

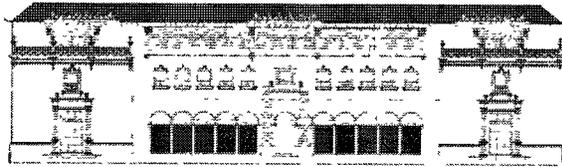
TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

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



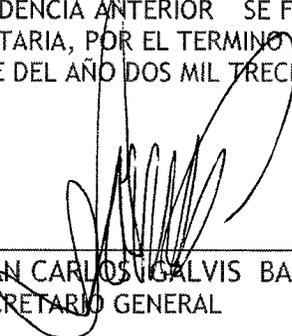
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1244
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: MARIELA CECILIA BADEL TURIZO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2008-002652-00
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 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. 275 a 309
(3.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. 23-12013

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

TEMA: Falla del servicio médico por mala praxis médica y negligencia en atención a paciente en postoperatorio de cirugía bariátrica que se complicó y devino en peritonitis.

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 23 31 002 **2008 00262 00**

II. PARTES

Demandante: MARIELA CECILIA BADEL TURIZO Y LEYLA MILADYS
BENDECK BADEL.

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL.

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 las señoras Mariela Cecilia Badel Turizo y Leyla Miladys Bendeck Badel, contra la Nación- Ministerio de Defensa- Armada Nacional, por la presunta falla del servicio médico que ocasionó la muerte del joven Yasser Elías Bendeck Badel.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

“PRIMERO.- El causante YASSER ELÍAS BENDECK BADEL, nacido el 08-JUL-1977, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía No. 72.000.758, abogado en ejercicio y ex oficial de la Armada Nacional padecía de obesidad mórbida, razón por la cual decidió practicarse cirugía laparoscópica de BYPASS GASTRICO (Léase Bay-pass), acudiendo para tal efecto a utilizar los servicios del Dr. Diego Luis Lozano Ramírez, médico cirujano, presuntamente con poca experiencia en cirugía bariátrica, según su currículo e información personal anexa, escalafonado como Oficial de la Armada Nacional en servicio activo, grado Capitán de Fragata, presta servicios como Jefe del Departamento Quirúrgico del Hospital Naval de Cartagena desde 2004; por el compañerismo y amistad que los unía como oficiales de la Armada Nacional, médico y paciente decidieron que la cirugía debía realizarse en las instalaciones del Hospital Naval de Cartagena el 29 de abril de 2006, como efecto ocurrió entre las 7:30 am y las 11: 40. pasaron los días 29, 30 de abril, 1. 2. 3, 4 y 5 de mayo hasta las 12:00 meridiano cuando el paciente en vez de mostrar mejoría posquirúrgica, falleció.

SEGUNDO.- Con motivo de la realización de cirugía Bariátrica al paciente Yasser Bendeck Badel desde antes del procedimiento, durante y en el post quirúrgico, sucedieron eventos, ahora visibles con motivo de su fallecimiento, constitutivos de responsabilidades de carácter objetivo con los que se estructura la falla presunta en el servicio, entre los que podemos enunciar:

- a) No está demostrado en la Historia Clínica u otro documento constancia de evaluación preoperatorio, particularmente en lo concerniente a la evolución psicológica o psiquiátrica, debemos reconocer que existe consentimiento informado escrito relativo a la autorización de familiares y allegados.*

- b) *La institución Hospital Naval de Cartagena, forma parte del sistema de salud de las Fuerzas Militares, limitándose sus servicios a la atención médica de afiliados activos, retirados y beneficiarios, además los que por su autorización expresa de la constitución y la ley le son permitidos, tales como atención de pacientes menores de un año, urgencias por calamidades o catástrofes, SOAT etc., solo puede atender pacientes particulares, como en el caso del señor Yasser Elías Bendeck Badel, con autorización expresa del Director de Sanidad de la Armada Nacional, situación que no sucedió.*
- c) *El señor Director del Hospital Naval de Cartagena a la fecha de fallecimiento del paciente Bendeck Badel, permitió no sólo la realización de la cirugía en sus instalaciones sin estar habilitado para ello por razones técnico-científicas y administrativas, adicionalmente, que quien la practicó presuntamente careciera de reconocimiento Nacional e internacional de la comunidad de cirujanos bariátricos I.F.S.O., (Federación Internacional para cirugía de la obesidad) Institución que exige entre otras recomendaciones que el galeno esté totalmente entrenado y cualificado como cirujano general/gastrointestinal, haber finalizado todos los programas supervisados en aspectos de la cirugía bariátrica o que al menos haya realizado 200 (Doscientas) intervenciones de esta naturaleza y tenga (5) cinco o más años de experiencia en el campo de la cirugía de la obesidad, exigencias mínimas que el señor Director desconoció, por lo que pudo incurrir en negligencia e imprudencia.*

TERCERO.- Las razones técnico-científicas y administrativas que con motivo del fallecimiento de un paciente al que se le realizó una cirugía sin la debida autorización y que estructuran la responsabilidad objetiva por falla presunta en el servicio, por lo que están obligados a responder patrimonialmente la Nación, Ministerio de Defensa y la Armada Nacional, hacen relación al hecho que la

institución Hospital Naval de Cartagena, prestó un servicio ineficiente e inadecuado, que produjo un daño físico irreversible al paciente Yasser Bendeck con la atención médica en un nivel no permitido, no habilitado o acreditado administrativamente ante los servicios de salud de Cartagena, entidad encargada de auditar médicamente las condiciones de higiene de los centros hospitalarios de la ciudad, que deben reportar reglamentariamente 48 y 72 horas antes de cada procedimiento, cultivos realizados a las salas de cirugía y Unidades de Cuidados Intensivos para determinar la presencia de bacterias, situación que es frecuente en esta clase de instalaciones, de ahí se desprende el hecho que la sala de cirugía y/o la Unidad de Cuidados Intensivos adultos del Hospital Naval, produjeron infección nosocomial en una tasa del 6,9% (seis punto nueve por ciento), porcentaje de contagio bastante alto, durante el primer semestre de 2006, hecho indicador que fue la causa del deceso del paciente Bendeck Badel, probablemente fue una sepsia o infección nosocomial en la herida quirúrgica que desencadenó en peritonitis postoperatoria, a juzgar por el contenido de la historia clínica.

