegada de la mercancía a territorio aduanero nacional, prorrogables hasta por dos (2) meses más cuando la Autoridad Aduanera así lo autorice.

4.2 Sobre el pago en exceso del Arancel – Procedimiento para su devolución.

Para abordar el presente tópico debe precisarse, que todo sistema estatal es susceptible de incurrir en errores que eventualmente pueden repercutir en la situación jurídica del administrado, de manera que resulta posible que al momento de liquidar el valor de los aranceles producto de las importaciones que ingresan al país, se generen errores en la tasación del tributo, y precisamente ello justifica la previsión del Estatuto Aduanero, al implementar un procedimiento para hacer efectiva la devolución de las sumas pagadas en exceso.

En ese contexto, el artículo 548 del Decreto 2685 de 1999 consagra el marco general de procedencia de las devoluciones en materia de tributos aduaneros, a saber:

*“Artículo 548. **Procedencia de la devolución.** Podrá solicitarse ante la Administración de Aduanas Nacionales, con jurisdicción y competencia aduanera en el lugar donde se efectuó el pago, la devolución de los*

tributos aduaneros y demás sumas pagadas en exceso, en los siguientes eventos:

- a) *Cuando se hubiere liquidado en la Declaración de Importación y pagado una suma mayor a la debida por concepto de tributos aduaneros o,*
- b) *Cuando se hubiere pagado una suma mayor a la liquidada y debida por concepto de tributos aduaneros o,*
- c) *Cuando se hubiere presentado la Declaración de Importación y pagado los tributos aduaneros sin obtener la autorización del levante de la mercancía o cuando éste se hubiere obtenido sólo en forma parcial o,*
- d) *Cuando se hubiere efectuado pagos por concepto de derechos antidumping o compensatorios provisionales y éstos no se impongan definitivamente.*

Parágrafo 1º. *Cuando al resolverse los recursos de la vía gubernativa, se advierta que se ha pagado una suma en exceso de la debida, en la misma providencia se ordenará el reconocimiento de dichas sumas.*

Parágrafo 2º. *Cuando después de presentada la Declaración, previamente al levante, se detecten faltantes o averías en las mercancías, la solicitud de devolución sólo procederá cuando éstos hayan sido reconocidos en inspección aduanera practicada de oficio o a solicitud de parte.” (Negrillas, cursivas y subrayas nuestras).*

Del marco normativo en cita, se deduce la viabilidad de la devolución de las sumas pagadas en exceso en materia de tributos aduaneros, siempre y cuando la situación del interesado se ajuste a los eventos previstos por la ley.

De igual forma, el Legislador Aduanero de 1999 impuso cargas al importador para poder reclamar la devolución del arancel pagado en exceso de manera injustificada,

contemplando dentro de estas exigencias algunas que tienen el carácter de generales y otras que pueden ser tenidas como especiales, a saber, en las generales encontramos:

- Solicitud presentada personalmente por el importador o por su mandatario
- certificado de existencia y representación legal del importador cuando este sea Persona Jurídica
- copia del mandato cuando se actué por medio de Sociedad de Intermediación Aduanera, o del poder otorgado cuando se haga a través de apoderado; y,
- la concesión de una garantía bancaria o de seguro, cuando el Importador así lo crea conveniente.

Estos requisitos generales señalados con anterioridad encuentran su asiento jurídico en el artículo 549 del Estatuto Aduanero.

Adicional a los requisitos generales, el Importador debe cumplir unos requisitos especiales establecidos por el artículo 550 del Estatuto Aduanero, tales como:

- a) *documento contentivo del número y fecha de aceptación de la Declaración de Importación, con su respectivo autoadhesivo de pago debidamente numerado y fechado, y el número y fecha de la Liquidación de Corrección Oficial que determinó el pago en exceso, siempre y cuando sea del caso;*
- b) *original y tercera copia cuando se haya producido el levante de la mercancía;*
- c) *la indicación, con número y fecha, de la aceptación de la Declaración de Importación o recibo donde conste el pago de los derechos de antidumping o compensatorios y la copia del acto o providencia a través de la cual se hayan establecido los mismos, cuando éstos no se hayan impuesto de manera definitiva; y, los demás documentos que el importador allegue para probar el pago excesivo del arancel.*

Pero, el artículo 550 en su literal d) contempla también una serie de requisitos que son específicos, a saber:

“Artículo 550. Requisitos especiales de la solicitud de devolución o compensación de tributos aduaneros. Además de los requisitos

previstos en el artículo anterior, para solicitar la devolución o compensación deberán informarse los siguientes datos o anexarse copia de los documentos que contengan la información, según el caso.

(...)

*d) -Cuando se solicite la devolución del impuesto sobre las ventas por la importación de bienes que den derecho a descuento tributario en el impuesto sobre la renta, o a impuesto descontable en el impuesto sobre las ventas; **deberá adjuntarse certificado de revisor fiscal o contador público según el caso, en el que conste que el valor solicitado no se ha contabilizado ni se contabilizará como costo o deducción, ni se ha llevado ni se llevará como descuento tributario ni impuesto descontable; o la manifestación por escrito del importador en tal sentido cuando no esté obligado a llevar contabilidad.*** (Negritas, cursivas y subrayas nuestras).

Con respecto a esta exigencia, debe advertir la Sala que claramente la norma contempla un presupuesto que supedita la procedencia de la devolución que se somete a juicio, a la acreditación de que dicho excedente no se haya contabilizado como costo o deducción.

Así, y de una forma simplificada, la interpretación de la normativa en cita permite inferir, que para la procedencia de la solicitud por pago en exceso del arancel se requiere que en la Declaración de Importación se haya liquidado y pagado un mayor valor por concepto de Arancel; que la solicitud la haga personalmente el importador o su mandante, que a la solicitud de devolución se acompañe copia del mandato cuando se actúe por conducto de representante; certificado de existencia y representación legal cuando el importador sea persona jurídica; garantía a favor de la DIAN cuando el importador lo estime conveniente; y, la indicación de la aceptación de la Declaración de Importación, el autoadhesivo de pago del tributo debidamente fechados y numerados, la indicación de la fecha y número de la liquidación oficial de corrección que haya reconocido el pago en exceso, y la certificación del revisor fiscal

que haga constar, que el valor solicitado no ha sido contabilizado como costo o deducción, o se haya registrado como impuesto descontable.

Si se cumple con el lleno de los requisitos anteriores, la Administración de Aduanas debe, necesariamente, hacer efectiva la devolución que solicite el importador que haya pagado el impuesto aduanero en exceso; por el contrario, de no atenderse el supuesto de la norma a cabalidad, la decisión del ente estatal necesariamente deberá ser negativa.

4.3 De la aplicación del Decreto 1000 de 1997.

La DIAN en todo momento argumenta la negativa efectuar la devolución del IVA pagado en exceso, argumentando que el interesado presentó una solicitud de liquidación oficial de corrección, siendo a que su juicio se debió realizar una solicitud de devolución del pago de lo no debido, petición que tiene su sustento normativo en el Decreto 1000 de 1997, no debiéndose aplicar la liquidación oficial de corrección contemplada en el Decreto 2685 de 1999.

En cuanto a la devolución del pago de lo no debido la norma contenida en el Decreto 1000 de 1997, indica lo siguiente:

“ARTÍCULO 3. REQUISITOS GENERALES DE LA SOLICITUD DE DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN. La solicitud de devolución o compensación deberá presentarse personalmente por el contribuyente o responsable o por su representante legal, exhibiendo su documento de identidad, o por el apoderado quien presentará su tarjeta profesional de abogado, o por interpuesta persona con exhibición del documento de identidad del asignatario.

A la solicitud diligenciada en los formatos establecidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas, deberán acompañarse los siguientes documentos:

- a. *Tratándose de personas jurídicas, debe acreditarse su existencia y representación legal mediante certificado expedido por la autoridad competente, con anterioridad no mayor de cuatro meses;*
- b. *Copia del poder otorgado en debida forma cuando se actúe mediante apoderado;*
- c. *Garantía a favor de la Nación-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, o entidad que haga sus veces, otorgada por entidades bancarias o compañías de seguros, cuando el solicitante se acoja a la opción contemplada en el artículo 860 del Estatuto Tributario.*

ARTÍCULO 4. TÉRMINO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN O COMPENSACIÓN DE SALDOS A FAVOR. Sin perjuicio de lo previsto en disposiciones especiales, los contribuyentes y responsables podrán solicitar la devolución o compensación de los saldos a favor, que se liquiden en las declaraciones tributarias del impuesto sobre la renta y del Impuesto sobre las Ventas, a más tardar dos (2) años después del vencimiento del término para declarar, siempre y cuando no hayan sido previamente utilizados.

Deberán formular la solicitud ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales donde se hubiere presentado la respectiva declaración tributaria utilizando el formato establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Los declarantes domiciliados en la jurisdicción del Departamento de Cundinamarca y el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, que hubieren sido calificados como "Grandes Contribuyentes", deberán presentar la solicitud de devolución o compensación ante la Administración de Grandes Contribuyentes de Santa Fe de Bogotá, a partir de la publicación de la resolución que los califique como tales.

(...)

ARTÍCULO 21. TÉRMINO PARA SOLICITAR Y EFECTUAR LA DEVOLUCIÓN DE PAGOS DE LO NO DEBIDO. Habrá lugar a la devolución o compensación de los

pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Administración de Impuestos y Aduanas donde se efectuó el pago, dentro del término establecido en el artículo 11 del presente Decreto. La Administración para resolver la solicitud contará con el término establecido en el mismo artículo."