Cabe precisar, que los estándares de calidad en la cirugía bariátrica, exigen la importancia de la experiencia del cirujano, que debe impartir en forma precisa las indicaciones al momento de dirigir la maniobra, operar bien, conocer y detectar precozmente las complicaciones y tratarlas eficientemente, junto acude la pericia en cada uno de los pasos del procedimiento, indudablemente al cotejar la información hasta ahora suministrada documentalmente, probablemente se demuestra que se incurrió por parte del señor Director del Hospital Naval de Cartagena, en presunta negligencia, al desconocer la falta experiencia y pericia del cirujano que practicó la cirugía al paciente Yasser Bendeck Badel, constituyéndose en uno de los tantos factores desencadenantes de su fallecimiento.”

B- PRETENSIONES

“PRIMERO. Que se declare judicialmente la responsabilidad patrimonial de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional, bajo el régimen de la responsabilidad objetiva por la falla presunta en el servicio, para lo cual se requiere probar sustancialmente: La existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y la acción u omisión de la institución Hospital Naval de Cartagena en desarrollo de una cirugía bariátrica, By Pass Gástrico practicada el 29 de abril de 2006 al causante Yasser Elías Bendeck Badel en esa dependencia hospitalaria procedimiento que originó su fallecimiento el 05 de mayo del mismo año, seis (6) días después, según en pruebas documentales anexas.

SEGUNDO.- Que como consecuencia de la declaratoria judicial de la responsabilidad patrimonial por vía de reparación directa, condénese a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional, a pagar el monto de indemnización integral para sus beneficiarios directos, como resultado de la defunción de su ser querido.

TERCERO.- Que todos los pagos que se ordene hacer producto de la declaratoria de responsabilidad patrimonial por vía de reparación directa, con destino a los actores Mariela Cecilia Badel Turizo y Leyla Miladys Bendeck Badel, en su condición de madre y hermana, le sean cubiertos en moneda de curso legal en la República de Colombia, ajustando su valor con base a los índices de precios al consumidor, certificados por el DANE, o por la entidad que haga sus veces.

CUARTO.- Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al presente proceso, en la forma y término señalados en los artículos 176, 177 y 178 del Código del Contencioso Administrativo.”

V. CONTESTACION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA (Folio 229-231)

En relación con las razones de defensa, la entidad demandada expone lo siguiente:

“La práctica de la medicina, tradicionalmente se ha considerado un ejercicio profesional, de medios no de resultados; los avances significativos en las distintas especialidades de esta ciencia, han permitido al hombre mejorar su calidad de vida, combatir las enfermedades y elevar su existencia promedio. No obstante lo anterior, ningún médico ésta en condiciones de garantizar al 100% los resultados de un tratamiento farmacéutico, ni mucho menos quirúrgicos; pues cada organismo del ser humano es un mundo aparte, que responde, a esas intervenciones de manera diferente, según su configuración y su estructura orgánica. Los médicos cirujanos en particular, ponen todos sus conocimientos y sus destrezas adquiridas, al servicio del paciente, para tratar de corregir la enfermedad y la patología que afecta al enfermo; sin poder asegurar que los resultados serán todas las veces exitosos. Adicionalmente, en lo que a intervenciones quirúrgicas se refiere, los riesgos se multiplican, desde la aplicación misma de la anestesia, la reacción del organismo durante la intervención de la misma, y los problemas del período postoperatorio y de recuperación. Para la ciencia médica, ha sido una lucha constante y algo desigual, acabar con los contagios de bacterias o virus; después de las cirugías, que potencialmente pueden infectar al paciente y dar al traste, con el éxito que se obtuvo en el quirófano con el bisturí. Hasta las unidades de Cuidados Intensivos más modernas y tecnificadas, se ven amenazadas por estos riesgos de bacterias o virus, no obstante que se observen, o se sigan, los procedimientos y protocolos más rigurosos para evitar contagios.”

El ilustre apoderado actor, muy hábilmente mezcla, confunde o hace aparecer como iguales, las causas de las cosas, con las condiciones que las hacen posibles; concluyendo erróneamente y de manera subjetiva, que la muerte de Bendeck Badel, fruto de la infección que lo afectó en el período postoperatorio, fue el resultado de la negligencia, del descuido o de la inoperancia de los galenos del Hospital Naval;

tamaña y sesgada conclusión, sería igual a decir, que la causa de la muerte de un suicida, que se lanza de un décimo piso, es solo la Ley de la Gravedad; o si un par de sicarios asesinan a un transeúnte desde una moto, debemos prohibir inmediatamente, el uso de las motos para solucionar el problema; el Dr. Humberto Martínez Rocha, apoderado demandante, de manera suspicaz confunde las causas con los efectos, porque piensa que alterando los efectos, encontramos el responsable del hecho causa; y le atribuye olímpicamente esa responsabilidad al manejo médico, quirúrgico y farmacéutico, que el Hospital Naval de Cartagena, le brindó a Bendeck Badel; desde luego se entiende su posición, porque solo de esta manera, puede conseguir prebendas de carácter económico; pero mi deber como defensor de la entidad demanda, es impedir que esto ocurra, que tengamos como ciertas las falacias, que nos presenta el conspicuo apoderado actor y que la justicia administrativa tome una decisión contraria a derecho.”

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO. (Folio 136-145)

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante este Despacho desistió de emitir concepto.

VIII. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 28 de noviembre 2008. (Folio 222)
- Por Auto calendado el 10 de mayo de 2010 se abrió a pruebas. (Folio 242 a 257)
- Mediante auto de 23 de noviembre de 2011 se dio traslado para alegar.
- Por informe el proceso ingresó al despacho para dictar sentencia.

IX.- ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante

En el término dado por esta judicatura para alegar de conclusión la parte demandante se permite realizar de forma sucinta una redacción de los principales hechos determinantes que conllevaron al desenlace fatal de la muerte del señor Yasser Elías.

Exponen como hechos determinantes las violaciones a principios médicos como no dar órdenes médicas sin haber sido examinado el paciente (desacuerdo total con las indicaciones vía telefónicas por parte del médico tratante) y el abandono del paciente durante el post operatorio.

Sostiene el apoderado de la parte demandante, que en la re-intervención efectuada (se halla el orificio en el intestino delgado) se llevó a cabo de forma tardía, puesto que se determinó la presencia de aproximadamente un (1L) litro de pus; líquido que se fue acumulando durante muchas horas y médico tratante sólo se limitaba a dar órdenes médicas.

La falla del servicio médico se constituye en que la entidad no realizó las gestiones necesarias, fuere a través de la Dirección o la Coordinación Asistencial, para lograr la detención y la corrección de la perforación que se había realizado durante la cirugía laparoscópica.

De igual forma sostiene que el médico tratante está obligado a pasar rondas diarias

por la cama del paciente para revisar la evolución del post operatorio. Que las primeras 12 horas son necesarias para determinar la evolución del paciente y el pronóstico del procedimiento realizado.

Alega que si existe una infección (aumentó exagerado de los leucocitos) se debe extirpar la causa primigenia que la origina, y para el caso concreto era necesario corregir el orificio de manera rápida.

Finalmente, pone de presente un trabajo científico cuyo tema corresponde a las "Complicaciones quirúrgicas en bypass gástrico laparoscópico", a fin de lograr que la judicatura se ilustre mejor en cuanto a la intervención realizada en la humanidad del señor Yasser Elías Bendeck Badel.

Parte demandada

De su parte la entidad demanda, se permite realizar una valoración de los testimonios obrantes en el proceso, los cuales correspondían a médicos de la Institución y con ellos trata de resaltar que se realizaron todos los tratamientos adecuados y bajo los cuidados de especialistas del Hospital Naval. Que la muerte del señor Bendeck Badel, puede concluirse como un caso fortuito o fuerza mayor, ya que sale de cualquier previsión, constituyéndose el resultado e inesperado y fortuito.

Finalmente, expone precedentes jurisprudenciales en cuanto a los elementos estructurante de la Responsabilidad Estatal por falla médica.

X.- CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

Este Tribunal es competente para conocer del presente asunto de conformidad con lo

dispuesto por el numeral 6° del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los procesos de reparación directa cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, y en el presente asunto la parte demandante tasó los perjuicios materiales en (\$706.668.344), y los perjuicios morales en la suma de (\$923.000.000), siendo competente este Tribunal por la cuantía que se establece en el presente proceso.

2. Caducidad de la demanda.

Se tiene que el señor Yasser Elías Bendeck Badel, falleció el día 05 de mayo de 2006¹, y la demanda fue presentada el día 06 de mayo de 2008², lo cual permite aseverar que la misma fue interpuesta dentro de los dos (2) años siguientes a la ocurrencia de los hechos que dieron motivo a la interposición de la demanda, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 numeral 8° del C.C.A.

3. Problema Jurídico

En el caso sub examine pretenden las demandantes que se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa- Armada Nacional, de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados por la muerte del señor Yasser Elías Bendeck Badel, como consecuencia de lo que se considera una mala prestación del servicio médico, que asegura fue la que ocasionó la muerte del citado señor.

Por su parte la entidad demanda se defendió alegando que actuó bajo normal funcionamiento en la prestación del servicio médico y señalando que el fatal desenlace, no está probado en el expediente que hubiese sido consecuencia de una negligencia de la demandada ni de una mala práctica de la lex artis y que la muerte se

¹ Folio 20

² El día 5 de mayo de 2008 fue festivo

produjo a pesar del tratamiento adecuado suministrado y bajo el cuidado de especialistas del Hospital Naval, porque el organismo del paciente realiza falla renal hematológica, cardiovascular y hepática.

Pues bien, de conformidad con los argumentos expuestos en la demanda, en su contestación y los planteados por las partes en sus alegatos de conclusión, queda claro que el problema jurídico a resolver por esta Sala de decisión, consiste en determinar si en el caso *sub examine*, concurren los elementos para que se configure la responsabilidad patrimonial de la entidad accionada, por la supuesta negligencia u omisión en la prestación de los servicios médicos y mala praxis del médico, lo cual habría dado como resultado la muerte del señor Bendeck Badel.

4. Tesis de la Sala de decisión

Esta Sala de descongestión es de la tesis de que en el caso bajo examen si concurren los elementos para declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la entidad demandada de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, como consecuencia de una mala praxis médica en la operación de cirugía bariátrica, lo cual habría dado como resultado la muerte del señor Bendeck Badel, al desencadenársele como consecuencia de ella, una falla orgánica multisistémica, sepsis de origen abdominal y peritonitis que no pudo ser controlada.

La anterior tesis es desarrollada bajo los siguientes argumentos:

5. Marco Jurisprudencial.

Antes de resolver el problema jurídico planteado, 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 falla medida.

De la responsabilidad del Estado en la prestación de los servicios médicos.

La Constitución Política de 1991, trajo consigo la consagración de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como también el concepto de daño antijurídico, es por esto que el artículo 90 de la Constitución Política, consagra que el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Se tiene entonces que, la existencia del daño antijurídico constituye el elemento esencial de la posibilidad de reparación de los perjuicios, siempre que el daño sea imputable a una entidad estatal.

En relación con el régimen de responsabilidad bajo el cual se deciden los procesos, como el presente, en un primer momento en la evolución jurisprudencial, se exigía al actor aportar la prueba de la falla para la prosperidad de sus pretensiones, por considerar que se trataba de una obligación de medio y por lo tanto, de la sola existencia del daño no había lugar a presumir la falla del servicio.

En la década anterior se introdujeron algunos criterios con el objeto de morigerar la carga de la prueba de la falla del servicio, aunque siempre sobre la noción de que dicha falla era el fundamento de la responsabilidad de la administración por la prestación del servicio médico.

El primer desarrollo del problema estuvo referido a la aceptación de la prueba de la falla del servicio por inferencia, es decir, a través de la acreditación de las circunstancias que rodearon el caso concreto, de acuerdo con las cuales pudiera el juez deducir dicha falla (falla virtual), en aplicación del principio *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí solas)³.

Cabe destacar, que hasta 1990 el régimen de imputación atribuible al Estado por la

³Sentencia del 13 de septiembre de 1991, Exp 6253

responsabilidad en la prestación de los servicios médicos, fue el de la falla probada, es decir le correspondía al actor, demostrar la prueba de la falla o la culpa del Estado en la prestación del servicio.

Posteriormente en sentencia de octubre 24 de 1990, expediente No. 5902, se empezó a introducir el principio de presunción de falla del servicio médico, que posteriormente fue adoptado de manera explícita por la Sección. En esta providencia se consideró que el artículo 1604 del Código Civil debía ser aplicado también en relación con la responsabilidad extracontractual y en consecuencia, la prueba de la diligencia y cuidado correspondía al demandado en los casos de responsabilidad médica.

La presunción de falla del servicio médico que con esta posición jurisprudencial se acogió, fue reiterada en decisión de 30 de junio de 1992, expediente No. 6897, pero con una fundamentación jurídica diferente, la cual hacía referencia a la posibilidad en que se encuentran los profesionales médicos, dado su “conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta”, de satisfacer las inquietudes y cuestionamientos que puedan formularse contra sus procedimientos, en otras palabras se consideró que el paciente en muchas ocasiones no cuenta con los conocimientos científicos, ni los elementos que le permitan acreditar la falla del servicio, es por esto que se consideró que la administración pública sanitaria, se encuentra mejor capacitada para probar que su actuación de ciñó a los lineamientos profesionales respectivos y a la lexartis.