5. Conclusiones del Caso.

Al revisar el material probatorio aportado al expediente, encuentra la Sala que los bienes objeto de importación, son de aquellos objetos que se encuentran exonerados del pago de IVA al momento de su importación, exoneración que se ratifica con la certificación expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Folio 531-533) no existiendo duda ni controversia dentro del caso tratado, de que efectivamente los objetos importados sí se encuentran dentro de aquellos que gozan de un beneficio tributario, como lo es el no pago del impuesto de IVA, pues en ningún momento ni en la vía administrativa ni en instancia judicial la DIAN a desconocido ni contrariado el beneficio con el que cuentan los bienes importados.

Es claro entonces que la sociedad actora sí pagó el impuesto de IVA, sobre un bien que no posee este tipo de gravamen, sin embargo la DIAN niega la solicitud de la devolución, porque el usuario al momento de reclamar administrativamente la devolución de lo pagado en exceso, invoca la norma contenida en el Decreto 2685 de 1999 (liquidación oficial de corrección), y no la contenida en el Decreto 1000 de 1997 (Devolución del pago de lo no debido).

Pues bien esta Sala es del criterio consistente en afirmar que en el caso bajo estudio sí era procedente realizar la liquidación oficial de corrección, tal y como efectivamente lo solicitó la demandante en vía administrativa, pues no se debe enmarcar como pago de lo no debido el IVA pagado en exceso, lo anterior en razón a que al momento de la importación de la mercancía era necesario el pago de los tributos (arancel + IVA), para obtener el levante de la mercancía, y fue solo después de un estudio técnico

realizado a la mercancía importada, que el Ministerio del Medio Ambiente, pudo certificar la exoneración en el pago de IVA de la que gozaba la mercancía, siendo entonces ese momento cuando el importador podía entrar a reclamar la devolución del IVA, por ello desde todo punto de vista era procedente la liquidación oficial de corrección.

Al revisar la Sala cada una de las solicitudes de liquidación oficial de corrección, se encuentra que la parte demandante en todo momento anexó toda la documentación requerida para que la DIAN pudiese realizar la mencionada liquidación, situación que en ningún momento ha sido controvertida por la entidad demandada. De igual forma se tiene que la mercancía importada fue utilizada por el propio importador, quien en calidad de empresa prestadora de servicios públicos, empleó para su beneficio los bienes importados, sin que hubiese transferido estos bienes a un tercero pudiendo trasladarle a la vez el pago del IVA, evento que no se presentó dentro del presente asunto, siendo entonces procedente la solicitud de liquidación oficial de corrección presentado por la demandante.

Así las cosas se procederán a la confirmación de la sentencia de primera instancia, por la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

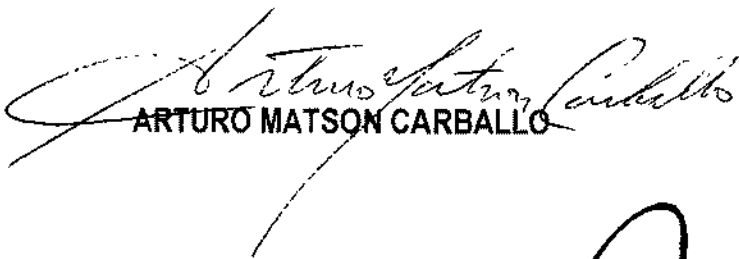
PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha once (11) de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

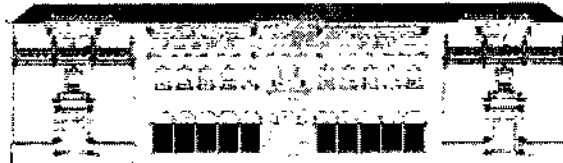
Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JOSE FANDEÑO GALLO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1243
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: DOW QUIMICA DE COLOMBIA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2002-00511-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FEA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE 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,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 547 a 506
(2.e)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 27512013.

Cartagena de Indias, D. T. y C., Diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Incumplimiento de obligación aduanera por permitir descargue de mercancía de terceros no autorizados para utilizar muelle privado.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13-001-33-31-004-2002-00511-01

II. PARTES

Demandante: Dow Química de Colombia S.A.

Demandado: DIAN.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRETENSIONES

PRIMERO: Que se revoquen las siguientes Resoluciones:

- Resolución No. 000325 del 22 de febrero de 2001, por medio de la cual el Jefe de la División de Liquidación Aduanera de la Administración especial de Aduanas de Cartagena, declara de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera y ordena hacer efectiva una garantía por valor de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS (\$14.964.510.00).
- Resolución No. 0015334 del 18 de julio de 2001, en virtud de la cual la jefatura División de Liquidación Aduanera, desata el recurso de reposición que fue interpuesto contra el acto que ordenó la efectividad de la garantía constituida por la Sociedad DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A.
- Resolución No. 000071 del 15 de enero de 2002 por medio de la cual el Administrador de Aduanas de Cartagena resuelve el recurso de apelación que fue interpuesto subsidiariamente al de reposición.

SEGUNDO: Que como consecuencia de las nulidades solicitadas en el numeral precedente y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al demandado la devolución de los dineros que llegaren a ser cancelados en desarrollo del cobro coactivo que intentare la administración de aduanas por conducto de su División de Recaudos y Cobranzas. Esta suma deberá ser indexada, y deberá reconocer igualmente sobre ella los intereses corrientes que se hubieran causado hasta el momento en que se verifique el pago íntegro y definitivo por parte de la entidad demandada.

TERCERO: Que se dé cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

CUARTO: Que una vez proferida la sentencia se de aplicación al artículo 90 de la Constitución Nacional, iniciándose la correspondiente acción de repetición contra los funcionarios responsables.

QUINTO: Que se condene a la entidad demandada al pago de las costas, gastos del proceso y Agencias en Derecho.

HECHOS

Se señala inicialmente en la demanda que para efectos de la importación periódica de productos químicos DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., opera un muelle de servicio privado que le fue dado en concesión por el término de 20 años mediante la Resolución No. 0643 del 14 de octubre de 1997, expedida por la Superintendencia General de Puertos en la cual se especifica que las instalaciones portuarias de dicha Compañía son de servicio privado en los términos de la ley 1° de enero 10 de 1991.

Manifiesta que mediante Resolución No. 0074 del 27 de octubre de 1997, la Administración de Aduanas de Cartagena habilitó para efectos aduaneros por el término de dos años el muelle de la Sociedad Dow Química de Colombia S.A., y habiendo expirado dicha habilitación se prorrogó la misma a su vez por un término de dos años.

Expone que la Compañía demandante en su calidad de propietaria de la infraestructura de la Concesión otorgada mantiene localmente vínculos económicos y jurídicos con DOW AGROSCIENCES, LAMITECH S.A., INTERAMERICANA DE PRODUCTOS QUÍMICOS S.A., INDUSTRIAS QUÍMICA ANDINA Y DISTRIBUIDORA QUÍMICA HOLANDA (1) mediante contratos de prestación de servicios portuarios y de almacenamiento de mercancías, y (2) mediante operaciones de compraventa

comercial que implican títulos traslaticios de dominio de mercaderías y obligaciones de pago que por estos mismos conceptos se derivan a favor de Dow Química.

Expresa que dicha relación jurídico económica se genera en desarrollo del objeto social de la accionante y bajo ese entendido la Superintendencia General de Puertos estableció en su oportunidad una cuota a título de contraprestación por concepto de "movilización carga de terceros" equivalente a cuatro dólares por cada tonelada métrica de producto de clientes de DOW QUÍMICA DE COLOMBIA.

Indica que la Jefe de División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración de Aduanas de Cartagena, mediante oficio No, 0048068A186 de mayo 31 de 2000 (folio 2), remitió a la División de Fiscalización aduanera documentación donde informa que por el muelle privado de la Compañía Dow Química de Colombia se descargó mercancía correspondiente a otros usuarios, lo cual, al decir de la Administración, transgrede lo estipulado por el artículo 8° del Decreto 1909 de 1992, 3° y 7° de la Resolución No. 0123 de enero 18 de 2000 emanada de esa entidad.

Con fundamento en la información suministrada, la División de Fiscalización Aduanera decidió con auto No. 51096 de 13 de julio de 2000, iniciar investigación que posteriormente fue archivada a través de auto 1539 de diciembre de 2000 en atención a que las obligaciones aduaneras incumplidas por permitir el descargue de mercancías que no eran para su uso ni venían consignadas a su nombre, no se encontraban tipificadas en la legislación aduanera vigente, pero se ordenó en ese mismo auto remitir copias a la División de Liquidación para efectos de hacer efectiva la póliza de Seguros de cumplimiento, por haber violado las obligaciones contraídas en la Resolución No. 00123 de enero 18 de 2000, respecto de haber utilizado el muelle privado para operaciones de otros importadores que no estaban autorizados para tal.

La División de Liquidación Aduanera a su vez decidió mediante Resolución No. 000325 de febrero 22 de 2001 declarar el incumplimiento de las obligaciones

aduaneras a que se refieren los artículos 3° y 7° de la Resolución No. 000123 de enero 18 de 2000 y consecuentemente ordenó hacer efectiva la referida Póliza de seguro.

Con Resolución No. 01534 de 18 de julio de 2001, la División de Liquidación Aduanera resolvió recurso de reposición, y así mismo a través de Resolución No. 000071 del 15 de enero de 2002 se desató la apelación interpuesta subsidiariamente, confirmándose el aludido acto administrativo.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con la expedición de los actos administrativos objeto de impugnación, la Administración de Aduanas ha violado las siguientes normas:

- Constitución: Artículo 83 consagradorio del principio de buena fe.
- Artículo 228: Prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.
- Normas de rango legal y reglamentario: Artículos 63-y 64 del Decreto 1909 de 1992.