Posteriormente y en aplicación del principio de las cargas dinámicas de la prueba⁴, se consideró que la presunción de responsabilidad del Estado, de los daños ocasionados en la prestación de los servicios médicos, debía ser general, por lo tanto la entidad demandada tenía la obligación de probar que no existió falla en el servicio.

⁴ Sentencias del 3 de febrero de 1995 Expediente 9142 Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, 13 de julio de 1995 Expediente 9848 Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque, 18 de julio de 1997 Expediente 10 824 Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque, 4 de septiembre de 1997 Expediente 10 251 Consejero Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque

Más adelante, en sentencia de fecha 10 de febrero de 2000⁵, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, se cuestionó la interpretación generalizada que se le había dado a la presunción de responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en la prestación médico-hospitalaria; de igual manera se consideró que la aplicación del principio de las cargas dinámicas en todos los eventos, equivalía a una petrificación de dicho principio. Aunado a lo anterior el Consejo de Estado en dicha sentencia señaló:

“...No todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas y científicas. Habrá que valorar en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio”.

Ahora bien, las dificultades que afronta el demandante en los eventos de responsabilidad médica que han motivado, por razones de equidad, la elaboración de criterios jurisprudenciales y doctrinales tendientes a morigerar dicha carga, no sólo se manifiestan en relación con la falla del servicio, sino también respecto de la relación de causalidad. En cuanto a este último elemento, se ha dicho que cuando resulte imposible esperar certeza o exactitud en esta materia, no sólo por la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados sino también por la carencia de los materiales y documentos que prueben dicha relación, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia.

⁵Expediente 11878

Más recientemente, el Consejo de Estado ha precisado los criterios en materia de responsabilidad médica para señalar que: (i) Corresponderá al demandante probar la falla del servicio, salvo en los eventos en los cuales le resulte “excesivamente difícil o prácticamente imposible” hacerlo; (ii) de igual manera, corresponde al demandante aportar la prueba de la relación de causalidad, la cual podrá acreditarse mediante indicios en los eventos en los cuales le “resulte muy difícil -si no imposible-...la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”; (iii) en la valoración de los indicios tendrá especial relevancia la conducta de la parte demandada, sin que haya lugar a exigirle en todos los casos que demuestre cuál fue la causa real del daño; (iv) la valoración de esos indicios deberá ser muy cuidadosa, pues no puede perderse de vista que los procedimientos médicos se realizan sobre personas que presentan alteraciones en su salud, y (v) el análisis de la relación causal debe preceder el de la falla del servicio.⁶

La posición actual de la jurisprudencia del Consejo de estado, es que se trata de una modalidad de responsabilidad en la cual el título de imputación es el de la falla del servicio probada.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“La determinación del régimen jurídico aplicable en eventos en los cuales se discute la responsabilidad extracontractual del Estado derivada del despliegue de actividades médico-asistenciales no ha sido pacífica en la jurisprudencia, como quiera que paralelamente a la postura que ha propendido por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos- de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

⁶Sentencia del 22 de abril de 2004, Exp 14 212

Así pues, de la aceptación –durante un significativo periodo de tiempo- de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido- la carga de atender a los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, las pruebas de que dicho servicio fue prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad. Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante, por manera que será el régimen de la falla probada del servicio, con las consecuencias probatorias que le son propias, aquél de conformidad con el cual deberá estructurarse la responsabilidad del Estado, con lo cual solamente podrá resultar comprometida como consecuencia del incumplimiento, por parte de la entidad demandada, de alguna obligación legal o reglamentaria, de suerte que sea dable sostener que la mencionada entidad cumplió, tardía o ineficientemente con las funciones a su cargo o las inobservó de manera absoluta, título jurídico subjetivo de imputación” Nota de Relatoría: Ver sobre FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA: sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, sentencia del 24 de agosto de 1992; Expediente 6754; Actor Henry Enrique Saltarín Monroy; sobre FALLA PROBADA DEL SERVICIO: Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, expediente 14.421; actor Ramón Fredy Millán y otros; sentencia del 3 de octubre de 2007,

expediente No.16.402; sobre FALLA DEL SERVICIO: sentencia del 20 de febrero de 2008; Radicación No.:85001 23 31 000 1998 0061 01; Expediente No. 16.739.”⁷

En sentencia más reciente ello fue reiterado así:

“De conformidad con la evolución jurisprudencial correspondiente a la falla en el servicio por responsabilidad médica, se concluye que actualmente el fundamento jurídico se ha cimentado sobre la base de la teoría de la falla probada, razón por la cual es el demandante quien debe acreditar los tres elementos de la responsabilidad (daño, falla en el servicio y nexo causal). **NOTA DE RELATORIA:** *Sobre la falla probada del servicio médico asistencial, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de abril 28 de 2010, exp. 20087A, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; abril 28 de 2010, exp. 17725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; agosto 26 de 2008, exp. 15725; octubre 15 de 2008, exp. 16270 y agosto 31 de 2006, exp. 15772. C.P. Ruth Stella Correa Palacio*⁸

En síntesis, la responsabilidad médica debe estudiarse bajo la óptica de la falla probada en la cual deben estar acreditados todos los elementos de la responsabilidad como son (i) el daño (ii) la falla del servicio y (iii) el nexo de causalidad, sin que haya lugar a presumirlos.

5. Del material probatorio recaudado.

Dentro del expediente se encuentran arrojados los siguientes documentos:

Aportadas con la demanda.