El fundamento de las pretensiones de la sociedad demandante, puede resumirse de la siguiente forma:

ARGUMENTOS DE ÍNDOLE SUSTANCIAL:

- ❖ **Ausencia de conducta materialmente sancionable. Improcedencia jurídica sustancial para la imposición de cualquier sanción.**

Indica la demandante que la administración de aduanas en todo momento tuvo conocimiento del proceso de importación, y habilitó el muelle de Dow Química de Colombia S.A., para el ingreso y descargue de las mercancías consignadas a favor de

Lamitech S.A. y Dow Agrosiences, siendo el ente administrativo el que avaló la conducta, más aun cuando le indicó la forma en que debía proceder.

❖ Ausencia de incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución 000123 de enero 18 de 2000.

El citado acto administrativo indica que el muelle autorizado funcionaría para cargue, descargue, manipulación, manejo y traslado de los productos químicos especializados, líquidos y gráneles utilizados por la industria Dow Química Colombia S.A., para desarrollar su objeto social.

Los verbos rectores de las disposiciones en comentario no describen la conducta desplegada por el titular de la habilitación, toda vez que en el muelle no se ha realizado ningún tipo de operación aduanera con la mercancía transportada, es decir, no se ha cargado, descargado, manejado ni trasladado producto químico alguno, ya que la naturaleza misma de la mercancía que ingresó, se carga, descarga o manipula de manera directa al depósito público que también es de propiedad de la demandante.

❖ La actuación de Dow Química de Colombia S.A., obedece al desarrollo de su objeto social, de conformidad con la misma resolución No.000123 de 2.000.

Como consta en los estatutos de la sociedad demandante, su objeto social está constituido por la compra, importación, producción, manufactura, venta, enajenación y exportación de productos químicos.

❖ Violación al principio de buena fe.

En el presente caso no se puede establecer válidamente la culpabilidad de la demandante, pues la misma actuó bajo la orientación del ente administrativo, sin actuar en algún momento con dolo o con intención defraudadora, ello lo corrobora el

hecho que la administración recibió los tributos pagados por concepto de nacionalización y demás gastos aduaneros.

❖ **Violación al principio de justicia.**

El principio de justicia debe presidir las actuaciones de los funcionarios públicos, quienes deben tener en cuenta el objetivo o finalidad de la norma, por encima de cualquier trámite o procedimiento meramente formal.

❖ **Violación al artículo 209 de la Constitución Nacional.**

Con los actos administrativos acusados se presenta un desequilibrio entre las relaciones Estado – Individuo – Sociedad, sin encontrarse las decisiones dentro de un justo marco jurídico, toda vez que se hace uso de la responsabilidad objetiva del ordenamiento jurídico.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Folio 89 a 102)

El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando entre otras cosas que los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a derecho, pues señala que la habilitación hecha a la Sociedad demandante a través de la Resolución No. 123 de 18 de enero de 2000 en un muelle de servicio privado localizado en la Zona Industrial de Mamonal Km 14, como zona primaria aduanera por el término de dos (2) años, de acuerdo con su artículo tercero fue exclusivamente para DOW QUÍMICA S.A., compañía que no es una Sociedad Portuaria.

Manifiesta que de acuerdo con el artículo Séptimo de la citada Resolución de habilitación para que las mercancías pudieran ser cargadas y descargadas en el muelle que se autoriza era necesario que vinieran consignadas a DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A. en el documento de transporte y se encontraran amparadas en el

registro o licencia de importación y demás documentos que establezca la legislación Aduanera y para garantizar tal obligación se constituyó póliza de cumplimiento expedida por Seguros del Estado S.A.

Afirma que como quiera que se realizaron operaciones de descargue en el Muelle de servicio privado de otros usuarios como Interquim S.A, Dow Agrosociencias de Colombia S.A., y Lamitech S.A., la Administración encontró incumplida las obligaciones contenidas en los artículos antes citados y mediante -la Resolución No, 00325 de 22 de febrero de 2001 declarando la efectividad de la garantía constituida.

Expresa que se entiende como descargue de la mercancía la operación por la cual la mercancía es retirada del medio de transporte en concordancia con la forma como se descarga a granel prevista la Resolución No. 0643 de 14 de octubre de 1997, este se efectúa utilizando las bombas de los buques, trasladándose la mercancía directamente al buque por las tuberías dispuestas para el efecto, por lo que no puede considerarse que como las tuberías están ubicadas sobre la plataforma que es el Muelle y llegan directamente a los tanques que se ubican en el depósito público, no se ha efectuado descargue ya que el solo retiro de la mercancía del medio de transporte es una operación de descargue indistintamente si es a través de una tubería o no.

Sostiene que el cargue, descargue y manipulación de mercancías por muelle privado están sometidas a las estipulaciones contractuales de la concesión portuaria, teniendo en cuenta que dicho muelle es para uso exclusivo del beneficiario.

Sobre la ausencia de conducta materialmente sancionable, indica que no acepta dicho cargo pues el llamado "avalamiento aduanero de la operación" se desvirtúa con el ejercicio de las facultades de control posterior que la ley otorga a la entidad y que le permite rectificar las conductas de los usuarios del servicio aduanero y del propio

organismo. En el presente caso, en ejercicio del control posterior se detectó que por el muelle de DOW QUÍMICA S.A. se ingresaron mercancías consignadas a nombre de otras empresas lo cual no está permitido por la ley aduanera por lo cual resulta improcedente hablar de convalidación de la actuación.

Con respecto a lo alegado por la parte accionante sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución No. 123 de 18 de enero de 2000, resalta que en el caso de las mercancías introducidas por el Muelle de DOW QUÍMICA S.A., como se demuestran con las pruebas que militan en el expediente administrativo fueron importadas bajo la modalidad de importación ordinaria, y no bajo la modalidad de importación denominada entregas urgentes prevista por el literal j) del artículo 19 del Decreto 1909 de 1992, lo que supone que primero hicieron un descargue en el lugar de arribo y luego se trasladaron a depósito aduanero.

En relación con la utilización del muelle privado de DOW QUÍMICA, destaca que la habilitación del muelle no se extiende a las empresas vinculadas. Las normas que regulaban la materia para la época de los hechos: el artículo 8 del Decreto 1909 de 1992 y la Resolución 2559 de 1994, establecen que la titularidad del derecho de actuar como zona primaria aduanera es PERSONAL E INTRANSFERIBLE.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 248-263)

En la sentencia de primera instancia el A quo negó las pretensiones de la demanda, concretamente consideró que los argumentos de nulidad no estaban llamados a prosperar, pues no se logró desvirtuar la presunción de legalidad.

En las consideraciones del fallo apelado se dispuso entre otras cosas lo siguiente:

“7.2.1 Primer cargo. Ausencia de conducta materialmente sancionable e improcedencia jurídica sustancial para la imposición de cualquier sanción.

Para sustentar cargo sostiene la demandante que el ente administrativo no ha padecido daño alguno con la omisión formal que se le endilga a la empresa accionante, no hubo incumplimiento alguno en el plano sustancial, la DIAN intervino activamente de en el proceso de importación convalidando la actuación y de esta forma "habilitó" el Muelle de la Sociedad Dow Química de Colombia S.A. para el ingreso y descargue de las mercancías consignadas a favor de terceros como Lamitech S.A. y Dow Agrosiences.

Al respecto es pertinente acotar en primer término, que no estamos el caso de marras en presencia de la imposición de una sanción por la comisión de una infracción aduanera, sino de la declaratoria de incumplimiento de una obligación legal de resultado asegurada con póliza de Compañía de seguros, lo cual se generó como consecuencia jurídica derivada de la inobservancia de dicha obligación aduanera a cargo de la Sociedad beneficiaria de la habilitación de su Muelle como zona aduanera primaria. conferida por la DIAN.

En tal medida, la Administración de aduanas efectuó el procedimiento para declarar el incumplimiento de obligaciones y la efectividad de las garantías, regulado por la Resolución No. 4240 de 2000:

"Artículo 530, Procedimiento para hacer efectivas garantías cuyo pago no está condicionado a un procedimiento administrativo sancionatorio previo. En aquellos eventos en los que las garantías deban hacerse efectivas, sin que medie un procedimiento administrativo para la imposición de sanción por infracción aduanera o para la definición de la situación jurídica de una mercancía, o para la expedición de una liquidación oficial, la dependencia competente deberá, dentro del mes siguiente a la fecha en que establezca el incumplimiento de la obligación garantizada, comunicar al usuario o responsable este hecho, otorgándole un término de diez (10) días para que dé

respuesta al oficio o acredite el pago correspondiente o el cumplimiento de la obligación, si a ello hubiere lugar".

Igualmente hay que recordar que frente a la efectividad de las obligaciones aduaneras es irrelevante la no causación de un daño a los intereses del Estado.

De otro lado se tiene, que la Administración de Aduanas estaba efectivamente facultada en ejercicio de la función de control posterior para revisar el cumplimiento de las obligaciones legales en las operaciones de importación, sin que sea dable predicar en este caso la convalidación de la actuación irregular por las actuaciones que se hayan surtido ante el ente accionado durante el trámite de legalización de la mercancía.

En consecuencia no le encuentra el despacho al presente cargo vocación de prosperidad.

7.2.2 Segundo cargo. Ausencia de incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución No. 123 de enero 19 de 2000. Desarrollo del objeto social de la Compañía.