⁷CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D C veintiocho (28) de enero de dos mil nueve (2009) Radicación número: 50001-23-31-000-1992-03589-01(16700). Actor. GERMAN RIVEROS ZARATE Y OTROS. Demandado: INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL-SECCIONAL META

⁸CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. SUBSECCION C. Magistrado ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá D C , Veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011)

- A folio 19 del expediente, se aportó copia autenticada de tarjeta profesional de abogado no. 102994 expedida por el consejo superior de la judicatura al señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL.
- Copia autentica del registro de defunción del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL ocurrida el 5 de mayo de 2006. folio 20 del expediente.
- Copia simple del registro civil de nacimiento de YASSER ELIAS BENDECK BADEL, expedido por la notaría 2ª del círculo de barranquilla. folio 21.
- Copia simple del registro civil de nacimiento de MARIELA CECILIA BADEL TURIZO, expedido por la notaría 2ª del círculo de corozal (sucre). folio 22.
- Copia simple del registro civil de nacimiento de LEYLA MILADYS BENDECK BADEL, expedido por la notaría 2ª del círculo de barranquilla. folio 23.
- Copia simple de la cedula de ciudadanía de MARIELA CECILIA BADEL TURIZO y LEYLA MILADYS BENDECK BADEL. Folios 24 y 25.
- Receta médica de fecha 23 de octubre de 2007 a nombre de Mariela Badel, de la empresa PREVIMEDIC S.A. (Folio 26.
- Recibo de caja No. 12979 de fecha 29 de diciembre de 2005, expedido por Inmobiliaria del caribe Ltda. Folio 29.-
- Contrato de arriendo para vivienda urbana de fecha 17 de diciembre de 2002 celebrado entre MARIELA BADEL TURIZO y JASSER ELIAS BENDECK BADEL con la empresa INMOBILIARIA DEL CARIBE LTDA. Folios 30 y 30 vuelta.

- Hoja de Excel con título INGRESOS TEBB ARC. Folio 31.
- Copia simple de la Epicrisis del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL emitida en la unidad de cuidados intensivos del Hospital Naval de Cartagena, donde se consigna fecha de ingreso del 29 de abril de 2006 y egreso del paciente el 5 de mayo de 2006, con el siguiente diagnóstico de egreso: falla orgánica multisistémica, sepsis de origen abdominal, pop derivación gástrica en y de Roux, Muerto después de 48 horas. – Folio 32 del expediente.
- Copia simple de la historia clínica de egreso del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL de la Unidad de cuidados intensivos del hospital naval de Cartagena, firmada por el médico MARTIN CARVAJAL, con fecha de ingreso del 1 de mayo de 2006 que da cuenta del siguiente diagnóstico de ingreso a la UCI. 1.) pop 2 día de derivación gástrica en Y de Roux. (Cirugía bariátrica), 2) pop inmediato de laparotomía exploratoria + rafia de desgarro de sutura intestinal + lavado peritoneal. 3) Peritonitis secundaria a fuga intestinal por desgarro de sutura. 4.) Choque séptico de origen abdominal. 5) Hemorragia de vías digestivas superiores. 6.) obesidad mórbida y como diagnóstico de egreso de la UCI señaló. 1. Choque séptico de origen abdominal. 2) Disfunción orgánica multisistémica a. renal b. Hematológica c. SDRA, d. Hepática, e Vascular. 3) pop 6º día de derivación gástrica en Y de Roux. (Cirugía bariátrica). 4) pop de 4 día de laparotomía exploratoria + rafia de desgarro de sutura intestinal + lavado peritoneal. 5) pop 2 día de lavado peritoneal + abdomen abierto 6) Peritonitis secundaria a fuga intestinal por desgarro de sutura. 7) Hemorragia de vías digestivas superiores 8) Obesidad mórbida. 9) Hiperglicemia del pte crítico. 10) Anemia multifactorial (Dilución + posoperatorio) 11). Muerte.- Folios 33 y 33 vuelta del expediente
- Copia simple de la historia clínica de ingreso del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL de la Unidad de cuidados intensivos del hospital naval de Cartagena, con fecha de ingreso del 1 de mayo de 2006 que da cuenta del

siguiente diagnóstico de ingreso a la UCI. 1.) pop laparotomía exploratoria 2.) pop rafia intestino delgado 3) pop gastrostomía. 4) Peritonitis química 5) Shock séptico de origen abdominal. 6) Hemorragia de vías digestivas altas 7) pop derivación gástrica en Y de Roux. Como motivo de consulta y enfermedad actual se consignó lo siguiente. Paciente de sexo masculino de 28 años de edad quien el día 29/04/06 se le practicó derivación gástrica en Y de Roux, presentando a las 48 horas OPO dolor, distensión abdominal, vómitos, hematemesis, ausencia de flatos, dificultad respiratoria y taquicardia, con diagnóstico de obstrucción intestinal y se decide llevar a cirugía para exploración quirúrgica encontrando liquido en cavidad peritoneal de aproximadamente 1000 cc achocolatado, fétido, distensión de asas intestinales con desgarro de punto de anclaje que permitía el escape de contenido intestinal, se realiza lavado de cavidad con SSN aproximadamente 56000 cc, cierre de orificio con puntos separados de vicryl 2-0 se practica gastrostomía de protección y se cierra piel únicamente para second look. Se traslada a UCI para adecuado manejo y monitorización continua. Se hace diagnóstico de shock séptico con foco de origen abdominal y se inicia manejo. Como plan a seguir en la UCI se determinó: 1). NVO, 2). Lactato de ringer 1500 cc en bolo y continuar 1000cc/hora 3). Ventilación mecánica volumen corriente 650 mm peed 8, fio2 60% fr:20 a/c, 4). Furosemida 10 mg iv en bolo, 5) Fentanilo 9 mg repartidos en 2 bolos iv, 6) Midazolam 15 mg repartidos en 3 bolos iv, 7) Colocación de catéter central yugular anterior. 8) Dopamina 6.9 mcg/Kg/min iv, 9) Fentanil 2 amp + ssn hasta 100 cc pasar a 200 mg/hora iv. 10) Omeprazol 80 mg + ssn hasta 100cc pasar 8 mg/hora iv 11) unasyn 4.5 grs c76 horas iv, 12) Ciprofloxacina 400 mg iv c/12 horas, 13) Enoxaparina 80 mg SC cada día, 14) comprensión neumática continua de MMII, 15) Succión continua por SNG, 16) Hemograma, ionograma, BUN, creasinina, PT, PTT, glucemia, gases arteriales. 17) PVC horaria 18) Control la -le, 19) Glucometría cada 6 horas 20) Rx Torax portátil, 21) Monitoreo continuo de signos vitales. 22) Esquema móvil de insulina. (Folio 34 y 35 del expediente)

- Copia simple de acta de junta médica de la Unidad de cuidados intensivos del

hospital naval de Cartagena, con fecha de ingreso del 4 de mayo de 2006 que trató el caso del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL, en la cual participaron los médicos críticos MARTÍN CARVAJAL e IVAN DIAZ y el médico infectólogo MARIO MENDOZA con el fin de definir el mejor tratamiento para dicho paciente y como plan se decide aplicar proteína C activada debido al estado de gravedad del paciente con diagnóstico de choque séptico más disfunción orgánica múltiple clasificado en apache II del 28.(folios 36 y 37)