Viene acreditado y es hecho pacífico entre las partes, que en el mes de mayo de 2000 a través de las instalaciones del muelle privado de la Compañía accionante, ingresó al territorio nacional mercancía consignada a las Sociedades Interquim S.A., Dow Agrosiences de Colombia S.A. y Lamitech S.A., de acuerdo con los documentos soporte de la importación tales como declaraciones de importación. Conocimientos de embarque, facturas y registros de importación, obrantes en la actuación administrativa.

Radica la inconformidad de la empresa demandante DOW QUÍMICA S.A., en que estima no haber incumplió las obligaciones contenidas en el acto de habilitación de su muelle porque no efectuó ningún tipo de operación aduanera de cargue, descargue y

manipulación de producto químico consignado a terceros en el mismo, ya que por haberse tratado en esa oportunidad de gráneles líquidos la mercancía ingresa. se carga, descarga y manipula de manera directa al depósito público de propiedad de la accionante, el cual se encuentra perfectamente habilitado y no es objeto de restricción alguna.

Revisado el texto de la Resolución No. 123 de enero 19 de 2000, visible de folios 145 a 149 por medio de la cual la DIAN habilitó el Muelle de la demandante se tiene que sus artículos terceros y séptimo son del siguiente tenor:

"Tercero: El muelle que se autorice por medio de la presente providencia funcionaría para cargue, descargue, manipulación, manejo o traslado de los productos químicos especializados, líquidos y gráneles utilizados por la Industria DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., para desarrollar su objeto social con las restricciones contenidas en los Decretos 1146 y 1813 de 1990 sobre productos precursores, normas estas que fueron adoptadas como legislación permanente según lo establece el Decreto 2272 de octubre 4 de 1991.

Séptimo: Para que las mercancías puedan ser cargadas y descargadas en el muelle que se autoriza, es necesario que vengan consignadas a DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A. en el documento de transporte y se encuentren amparadas en el registro o licencia de importación."

A partir de lo anterior se evidencia en el sub-examine, que aunque como lo aduce la censura los gráneles líquidos importados fueran conducidos desde el buque hasta el Depósito General de DOW QUÍMICA por medio de tubos ubicados encima de la plataforma del muelle sin que tuvieran contacto con la superficie del mismo, desde el punto de vista jurídico dicha mercancía arribó al territorio colombiano por dicho muelle como lugar habilitado y fue descargada a través del mismo, y las tuberías de recibo y transferencia de producto hacen parte integrante de las instalaciones del muelle.

En tal orden, para este operador no es plausible la interpretación presentada por la parte accionante de las nociones de cargue y descargue de mercancía, según la cual sólo se puede entender que una mercancía es descargada en un muelle cuando es colocada físicamente y directamente desde la embarcación en que viene transportada, sobre la estructura o plataforma en concreto u otro material de que conste el mismo.

Además aduce la Compañía demandante que su actuación de prestar servicios a terceros, obedece al desarrollo de su objeto social en los términos de la Resolución No. 123 de 19 de enero de 2000 y por tanto no se presentó incumplimiento alguno.

Sobre el punto encuentra el despacho que si bien es cierto las aludidas actividades hacen parte del giro ordinario de negocios de DOW QUÍMICA S.A., la habilitación del muelle conferida en el plurimencionado acto se circunscribe al cargue, descargue, manipulación, manejo o traslado de los productos químicos especializados, líquidos y gráneles utilizados exclusivamente por la Industria DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., para desarrollar su objeto social, y no por terceros como lo plantea la censura.

No siendo de recibo la construcción argumentativa planteada por la Compañía demandante tendiente a demostrar que no incumplió la obligación contenida en la Resolución No. 123 de enero 1.9 de 2000 consistente en utilizar su muelle privado habilitado sólo para el descargue de productos químicos que vinieran consignados a su nombre, se despachará negativamente este cargo.

7.2.3 Tercero. Vulneración a los principios de buena fe y de prevalencia del derecho sustancial.

En lo atinente a la violación de los principios constitucionales contenidos en los artículos 83 y 228 de la Constitución Nacional, encuentra el despacho que asiste razón a la defensa cuando afirma que no es viable alegar el quebranto del principio de

buena fe con ocasión de la situación objeto de la demanda, pues era claro en el acto de habilitación otorgada a DOW Química, que aquella estaba condicionada a que toda la mercancía viniera consignada a su nombre, no siendo posible que se utilicen las instalaciones privadas de la empresa para descargar mercancías de otras diferentes.

Considera también este operador, que el principio de prevalencia del derecho sustancial tampoco fue desconocido, pues el incumplimiento a que se refieren los actos acusados se refiere a una obligación aduanera expresamente consignada sin que ello pueda estimarse como un aspecto meramente formal.

Según el artículo 177 del CPC., aplicable por reenvío del artículo 168 del CCA, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Siendo carga de la parte demandante probar la ilegalidad de los actos acusados, no logró demostrar que la actuación surtida por la DIAN violara las normas superiores en que debían fundarse.

Por todo lo expuesto en precedencia, la presunción de legalidad que ampara los actos acusados no fue desvirtuada en este caso particular, razón por la cual se denegarán las pretensiones de la demanda.”

D.LA APELACION (Folio 265 a 276)

La sociedad demandante concretamente en su recurso de apelación presentó los siguientes argumentos:

“1. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA NO ABORDA EL TEMA RELATIVO A LA HABILITACIÓN TÁCITA QUE LA DÍAN HIZO DE LA OPERACIÓN QUE LUEGO CUESTIONÓ Y EN VIRTUD DE LA CUAL ORDENA LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA A LA QUE SE REFIERE EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Resulta conveniente dejar sentado como precedente, H. Magistrados, tal y como se lo expusimos al A quo en nuestra alegación conclusiva, y vemos fue totalmente ignorado

a la hora de emitir el fallo, que la misma DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES ha dejado en claro su posición respecto del tema que constituye el objeto de nuestro debate. cual es la habilitación de muelles por la intervención activa del ente administrativo.

Traemos a colación el asunto en que, por competencia territorial, se vieron involucradas tres dependencias del ente aduanero nacional: la Administración de Aduanas de Bogotá, la Administración de Aduanas de Medellín y la Administración de Aduanas de Cartagena.

En este asunto, la Administración de Aduanas de Cartagena inició investigación administrativa en contra de los importadores Dow Química de Colombia S.A., Industrias Química Andina, Distribuidora Química Holanda, Interamericana de Productos Químicos y Lamitech S.A., bajo el supuesto de que estos importadores habían ingresado mercancías por el muelle de la sociedad Dow Química de Colombia, sin estar dicho muelle habilitado para ello.

En consecuencia, se iniciaron las actuaciones administrativas tendientes a sancionar a estos importadores. Al momento de emitirse el fallo, la Administración de Cartagena se percató que no era competente para conocer de las investigaciones seguidas en contra de las sociedades cuyo domicilio fiscal no fuere Cartagena.

Por tanto, la Administración local de Cartagena procedió a remitir los expedientes que se venían siguiendo en contra de las sociedades Dow Química de Colombia S.A., Industrias Química Andina, y Distribuidora Química Holanda, a la Administración de Aduanas de Bogotá, por ser esa la ciudad donde las referidas sociedades tienen su domicilio fiscal.

Así mismo, la investigación que se venía siguiendo en contra de Interamericana de Productos Químicos S.A., fue remitida a la Administración de Aduanas de Medellín, ciudad donde Interquim tiene su domicilio fiscal.

De manera que solo quedó conociendo la Administración de Aduanas de Cartagena, de la investigación adelantada en contra del importador Lamitech S.A., pues esta empresa tiene su domicilio fiscal en la ciudad de Cartagena. E igualmente la aduana de Cartagena se quedó conociendo del asunto que nos ocupa, que no era de carácter sancionatorio, sino solo el trámite para hacer efectiva la póliza con la que Dow Química de Colombia S.A. garantizaba el cumplimiento de la obligación aduanera relacionada con la habilitación de su muelle privado.

Como podía deducirse de la actitud mostrada al interior de la investigación administrativa, la Administración Local de Cartagena profirió Resolución sancionatoria en contra de Lamitech S.A., por considerar -infundada y desfasadamente- que su actuar obedecía a una operación de contrabando, toda vez que el muelle por el que ingresaron las mercancías no se encontraba habilitado para esos efectos, sin tener en cuenta el ente administrativo, que habían sido sus funcionarios los encargados de autorizar el ingreso de la mercancía y su descargue por el muelle de la sociedad Dow Química de Colombia S.A.

(...)

El objeto del caso que nos ocupa gira en torno igualmente al tema de la no habilitación del muelle, pues considera la Administración de Aduanas de Cartagena que el muelle de la sociedad Dow Química de Colombia S.A., no se encontraba habilitado para el cargue o descargue de mercancías consignadas a nombre de personas diferentes al titular de la habilitación.

Resaltando que en este particular caso la Administración de Aduanas de Cartagena, intervino activamente en la operación de importación, permitiendo el ingreso de la mercancía por el muelle de Dow química, asignando los números de manifiesto a las mercancías, otorgando las ordenes de descargue, inspeccionando físicamente las mercancías en el depósito de Dow Química y concediendo los levantes de las mismas.

Además, la Administración de Aduanas no dejó de percibir los ingresos por concepto de nacionalización y tributos aduaneros, tanto los importadores como el titular del muelle cumplieron irrestrictamente con sus obligaciones aduaneras, dando aviso a la Administración del arribo del medio de transporte en que venían las mercancías, y colocando la misma a su disposición en toda las etapas del proceso de importación. Por tanto, el actuar de los importadores y sobre todo el de mi poderdante no fue oscuro. antes por el contrario, siempre estuvo movido y asesorado por el mismo ente administrativo, quien con su presencia activa en esta operación convalidó cualquier omisión formal que se hubiese presentado.

Es claro que no tiene fundamento material ni formal alguno, sostener al interior de un ente Administrativo, fallos diversos o contradictorios en asuntos, o técnicamente hablando, en actuaciones administrativas, que se han gestado alrededor de un mismo debate jurídico.

Finalmente, también debe anotarse que este Tribunal Administrativo, que ahora conoce de esta alzada, declaró la nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales la Administración de Aduanas de Cartagena, sancionaba, por estos mismos hechos a la sociedad Lamitech.

Todo lo anterior fue desconocido por el A quo en su fallo, de allí que el proveído impugnado deba ser revocado y, en su lugar se acojan las pretensiones de la demanda, declarándose la nulidad del acto impugnado.

2. LA SENTENCIA APELADA ABORDA EQUÍVOCAMENTE EL DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO QUE ELLA MISMA PLANTEA. INOBSERVANCIA DE LA LEY 1a DE 1.991-

Si bien nos parece que la forma como el A quo plantea el problema jurídico a resolver es equívoca, no nos detendremos en ese error de planteamiento, sino que atacaremos más bien lo que fue el desarrollo o la forma como se abordó la resolución de dicho problema. En efecto, supongamos que el planteamiento del A quo es correcto, en el sentido de que se debía dilucidar lo siguiente:

- 1. Si es procedente o no el cargue, descargue y manipulación de mercancías extranjeras que vienen consignadas a nombre de clientes de la Compañía beneficiaria de una habilitación para operar un muelle de servicio privado.*

Pues bien, ante tal planteamiento, no encontramos, en ningún aparte de la sentencia, que el tema objeto de la problemática se haya desarrollado y se hayan planteado argumentos que llevaran a una conclusión clara sobre el particular.

En efecto, el A quo pretende responder su problema jurídico sin acudir a la norma de derecho aplicable al caso. El A quo insiste en que se trata de una habilitación de un muelle privado, y que como quiera que el muelle es privado por allí no se debían descargar mercancías de terceros, como según él, se hizo en el presente caso.

El A quo olvida aplicar el derecho, olvida aplicar la norma jurídica a la que está sujeto; en este caso, olvida dar aplicación a la Ley 1ª de 1.991, que define lo que ha de entenderse por servicio privado en el contexto portuario.

En efecto, la ley 1ª de 1.991, en su acápite de definiciones es clara, al establecer que en el puerto de servicio privado, solo se pueden prestar servicios, a empresas jurídica y económicamente vinculadas al titular de la infraestructura portuaria.

Así pues, en este caso, está claro que el solo hecho de que por el muelle de Dow Química de Colombia se hubieren descargado mercancías de "terceros", no es razón suficiente para considerar incumplida la obligación aduanera a su cargo, pues lo que se debió estudiar, en este caso, fue si esos terceros, están o no jurídica o económicamente vinculados a Dow Química de Colombia.

En efecto, por tratarse de un muelle privado, no se puede afirmar, por ese solo hecho, que mercancías ajenas no deban ser descargadas en tal muelle, pues lo que se debe revisar es que la mercancía "ajena" al titular de la infraestructura portuaria, sea de personas jurídica o económicamente vinculados a ése titular, de conformidad con la ley 1ª de 1.991.

En este caso, está claro tal y como lo expusimos, que las empresas que ingresaron mercancías por el muelle de Dow Química de Colombia, se encuentran vinculadas jurídica y económicamente a ella. En efecto, tenemos que, tal como se observa en las declaraciones de Importación, el exportador/vendedor de las mercancías, es la firma The Dow Chemical Company, empresa ésta que cuenta con el 89.96% en las acciones de Dow Química de Colombia S.A.

Precisamente en desarrollo de su objeto social y en cumplimiento de las obligaciones contractuales con sus clientes vinculados, la sociedad Dow Química de Colombia, realiza el ingreso de las mercancías por su muelle privado; esto bajo el amparo legal de la ley 1a de 1.991 que prevé la posibilidad de prestar servicios a las empresas jurídica y económicamente vinculadas a ella, como es el caso de DOW AGROCIENSES Y LAMITECH S.A.

Tal como consta en los estatutos de la sociedad Dow Química de Colombia S.A., su objeto social está constituido por "la compra, importación, producción, manufactura, venta, enajenación y exportación de productos químicos..., pudiendo prestar servicios

*de cargue y descargue... en desarrollo del objeto social anteriormente mencionado".
(cf Certificado de Existencia y Representación Legal)*

En este sentido se observa que las actuaciones que rutinariamente la sociedad Dow Química de Colombia despliega a favor de terceros que se encuentran jurídica y económicamente vinculados a ella, se despliegan en cumplimiento estricto de su objeto social y de la ley 1ª de 1.991, respetando lo dispuesto en el artículo tercero de la resolución 000123 de 2.000.

- *Los productos que ingresan a través del muelle son adquiridos en el extranjero a la empresa The Dow Chemical Company, la cual es accionista de la Compañía Dow Química de Colombia S.A. con una participación del ochenta y nueve punto noventa y seis por ciento (89.96%), equivalente a 5'251.348 acciones.*

- *La sociedad Dow Química de Colombia S.A. mantiene vínculos jurídicos y económicos mediante contratos de prestación de servicios portuarios y de almacenamiento con los clientes que utilizan el muelle, toda vez que con estos se celebran operaciones de compraventa comercial que implican títulos traslativos de dominio de mercaderías y que originan obligaciones de pago a favor de Dow.*

La Superintendencia General de Puerto estableció, en su momento, una cuota a título de contraprestación por concepto de "movilización carga de terceros", equivalente a cuatro dólares de los Estados Unidos de América con cincuenta centavos (US\$4.50) por cada tonelada métrica de producto de clientes de Dow Química de Colombia que ingresara a través del muelle de dicha sociedad.

En consecuencia, la sociedad Dow Química de Colombia S.A. puede válidamente asignar su muelle de servicio privado (solo presta servicios a empresas vinculadas jurídica y económicamente al propietario de la infraestructura) para el recibo de las mercancías importadas por empresas como LAMITECH S.A., DOW

AGROSCIENCES, INTERQUIM, DISTRIBUIDORA QUÍMICA HOLANDA, INDUSTRIAS QUÍMICA ANDINA, entre otras.

En este orden de ideas, resulta claro que la actuación de Dow Química de Colombia, no es más que una extensión de la disposición vertida en el artículo tercero de la Resolución No. 000123 de enero 18 de 2.000, que prevé la utilización del muelle para las operaciones que se efectúan en desarrollo del objeto social de Dow Química, objeto social que lo autoriza para prestar servicios de cargue, descargue y almacenamiento de productos químicos, tal como fue el acontecer en este caso.

Así las cosas, es a toda luz palpable, el hecho de no haber existido incumplimiento de las obligaciones previstas en la resolución 0123 de enero 18 de 2.000; antes por el contrario, es el mismo acto administrativo el que autoriza al titular del muelle para que utilice la habilitación en todas las actividades desarrolladas en ejercicio de su objeto social.

Más allá que las acciones ejercidas o permitidas por Dow Química de Colombia S.A., hayan sido fruto del desarrollo de su objeto social y autorizadas por el mismo acto de habilitación en su artículo tercero, debemos enfatizar en el hecho, que el A quo ignoró, cual es que todo el procedimiento de ingreso de la mercancía, su descargue y nacionalización, estuvo consentido y avalado por la Administración de Aduanas, por lo que no es dable al ente administrativo, que habiendo permitido, no por omisión sino por intervención activa, el descargue de las mercancías en el depósito de Dow Química, ahora pretenda alegar que existió incumplimiento por parte del titular del muelle.

Este actuar de la Administración denota una clara violación al principio de seguridad jurídica, pues no se concibe en la órbita del Derecho que el administrado obre conforme a las indicaciones de un ente administrativo, y luego ese mismo ente le reproche su conducta, y más aún demande el resarcimiento de la presunta violación, ello igualmente configuraría un enriquecimiento injustificado.

3. DE LA NO CONSIDERACIÓN POR PARTE DEL A QUO DEL SITIO REAL DE DESCARGA. NO UTILIZACIÓN DEL MUELLE PRIVADO SINO DEL DEPOSITO PÚBLICO DE DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A.

Si bien el A quo en el planteamiento del problema a resolver, manifiesta como un segundo punto, el siguiente:

- 1.Cuál es el alcance jurídico de los conceptos "cargue y descargue" de mercancía en un muelle en el marco de una operación de importación por vía marítima.*

Lo cierto es que su planteamiento se quedó sin respuesta a lo largo del fallo. En efecto, no encontramos en ningún aparte del fallo, un argumento o alguna cita que determine lo que aquí se propone el A quo. Y este sí que era un tema importante, pues como se expresó en nuestra demanda y en la alegación conclusiva, en este caso, jamás se descargó mercancía por el muelle privado de Dow Química.

En efecto, el Juez desconoció la naturaleza de la mercancía que se estaba importando, pues tal mercancía jamás fue descargada al muelle privado. En este punto vale aclarar que una cosa es el muelle y otra muy distinta el depósito. Y obsérvese que el depósito con el que cuenta de Dow Química de Colombia, es un depósito con habilitación de público. Y téngase en claro, que la mercancía importada en este caso, no fue descargada al muelle, sino que por su naturaleza fue descargada directamente al depósito público habilitado.