- Copia simple de resumen de historia clínica del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL de la Unidad de cuidados intensivos del hospital naval de Cartagena, firmada por el Médico intensivista Dr. IVAN DIAZ. (Folios 38 a 40)
- Copia informal de formato SDC-025 de consentimiento informado para procedimientos especiales y/o intervenciones médico quirúrgicas, diligenciado por el paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL y en el cual autorizó para realizar en su persona la intervención quirúrgica procedimiento anestésico y procedimiento especial DERIVACIÓN GÁSTRICA Y ROUX. (Folio 41)
- Copia informal de la historia clínica de ingreso del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL emitida por Hospital Naval de Cartagena, de fecha 29 de abril de 2006 (Folio 44 del expediente).
- Copia simple de formato de lista de chequeo preoperatorio de fecha 29 de abril de 2006 referido al paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL. (Folio 45)
- Copia simple de formato de registro anestésico referido al paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL, que refiere como evaluación preanestésica un diagnóstico preoperatorio de obesidad mórbida y como procedimiento quirúrgico planeado derivación gástrica en y de roux. Señala que se hicieron exámenes prequirúrgicos de Hemoglobina, hematrocito, leucocitos, PMN, Linfocitos, PT,

PTT, Glicemia preprandial, BUN, Creatinina, EKG, RX de Tórax, y otros como Colesterol total, HDL, LDL, VLDL, Uro análisis renal, Ecografía abdominal total. Se verificó el examen físico consignando tensión arterial en 120/80, Frecuencia cardíaca de 70 x', peso de 162 Kg, cabeza normal, dentadura completa, apertura bucal > 3 cm, movilidad cervical adecuada, distancia mento esternal > 13 cm, cardiopulmonar RsCs normal, murmullo vesicular normal, Palpación de abdomen normal, genitales normales, auscultación normal, columna vertebral normal, extremidades normal.- (Folio 46)

- Copia simple de formato de la historia clínica de descripción quirúrgica, del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL de fecha 29 de abril de 2006, que refiere que el inicio de la cirugía fue a las 8:45 a.m., que se le colocó anestesia general, como diagnóstico preoperatorio se colocó obesidad mórbida, y como procedimiento que se le realizó Bypass gástrico. Que la duración de la operación fue de 3 horas que tuvo sangrado escaso y que no tuvo complicaciones.(folio 47)
- Copia simple de las notas de enfermería y de formato de evolución y órdenes médicas del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL emitidas en el Hospital Naval de Cartagena. (Folios 49 a 51 del expediente).
- Copia simple de hoja de control de signos vitales de fecha 29 de abril de 2006 del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL. (folio 52)
- Copia simple de formato de solicitud de cultivo referido al paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL, con fecha de la toma del 1 de mayo de 2006 a las 17:00, muestra tomada en la cavidad peritoneal.(Folio 53)

- Copia simple de resultado de pruebas de laboratorio clínico cuadro hemático del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL de fecha 30 de abril de 2006. (Folio 54 a 58 del expediente).
- Copia simple de las notas de enfermería y de formato de evolución y órdenes médicas del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL emitidas en el Hospital Naval de Cartagena del día 30 de abril, 1º, 2 y 3 de mayo de 2006. (Folios 60 a 69, 72 a 77 y 85 a 98 del expediente).
- Copia informal de formato de consentimiento informado para procedimientos especiales y/o intervenciones médico quirúrgicas, diligenciado por el paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL y en el cual autorizó para realizar en su persona la nueva intervención de LAPAROTOMIA EXPLORATIVA, en el que aparece dando dicho consentimiento la señora MARIELA BADEL. (Folio 70)
- Copia simple de formato de la historia clínica de descripción quirúrgica, del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL de fecha 1º de mayo de 2006, que refiere que el inicio de la cirugía fue a las 16:45 p.m., que se le colocó anestesia general, como hallazgos se colocó: líquido peritoneal achocolatado aprox. 1000 cc **por lesión a nivel de asa alimentaria próxima a anastomosis yeyuno yeyunal en punto de fijación de intestino**. Como procedimiento se dispuso laparotomía explorativa, rafia intestino delgado y gastrostomía. La descripción por pasos fue Yeyunal sin fugas, **anastomosis yeyuno – yeyunal sin fugas**. Marcada distensión de asa alimentaria y biliar. No evidencia de secreciones purulentas. Y el procedimiento seguido fue. 1. Bajo anestesia general, previa asepsia y antisepsia, se realiza incisión de laparotomía hasta cavidad, revisión de cavidad, se ven hallazgos expuestos. 2) **Se identifica orificio yeyunal el cual se realiza rafia con puntos cruzados con vicryl /3-0** Se coloca sutura en janeta a nivel de pared anterior de estómago, apertura de pared de estómago y colocación de sonda de Foley #22. 3) Lavado exhaustivo de cavidad con 5000 cc de SSN 0.9%

4.9 Se cierra piel únicamente para realizar nuevo lavado en una segunda oportunidad. Se toma muestra de líquido peritoneal para cultivo. (Negrillas fuera de texto)

- Copia simple de resultado de pruebas de laboratorio clínico cuadro hemático del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL de fecha 1º de mayo de 2006. (Folio 78 del expediente).
- Copias informales de resultados de pruebas de laboratorio varias realizadas al señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL. (folios 79 a 84 y 99 a 101, 104, 105, 106, 110 a 116)
- Copia informal de formato de consentimiento informado para procedimientos especiales y/o intervenciones médico quirúrgicas, diligenciado por el paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL y en el cual autorizó para realizar en su persona LAPAROTOMIA EXPLORATIVA + LAVADO PERITONEAL, en el que aparece dando dicho consentimiento la señora MARIELA BADEL. (Folio 107)
- Copia simple de formato de la historia clínica de descripción quirúrgica, del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL de fecha 3 de mayo de 2006, que refiere como hallazgo C AVIDAD ABDOMINAL LIMPIA SIN COLECCIONES y como procedimiento Lavado peritoneal terapéutico y la descripción por pasos fue. 1) Previa asepsia y antisepsia y colocación de campos quirúrgicos. 2) Se retiran puntos de piel de laparotomía anterior. 3) se visualiza cavidad abdominal observándose líquido en cavidad abdominal de moderada cantidad, el cual está limpio sin ... de colección purulenta o sanguinolenta, hay leve distensión de asas intestinales. 4) Se revisa espacios ... espacio de morrison,5) La pared ... no presenta fugas y estaba en buen estado. 6) Se coloca bolsa de 7) Finaliza procedimiento sin complicaciones. (folio 108)