El a quo no hace ninguna consideración sobre este punto, pues se detiene solo en el hecho de que el muelle es de naturaleza privada, y aún si aceptamos su tesis de que allí solo se pueden descargar mercancías cuyo titular sea el mismo propietario de la infraestructura portuaria. aun así, el fallo resulta ilegal, por cuanto que olvida, que en este caso, la naturaleza de la mercancía imposibilita que haya un descargue sobre el muelle, de allí que la mercancía se descarga por los ductos del buque, al depósito que es público habilitado.

Debe ser claro para los H. Magistrados, que en el muelle de mi mandante no se ha realizado ningún tipo de operación aduanera con la mercancía transportada, es decir, no se ha cargado, descargado, manejado ni trasladado producto químico alguno, ya que la naturaleza misma de la mercancía que ingresó, se carga, descarga o manipula de manera directa al depósito público que también es propiedad de mi representada, depósito que se encuentra perfectamente habilitado, y sobre el cual no existe restricción alguna respecto de dichas operaciones. Por tanto no es dable afirmar que se incumplió con las exigencias previstas en el artículo 3 de la resolución 000123 de enero 18 de 2.000.

El artículo 4 de la Resolución que autoriza la habilitación del muelle a favor de DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A, establece que para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales originadas en la operación aduanera de CARGUE, DESCARGUE Y MANIPULACIÓN DE MERCANCÍAS, los muelles habilitados deberán constituir una Garantía Bancaria o de Compañía de Seguro a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

De lo anterior se infiere que el objeto de la póliza de Seguro que la Administración de Aduanas ordenó hacer efectiva mediante la Resolución que se impugna, es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones originadas de la operación aduanera de cargue, descargue y manipulación de mercancía, tal como se expresa en el auto de archivo proferido por Fiscalización, Resolución No. 1539 de diciembre 6 de 2.000 (cf Numeral 5 relación de Hechos).

No puede por tanto la Administración, ordenar la efectividad de una póliza de seguros, por un hecho que escapa del margen de su cobertura.

Si bien por el muelle se realizó el ingreso de la mercancía, lo que debe ser claro, de cara a la no efectividad de la póliza, es que en éste no se llevó a cabo la operación

aduanera de cargue o descargue, ni se manipuló la carga, toda vez que, reiteramos, la calidad de la mercancía, su composición o naturaleza no permite este tipo de operación en el muelle.

Se evidencia la falta de análisis mostrado por el A quo, ya que el simple hecho que una mercancía ingrese por un muelle, no trae consigo de manera inexorable la operación aduanera de su cargue, descargue o manipulación en el mismo, máxime si se trata, como en este específico caso, de graneles líquidos.

De otro lado, el artículo séptimo de la resolución 000123 de enero 18 de 2.000 establece "Para que las mercancías puedan ser cargadas y descargadas en el muelle que se autoriza es necesario que vengan consignadas a DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A. en el documento de transporte..."

Nótese cómo la obligación descrita en el citado artículo, gira en torno a la misma situación, es decir, al cargue y descargue de las mercancías en el muelle.

En este sentido, toda vez que la firma DOW QUÍMICA DE COLOMBIA pretenda cargar o descargar mercancías en su muelle privado, tales mercancías deberán venir consignadas a su nombre, lo que significa que el incumplimiento a esta obligación se cristaliza cuando al cargarse o descargarse algún tipo de mercancía en el muelle, estas no vienen consignadas a nombre de DOW QUÍMICA.

Como ya se ha advertido, en el caso que nos ocupa no se ha realizado la operación aduanera de cargue o descargue en el muelle que autorizó la Resolución 000123 de enero 18 de 2.000, razón por la cual las mercancías que ingresaron por esta zona aduanera, no debían cumplir con la exigencia prevista en el artículo 7 de la citada resolución, pues nunca entraron con la intención de ser descargadas en dicho muelle, ya que se sabía de antemano la imposibilidad que estas mercancías presentan para el cargue o su descargue en la plataforma física del muelle.

Bajo este entendido, la operación aduanera que se encuentra garantizada con la póliza de seguro, cuando se trata de gráneles líquidos, se realiza directamente en el depósito de la Empresa Dow Química y no en su muelle, siendo este depósito, un depósito público legalmente habilitado por la Administración Aduanera.

Enfatícese en el hecho de que el fundamento de la Aduana para ordenar la efectividad de la póliza, estriba en que la obligación incumplida por DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A, se concretiza al permitir el descargue de mercancías de terceros en su muelle privado, conclusión que se erige sobre la base de una errada presunción, abstraída de las siguientes premisas:

- La mercancía ingresó por el muelle privado,*
- La mercancía debe ser descargada.*

Conclusión de la Administración: se presume que su descargue ha debido hacerse en el muelle privado de DOW QUÍMICA.

El silogismo del que hizo uso la Administración y seguramente el a quo en su fallo, no resultó correcto, toda vez que no se analizó el tipo de mercancía que debía ser descargada. La naturaleza de la mercancía, reiteramos, no permite la operación aduanera de descargue en el muelle privado, esta debe ser descargada, como ya se anotó, de manera directa al depósito público de DOW QUÍMICA, lugar que se encuentra perfectamente habilitado y no tiene restricción de tipo alguno.

Siendo así las cosas, no es dable afirmar que hubo incumplimiento en las obligaciones prevista por la resolución que autoriza la habilitación del muelle privado, ya que nunca se realizó la operación aduanera de cargue o descargue en la estructura del mismo.

En conclusión, ha debido tenerse en cuenta a la hora del fallo, el hecho que desde el panorama aduanero, las instalaciones portuarias de Dow Química de Colombia S.A

gozan de la doble condición de ser zona primaria aduanera (su muelle), y Deposito público autorizado (sus sistemas de recibo, almacenamiento y despacho). En consecuencia, todo granel líquido que llega por el Muelle de Dow, ingresa en forma inmediata al depósito público, esto es, a su lugar de almacenamiento.

Sirva este presupuesto para afirmar que cuando la mercancía que ingresa por el muelle privado de Dow Química, trata de gráneles líquidos que son transportados en buques graneleros, no se emplea el muelle para el descargue de dicha mercancía, como sí se hace cuando estos gráneles son transportados en carrotanques.

Como en este específico caso la mercancía a que la Administración de Aduanas hace referencia obedece a gráneles líquidos transportados por vía marítima, no se concibe el descargue de dicha mercancía en el muelle, y por tanto es inaceptable pensar que se incumple con las disposiciones contenidas en la resolución No. 000123 de 2.000, que como quedó establecido hacen referencia a la operación de cargue, descargue y manipulación de mercancías en el muelle.

Se deja en claro, que si en gracia de discusión se aceptare que la sociedad Dow Química de Colombia descargó en su muelle privado mercancía que no venía consignada en su nombre, ello fue realizado con la aquiescencia de la Administración de Aduanas, toda vez que fue precisamente el ente administrativo quien mediante los números de registro de carga autorizó el descargue de las mercancías.

Reiteramos como fundamento de esta acción que la Administración con su presencia activa en el proceso de importación y nacionalización de la mercancía avaló, saneó o convalidó cualquier omisión formal que se hubiese presentado, tal como lo dejó en claro la Administración de Aduanas de Bogotá y lo ratificó la administración de Medellín, mediante los autos de archivo que se adjuntan a esta acción.

Por todo lo anterior, respetuosamente solicitamos, sea revocado el fallo de primera instancia y, en su lugar, sean acogidas las pretensiones que hemos formulado en nuestra demanda, declarándose la nulidad de los actos impugnados."

E. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Ministerio Público no rindió concepto en el trámite de segunda instancia.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Por auto 9 de mayo de 2012, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 23 de agosto de 2012, se le dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión. El agente del ministerio público no rindió concepto en esta instancia.
- Finalmente el proceso entra al despacho 001 en descongestión para su pronunciamiento de fondo en segunda instancia a lo cual se procede previas las siguientes.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral primero del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, ésta Corporación es competente por tratarse de la apelación de una sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Síntesis del caso.

Con Resolución No, 0643 de 14 de octubre de 1997 expedida por la Superintendencia General de Puertos cuya copia obra de folios 263 a 269 del expediente, se le otorgó a la Sociedad Dow Química de Colombia S.A., una concesión portuaria por el término de 20 años para el uso y goce de un terreno de bajamar de propiedad de la Nación, ubicado en el Kilómetro 14 de la Zona Industrial de Mamonal en la ciudad de Cartagena.

A su vez, a través de la Resolución No. 00123 de 20 de enero de 2000 la Administración Especial de Aduanas de Cartagena- División de Servicio al Comercio exterior, habilitó el Muelle de la empresa demandante como zona primaria aduanera por el Término de dos (2) años.

En los actos administrativos acusados por medio de los cuales se declaró el incumplimiento de una obligación aduanera, se invocó como causal para ello, la desatención de lo dispuesto en la Resolución No. 000123 de enero de 2000 en cuanto esta consagra una habilitación para uso de muelle privado exclusivamente a favor de Dow Química S.A., y la demandante permitió descargue en aquel, mercancías que venían consignadas a nombre de terceros.

La demandante argumenta la ilegalidad de los actos administrativos acusados, en el hecho que la administración de aduanas tenía conocimiento del procedimiento efectuado en el puerto, dando incluso las indicaciones correspondientes, siendo en todo momento transparente el procedimiento de importación.

Indica igualmente la demandante que en ningún momento desconoció los parámetros establecidos en el Resolución No. 000123 del 18 de enero de 2000, pues no existió operación de cargue, descargue o manipulación de la mercancía, pues su composición no permitía la realización de estos procedimientos de descargue en el muelle privado sino directamente en su depósito habilitado.

También argumenta la demandante que las sociedades que introdujeron la mercancía a través de su puerto habilitado, son empresas jurídicamente vinculadas a Dow Química, y en desarrollo de su objeto social pueden prestarse sus servicios, siendo entonces a la luz de la ley 1ª de 1991, el puerto de servicios privados como aquel que presta sus servicios a empresas vinculadas jurídica y económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura.

La juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, pues consideró que no se pudo desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, pues a su juicio el acto administrativo que habilitó el puerto para importaciones, otorgaba la posibilidad de importar solo a Dow Química, estando está condicionada a que toda la mercancía viniera a su nombre, no siendo posible que se utilizaran las instalaciones privadas de la empresa para descargar mercancía de otras empresas diferentes.

3. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico se concreta en determinar si se encuentra ajustada a derecho el acto administrativo acusado por el cual se declaró el incumplimiento de la obligación aduanera adquirida por la empresa Dow Química de Colombia S.A., por haber permitido a otras personas jurídicas importar mercancía por un puerto por el cual solo estaba autorizada dicha sociedad, y se ordena hacer efectiva una póliza que garantiza dicha obligación.

4. Caso Concreto.

Como primera medida teniendo en cuenta que el acto acusado declaró el incumplimiento de la obligación aduanera y ordenó hacer efectiva la póliza que garantizaba el cumplimiento, por haber permitido la sociedad Dow Química de Colombia S.A., la introducción de mercancías de otras personas jurídicas, siendo que el muelle privado estaba habilitado exclusivamente para ella, es del caso analizar entonces el acto administrativo por el cual se habilitó el muelle privado a favor de Dow Química de Colombia S.A., esto es, el acto administrativo contenido en la Resolución No.000123 de enero 19 de 2.000, la cual contiene entre otras cosas lo siguiente:

"CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo No 39 de la ley 1a de 1991, establece que las personas públicas o privadas que con anterioridad a su promulgación, hubieren recibido autorización, bajo cualquier nombre o régimen para ocupar y usar las playas y zonas de bajamar con construcciones de cualquier clase destinadas a facilitar el cargue y descargue, mediato o inmediato, de naves, seguirán ejerciendo los derechos que poseen.

Existen personas públicas y privadas que con anterioridad a la promulgación de la ley 1ra. de 1991 recibieron la autorización a que hace referencia en el considerado anterior, y a las cuales la Superintendencia General de Puertos ha sometido al régimen y mecanismo tarifario previstos en la mencionada ley, siendo la solicitante una de las entidades que se encuentran incursas en estas condiciones según las resoluciones que así lo determinan y cuyas copias se encuentran anexas al expediente contentivo de la solicitud que se estudia.

En materia de operación aduanera, el artículo 8° del Decreto 1909 de 1992, estableció que todo medio de transporte que llegue a territorio nacional o se traslade de una parte del país que goce de tratamiento preferencial a otra que no lo tenga, deberá arribar por los lugares habilitados por la Superintendencia General de Puertos al régimen y mecanismos tarifarios previstos en la Ley 1ra. de 1991.

El artículo 1°. de la Resolución 2569 de junio 20 de 1994 traslada la competencia para otorgar dicha habilitación a la Dirección de Impuestos y Aduanas cuando dice: "La habilitación para operación aduanera de los muelles de servicio público o privado, bajo la responsabilidad de los titulares de autorizaciones otorgadas con anterioridad a la ley 1ra. de 1991, se otorgará por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con jurisdicción sobre el lugar donde esté ubicado el muelle hasta por un periodo de dos (2) años.

Entiéndase por operación aduanera para los efectos previstos en la citada Resolución, el cargue, descargue, manipulación o manejo de mercancías en proceso de exportación o importación.

A su vez la Subdirección Operativa de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con oficio N° 001494 de mayo 13 de 1997 precisa la competencia de la habilitación, en la Administraciones Locales de aduanas de la jurisdicción del muelle objeto de la habilitación.

En consecuencia, el Administrador Especial de Aduanas de Cartagena,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: *Habilitar a favor de la Sociedad DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A. como Zona primaria Aduanera, por el término de dos (2) años a partir de la firmeza del presente acto, un MUELLE DE SERVICIO PRIVADO, localizado en la Zona Industrial de Mamonal Km. 14 de la ciudad de Cartagena, en el sitio denominado Ahorcazorra.*

ARTICULO SEGUNDO: *El Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, queda autorizado para ordenar la realización de las obras que considere necesarias en el lugar que se habilita para la operación aduanera en caso de encontrar que el sitio no reúna las seguridades y garantías necesarias para el control aduanero de cargue, descargue y manejo de las mercancías extranjeras y de exportación.*

ARTICULO TERCERO: *El muelle que se autoriza por medio de la presente providencia funcionará para cargue, descargue, manipulación, manejo o traslado de los productos químicos especializados, líquidos y graneles utilizados por la industria DOW QUÍMICA DE COLOMBIA SA, para*

desarrollar su objeto social, con las restricciones contenidas en los Decretos ,1146 y 1813 de 1990 sobre productos precursores, normas estas que fueron adoptadas como legislación permanente según lo establece el Decreto 2272 de Octubre 4 de 1991.

ARTICULO CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en la resolución 2559 de Junio 20 de 1994, artículo 4°, la Sociedad DOW QUÍMICA DE COLOMBIA SA, deberá constituir una garantía de cumplimiento de las obligaciones aduaneras originadas en la operación aduanera de cargue, descargue y manipulación de las mercancías en el muelle habilitado, por el cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del promedio del valor CIF de las mercancías que se estime serán objeto de las mismas durante un mes, la cual deberá constituirse por el término de un (1) año y tres (3) meses más, renovable por igual término y por el mismo cero punto veinticinco por ciento (0.25%) del promedio mencionado.

La Sociedad DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., deberá constituir una garantía por valor de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DIEZ PESOS M/CTE (\$14.964.510.00), equivalentes al 0.25% (Promedio movimiento de un mes), a favor de la Nación UAE. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Administración Especial de Aduanas de Cartagena, de conformidad con el artículo 4° de la Resolución 2559 de 1994.

ARTICULO QUINTO: La mencionada garantía deberá constituirse dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a favor de la Nación UAE Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales, Administración Especial de Aduanas de Cartagena. En caso de incumplimiento se entenderá que la habilitación quedara sin efecto de acuerdo con el artículo tercero de la norma referida.

ARTICULO SEXTO: Transcurrido un año (1) a partir de la fecha de ejecutoria del acto administrativo de habilitación, su titular deberá presentar ante la

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales correspondiente, un resumen sobre el movimiento, durante dicho año, señalando el valor CIF de las mercancías objeto de cargue, descargue y manipulación. Este valor será la base para determinar el monto de renovación de la garantía.

Vencido el período por el cual se otorgó la habilitación inicial o vencida la garantía sin haber sido renovada en la forma aquí señalada, la habilitación quedará sin efectos, debiendo el titular de la autorización presentar nueva solicitud con el cumplimiento de los requisitos prescritos en el artículo segundo (2) de la resolución 2559 de 1994.

ARTÍCULO SÉPTIMO: *Para que las mercancías puedan ser cargadas y descargadas en el muelle que se autoriza, es necesario que vengan consignadas a DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., en el documento de transporte y se encuentren amparadas en el registro o licencia de importación, y demás documentos que establezca la legislación aduanera.*

ARTICULO OCTAVO: *El Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, verificará que en el muelle que se autoriza, se dé cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente resolución de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1909 y la resolución 2559 del 20 de junio de 1994.*

ARTICULO NOVENO: *La habilitación que se otorga a través de la presente providencia, es de carácter personal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º de la Resolución 2559 de junio 20 de 1994.*

ARTICULO DÉCIMO: *Notifíquese la presente providencia al representante legal de la Sociedad DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., ubicada en la Zona Industrial de Mamonal Km. 14 en la Ciudad de Cartagena, de acuerdo a los*

artículos 97 y siguientes del Decreto 1909 de 1992, advirtiéndole que contra el Acto Administrativo solo procede el Recurso de Reposición ante el Despacho del Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, dentro de los cinco días hábiles siguientes de su notificación.

Ejecutoriada, la presente Resolución, remítase copia a la Subdirección de Servicio al Comercio Exterior y a la Subdirección Técnica Aduanera.”

Del contenido del acto administrativo arriba transcrito, la Sala encuentra claridad en cuanto a la exclusividad con que contaba la sociedad Dow Química de Colombia S.A., para utilizar el muelle privado habilitado, permiso que le fue otorgado en forma especial a dicha sociedad para la introducción de mercancía al territorio nacional, todo en aplicación de la ley 1ª de 1991.

Con relación a la utilización de los puertos y muelles públicos y privados el honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“Ahora bien, dentro de la condición de usuarios de los puertos habrá que considerarse a todo aquel que tenga una concesión de un puerto, que puede ser para servicio público o servicio privado, atendiendo la Ley 1ª de 1991, que prevé en sus definiciones y en su regulación las clases de muelle y puerto privado, así como puerto de servicio público, los cuales caracteriza así en su artículo 5º: 5.7. Muelle privado. Es aquella parte de un puerto que se facilita para el uso exclusivo de un usuario con el propósito de facilitar el cargue y descargue, mediato o inmediato, de naves. 5.14. Puerto privado, Es aquel en donde solo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura. 5.15 Puerto de servicio público. Es aquél en donde se prestan servicios a todos quienes están dispuestos a someterse a las tarifas y condiciones de operaciones.”¹

De la norma contenida en el artículo 5º de la ley 1ª de 1990, se desprende que los muelles privados son aquellos que se autorizan para suministrar el uso exclusivo de

¹ C DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente RAFAEL E OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D C , veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número 25000-23-27-000-2005-01869-01 Actor COLCLINKER S A Demandado SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE Referencia APELACION SENTENCIA

un usuario con el propósito de facilitar el cargue y descargue, mediato o inmediato, de naves. Mientras que puerto privado dice esa norma, es ***"aquel donde solo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad propietaria de la infraestructura"***.