- Copia simple de formato de entrega de componentes y control clínico de la transfusión.(folios 118 a 128)
- Copia simple de formato de ordenes médicas.(Folios 129 a 136)
- Copia simple de formato de solicitud de sangre y/hemoderivados.(folios 141 y 142)
- Copias simples de las notas de enfermería y de formato de evolución y órdenes médicas del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL emitidas en el Hospital Naval de Cartagena del día 3 de mayo de 2006. (Folios 143 a 175 del expediente).
- Copia informal de otros documentos varios que hacen parte de la historia clínica del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL.(folios 176 a 206)
- Copia autenticada de oficio No. 00610 de fecha 13 de marzo de 2007, proveniente del Hospital naval de Cartagena y por el cual se da respuesta a derecho de petición formulado por el señor JOSE LUIS MENDOZA BARRIOS, y se informa lo siguiente:
 1. El señor Capitán de fragata DIEGO LUIS LOZANO RAMIREZ es oficial de la Armada Nacional, y actualmente se encuentra trasladado en el Hospital Naval de Cartagena donde presta sus servicios. El documento mediante el cual se dispuso su traslado a este centro asistencial es el plan de traslados del comando de la Armada nacional, motivo por el cual la copia certificada del plan de traslados en el folio correspondiente deberá ser solicitada al comando de la Armada nacional.
 2. El folio de vida del señor capitán de Fragata diego Luis Lozano Ramírez desde su escalafonamiento como oficial de la Armada Nacional es un documento

clasificado que reposa en la Dirección de personal de la Armada nacional, división hojas de vida. La solicitud de copia certificada o de un extracto de la hoja de vida deberá ser presentada ante esa dependencia, la cual resolverá sobre la viabilidad de la expedición de las copias. No obstante me permito enviar hoja de vida personal allegada por el señor capitán de fragata diego Luis Lozano para serle remitida a usted, con los respectivos soportes.-

3. El señor capitán de Fragata Diego Luis Lozano manifestó no ser miembro de la IPSO (Federación internacional para la cirugía de la obesidad), ni de alguna sociedad nacional o internacional reconocida de cirugía de la obesidad, ni de grupo científico de investigación reconocido relacionado con su especialidad.
4. La población que se beneficia de los servicios de esta entidad es: Afiliados y beneficiarios, urgencias vitales, casos SOAT, personal que compre servicios siempre y cuando dicha atención se encuentre enmarcada dentro del nivel de complejidad del hospital naval de Cartagena, que es tercer nivel y algunos servicios de cuarto nivel. Lo anterior teniendo en cuenta que este hospital forma parte del régimen exceptuado de conformidad con el artículo 279 de la ley 100 de 1993, y el decreto No. 2309 de 2002, artículo 1 párrafo, y por lo tanto no requiere certificado de habilitación.
5. El registro de las cirugías bariátricas con balón gástrico efectuadas por el señor Capitán de fragata diego Luis Lozano en este centro asistencial es información de la historia clínica de cada uno de esos pacientes y es por lo tanto información sometida a reserva que puede ser suministrada por disposición de autoridad judicial previo requerimiento de la misma, y con relación al número de cada una de las historias clínicas que dan fe de ello, me permito comunicar que el número de la historia clínica forma parte de la información correspondiente a la historia clínica y por lo tanto, es una información sometida a reserva y que le puede ser suministrada al paciente titular o a una autoridad judicial previo requerimiento de la misma.

6. El hospital naval de Cartagena no está obligado a declarar y habilitar los servicios por pertenecer a un régimen de excepción de conformidad con el artículo 279 de la ley 100 de 1993, y el decreto No. 2309 de 2002, artículo 1 parágrafo.- No obstante, cabe anotar que en el formulario de inscripción del registro especial de prestadores de servicio de salud, adoptado mediante circular No. 000045 del 30 de octubre de 2006, del ministerio de protección social, no especifica la cirugía bariátrica como un servicio a declarar, por lo cual este quedaría inmerso dentro del ítem cirugía plástica y estética. La cirugía bariátrica se encuentra dentro del tercer nivel de complejidad.
7. Al hospital Naval de Cartagena lo rigen el decreto No. 094 de 1989, el Decreto 1795 de 2000, el decreto 1796 de 2000 y todos los acuerdos expedidos por el Consejo superior de salud de las fuerzas militares y policía nacional, los cuales pueden ser consultados en la página www.sanidadfuerzasmilitares.mil.com (Normatividad-acuerdos)
8. La tasa de infección nosocomial en el servicio de hospitalización es de 4.0% para el primer trimestre de 2006, y la tasa de infección nosocomial en UCI adultos es de 6.9% para el mismo lapso.
9. Se encuentra a su disposición la historia clínica del señor q.e.p.d. Yasser Elías Bendeck Badel, con el fin de que obtenga copia certificada de la misma cancelando el valor respectivo de las copias.
10. El señor capitán de Fragata Diego Lozano manifiesta que el entregó el video donde aparece la cirugía realizada al señor Yasser Elías Bendeck Badel a la señora esposa de este a solicitud de ella.

- Copia informal de diploma expedido por la Universidad militar Nueva Granada al señor DIEGO LUIS LOZANO RAMIREZ, de fecha 10 de diciembre de 1989, como Médico y cirujano.(folio 210)
- Copia informal de diploma expedido por la Universidad militar Nueva Granada al señor DIEGO LUIS LOZANO RAMIREZ, de fecha 22 de octubre de 1999, como Médico especialista en cirugía general.(folio 219)
- Copia de hoja de vida del médico DIEGO LUIS LOZANO RAMIREZ. (folios 2011 a 213).-
- Copia informal de certificado que acredita que el médico DIEGO LUIS LOZANO RAMIREZ participo en el curso teórico en el “Manejo multidisciplinario de obesidad mórbida”, organizado por el hospital militar central y Tyco Healthcare Colombia .S.A, los días 27, 28 y 29 de octubre de 2004 en la ciudad de Bogotá. (folio 214)
- Copia informal de certificado que acredita que el médico DIEGO LUIS LOZANO RAMIREZ participo en el VIII curso “Sao Camilo – Tyco de cirugía bariátrica”, Tyco Healthcare Colombia, realizado en sao paulo de 02 a 04 de junio de 2005. (folio 215)
- Copia informal de certificado que acredita que el médico DIEGO LUIS LOZANO RAMIREZ participó en el curso internacional teórico – practico de cirugía bariátrica por video laparoscopia, organizado por el GASTRO OBESO CENTER, del 9 al 13 de mayo de 2005 en la ciudad de San Pablo – Brasil. (folio 216)