Pues bien, en el caso bajo examen, señala el apoderado de la empresa demandante que esta es titular de una concesión portuaria por el término de 20 años mediante la Resolución No. 0643 del 14 de octubre de 1997, expedida por la Superintendencia General de Puertos en la cual se especifica que las instalaciones portuarias de dicha compañía son de servicio privado en los términos de la ley 1° de enero 10 de 1991.

Efectivamente dentro del expediente administrativo que fue remitido a este proceso por la entidad demandada a solicitud del Tribunal, obra copia autenticada de la Resolución No. 0643 del 14 de octubre de 1997, expedida por la Superintendencia General de Puertos, por medio de la cual le fue otorgada a la sociedad DOW QUIMICA DE COLOMBIA S.A., una concesión portuaria para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva un sector de playa, los terrenos de bajamar y la zona adyacente a aquellas o éstos, como también las construcciones existentes en la zona de uso público, y los bienes inmuebles por destinación que habitualmente se encuentran instaladas en ella, ubicados en el kilómetro 14, de la zona industrial de Mamonal, en jurisdicción del Distrito turístico y cultural de Cartagena de Indias, Departamento de Bolívar, para la operación de un muelle dedicado al recibo y despacho de productos químicos y a granel.-(folios 263 a 269 del expediente)

Luego en principio, si ello es así, podría decirse que la tesis del demandante en el sentido de que la sociedad Dow Química de Colombia S.A., podía válidamente asignar su muelle de servicio privado para el recibo de las mercancías importadas por las empresas LAMITECH S.A., DOW AGROSCIENCES, INTERQUIM, DISTRIBUIDORA QUÍMICA HOLANDA, INDUSTRIAS QUÍMICA ANDINA, debido a que señala que estas son empresas vinculadas jurídica y económicamente al propietario de la infraestructura portuaria, no resulta ser descabellada, porque

precisamente del concepto de puerto privado establecido por el artículo 5° de la ley 1° de enero 10 de 1991 así se deduciría.

El problema, es que a pesar que la parte actora asegura tanto en la demanda como en su recurso, que las empresas LAMITECH S.A., DOW AGROSCIENCES, INTERQUIM, DISTRIBUIDORA QUÍMICA HOLANDA, INDUSTRIAS QUÍMICA ANDINA, que procedieron a importar mercancías utilizando el muelle de Dow Química de Colombia S.A, son empresas vinculadas jurídica y económicamente a DOW QUIMICA S.A., y que tienen relación directa con el objeto social de esta última, y que incluso alguna de estas sociedades poseen acciones en ella, lo cierto es que dentro del expediente ello no aparece demostrado.-

Para la Sala la empresa Dow Química de Colombia S.A., por ser del tipo de sociedades anónimas, no es posible conocer quiénes son los propietarios de dicha empresa, pues al revisar el certificado de existencia y representación legal (Folio 2 al 7), no se puede identificar si las sociedades que utilizaron el muelle habilitado, hacen parte de dicha sociedad.

Por otro lado habría que mencionar también que una cosa es el otorgamiento de una concesión para operar un puerto de servicio privado, como el que le fue concedido a la empresa DOW QUIMICA S.A., a través de la Resolución No. 0643 del 14 de octubre de 1997, expedida por la Superintendencia General de Puertos y otra lo relacionado con la habilitación a una sociedad para que pueda realizar importaciones a través del puerto entregado en concesión, el cual debe otorgar la DIAN para operar como zona primaria aduanera un muelle de servicio privado, a efecto de realizar el cargue descargue y manipulación de productos de importación y de exportación.

Lo primero, tiene su soporte normativo en lo establecido por la ley 1ª de 1990 o ley de puertos, mientras que lo segundo, para el caso bajo examen se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 8° del decreto 1909 de 1992 que es el que dispone que "Todo

*medio de transporte que llegue al territorio nacional o que se traslade desde una parte del país que goce de un tratamiento preferencial a otra que no lo tenga, **deberá arribar por los lugares habilitados por la Dirección de Aduanas Nacionales, en los términos en que se confiera tal habilitación***”.

Es decir, que no basta el otorgamiento de una concesión para operar unas instalaciones portuarias de carácter privado, sino que además la administración nacional de aduanas debe habilitar al concesionario privado de puertos, para que por el muelle o muelles privados de dicha concesión, puedan arribar medios de transporte.

En el caso bajo examen, la habilitación del puerto para poder introducir mercancía fue la que dio la DIAN al demandante mediante la Resolución No.000123 de enero 19 de 2.000, Pero el punto es que el contenido de dicha resolución, es claro al indicar que el muelle privado habilitado es para el uso exclusivo de la persona jurídica a quien se le autoriza, esto es para la sociedad DOW QUIMICA S.A., no siendo posible la introducción de mercancía de personas jurídicas distintas a la autorizada.

En el caso bajo estudio, los actos acusados tuvieron su sustento jurídico en el incumplimiento de una obligación aduanera que dimana del acto administrativo (Resolución No.000123 de enero 19 de 2.000), que contenía tanto la autorización dada exclusivamente a la sociedad Dow Química de Colombia S.A., para operar el muelle privado, como la obligación que tenía dicha sociedad de constituir una póliza de garantía que respaldara la correcta utilización del muelle privado autorizado para sus operaciones de cargue y descargue de mercancías.

Por consiguiente, al permitir la sociedad Dow Química de Colombia S.A., el ingreso por su muelle habilitado de mercancía de sociedades distintas, generó un incumplimiento al acto administrativo de autorización, haciendo procedente la declaratoria de incumplimiento establecida con la efectividad de la póliza de garantías constituida para respaldar la correcta utilización del muelle, bajo los parámetros del permiso otorgado, por consiguiente esta Sala es del criterio que los actos acusados,

estuvieron ajustados a derecho, pues la sociedad Dow Química de Colombia S.A., incumplió con el requisito de exclusividad para la utilización de un muelle privado para importación de mercancías.

Es preciso resaltar que la decisión de la DIAN, de declarar el incumplimiento y hacer efectiva la póliza de garantías, estuvo respaldada por un acto administrativo; Resolución No.000123 de enero 19 de 2.000, acto administrativo que contenía derechos y obligaciones tanto en cabeza de la sociedad Dow Química de Colombia S.A., como en cabeza de la misma DIAN, siendo la primera la que incurrió en un incumplimiento al permitir el ingreso de mercancía de otras personas jurídicas, por un muelle que era de uso exclusivo de Dow Química de Colombia S.A.

El artículo 66 del C.C.A., establece que los actos administrativos serán obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y solo perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: i) Por suspensión provisional, ii) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho y de derecho, iii) Cuando al cabo de 5 años de estar en firme, la administración no haya realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos, iv) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto, v) Cuando pierda su vigencia. En el caso bajo estudio al momento de la DIAN declarar el incumplimiento y ordenar hacer efectiva la garantía, la Resolución No.000123 de enero 19 de 2.000, era un acto administrativo válido, el cual podía ser aplicado por la DIAN en caso de algún incumplimiento, como en efecto se realizó, situación que a juicio de esta Sala sustenta la legalidad de los actos administrativos sancionatorios aquí demandados.

El hecho que las mercancías ingresadas por otras sociedades por el muelle de uso exclusivo de Dow Química de Colombia S.A., hubiese sido correctamente declarada y presentada ante la DIAN, no legitima per se, el indebido actuar de Dow Química de Colombia S.A., al permitir el ingreso por su muelle de las mismas, pues esta es una situación autónoma e independiente que recae exclusivamente en Dow Química de

Colombia S.A., sin perjuicios de las infracciones en que pudieron incurrir las personas jurídicas que intervinieron en el proceso de importación.

Otro argumento de nulidad presentado por la parte demandante, es el consistente en afirmar que la sociedad Dow Química de Colombia S.A., no permitió la importación de la mercancía por parte de las distintas sociedad, sino que la mercancía importada fue simplemente depositada en sus instalaciones, pues dicha sociedad también prestaba los servicios de depósito de mercancía, mercancía que por ser de especial condición (químicos), debió ser depositada en su depósito correctamente adecuado para ello. La Sala no comparte el argumento de nulidad presentado por el demandante, ya que por el hecho de poseer Dow Química de Colombia S.A., un depósito habilitado de mercancía, no le da la facultad per se de permitir el ingreso de mercancías por su muelle sin previa autorización de la administración de aduanas, autorización que además no se genera con la presentación de una declaración de importación ante la administración de aduanas, sino que es necesario que la DIAN a través de un acto administrativo autorice el ingreso de mercancías importadas por sociedades distintas a Dow Química de Colombia S.A., pues como ya se ha visto la única autorización existente era la de esta última.

En conclusión esta Sala estima que dentro del presente asunto la parte demandante no pudo desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, pues los mismos fueron expedidos conforme a derecho, así las cosas se procederán a la confirmación de la sentencia de primera instancia, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar Sala especial de descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2011, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

REPRODUCCION