Pruebas recaudadas dentro del proceso:

- Oficio de fecha mayo 25 de 2010, proveniente del Tribunal Nacional de Ética Médica, por medio del cual se comunica que dentro de sus archivos no se encontró ningún proceso o pronunciamiento con relación a una presunta

negligencia del director del hospital Naval de Cartagena e idoneidad del médico cirujano que practicó la cirugía bariátrica al finado YASSER ELIAS BENDECK BADEL. (folio 264 del expediente)

- Declaración juramentada, rendida el día 28 de junio de 2010, por el señor MARTIN CARVAJAL HERRERA, quien fuera el médico que actuó como médico interno intensivista de la Unidad de cuidados intensivos adultos del Hospital naval de Cartagena que le correspondió manejar el caso del fallecido YASSER ELIAS BENDECK BADEL.

En su versión, este testigo expresó lo siguiente: *“Mi actuación en el caso del hoy fallecido YASSER ELIAS BENDECK BADEL estuvo dentro de lo que corresponde a mis oficios como médico internista intensivista de la UNIDAD DE CUIDADOS INTENSIVOS ADULTOS DEL HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA (UCI), se trataba de un paciente que conocimos en la unidad de cuidados intensivos en su postoperatorio inmediato de laparotomía exploratoria más rafia de desgarro de sutura intestinal, más lavado peritoneal y antecedente de segundo día de postoperatorio de by-pass gástrico por obesidad mórbida”.* *“La unidad de cuidados intensivos son los sitios hospitalarios donde se atienden a los pacientes más críticos de la institución que necesitan manejo de asistencia respiratoria, colocación de medicamentos para mejorar la presión arterial (VASO ACTIVOS – VASO PRESORES) monitorización invasiva y no invasiva continua y la realización de las maniobras conducentes a intentar estabilizar y salvar la vida de los pacientes críticos.”* *“El paciente cuando entra a la UCI llega con una peritonitis y choque séptico de origen abdominal secundaria a fuga intestinal por desgarro de sutura, esta complicación es la más grave y mortal de los pacientes de cirugía bariátrica y en nuestra unidad se aplicaron todos los estándares de manejo de paciente crítico como son. Soporte ventilatorio, soporte inotrópico, vasopresores (dopamina, noradrenalina), manejo con soporte hidroeléctrico, antibioterapia de amplio espectro, monitoreo invasiva (catéteres central, línea arterial), estableciéndose*

una condición crítica por encontrarse el paciente en un choque séptico con disfunción orgánica múltiple. Solicitamos el concurso y manejo multidisciplinario con otras especialidades de apoyo como infectología y nefrología. Muy a pesar de que el germen aislado es una de las bacterias que viven normalmente en el tracto gastrointestinal (en mi concepto no se trató de infección nosocomial) y de que se instauró un esquema antibiótico suficientemente amplio, la severidad del cuadro clínico sumada a la evolución del paciente fue rápidamente hacia su deterioro multisistémico y muerte. Esta evolución fue consistente con las escalas pronósticas de probabilidad y muerte muy altas (apache II de 28). Aclaro o dejo constancia que la condición clínica y el pronóstico fueron permanentemente informados a los familiares durante la estancia en la UCI, adicionalmente en la UCI se hicieron otras medidas de soporte que sería muy dispendioso detallar como son entre otras, sedación, transfusiones, analgesia, tomas de muestras de exámenes de laboratorio de toda índole y todas las actividades propias de nuestro oficio. En conclusión, en la UCI tratamos a un paciente con una de las complicaciones más temidas de la cirugía bariátrica por su alta mortalidad y quien finalmente falleció producto del choque séptico y disfunción orgánica múltiple producto de la fuga intestinal".(Folios 259 y 260 del expediente).

- Declaración jurada rendida por el señor LACIDES ESTREMOR VALIENTER, de fecha 28 de junio de 2010, quien manifestó lo siguiente: "Yo lo que recuerdo es de un paciente que lo llevaron a cirugía para realizar un by pass gástrico, posteriormente lo trasladaron para su recuperación a sala general de hospital Naval en donde el paciente presenta deterioro de su condición clínica general por una infección infra abdominal postquirúrgica, se re interviene quirúrgicamente. No recuerdo los hallazgos encontrados durante la re intervención quirúrgica, más sin embargo, yo recibo un paciente en la unidad de cuidados intensivos con signos francos de infección diseminada (sepsis para continuar su manejo postquirúrgico ya que este no se le puede llevar a cabo en otro lugar que no sea la unidad de cuidados intensivos, por el riesgo

de muerte que esta infección implica, se realizaron las pautas de manejo médico protocolarias según la condición de enfermedad, las cuales están consignadas en la historia clínica de ingreso, tendientes a mejorar la condición mordida del paciente. Expresó que las pautas protocolaras son: "Apoyo ventilatorio, reanimación hídrica, manejo de inotrópicos, sedación del paciente, manejo de antibióticos, realización de paraclínicos (exámenes), monitoreo invasivo continuo y seguimiento por las especialidades médicas involucradas". (folio 267 del expediente)

- Declaración jurada de fecha 30 de junio de 2010, recepcionada al doctor IVAN ALFREDO DIAZ JUAN, médico especialista en medicina interna y en medicina crítica y cuidados intensivos, quien al preguntársele acerca del conocimiento de los hechos manifestó: "Se trata de un paciente que ingresó a la unidad de cuidados intensivos del hospital naval, el día 1 de mayo de 2006, procedente de sala de cirugía, donde se practicó una laparotomía exploradora consistente en una cirugía de exploración del abdomen habiéndose encontrado en esta cirugía un desgarro de una sutura de anclaje intestinal que produjo fuga de contenido a la cavidad peritoneal, esto es una fistula intestinal. Se encontró líquido oscuro de olor fétido en cavidad abdominal se realizó sutura de la lesión y lavado de cavidad abdominal por el cirujano tratante, el doctor LOZANO, el paciente ingresa a la unidad de cuidados intensivos que es el sitio donde yo laboro con un cuadro clínico de choque séptico de origen abdominal por lo que se le instauran medidas de soportes ventilatorios que consiste en asistencia mecánica respiratoria soporte hemodinámica con vasopresores, o sea, drogas para tratar de mejorar la presión arterial y la función miocárdica, drogas como dopamina, neoadrenalina y tratamiento antibióticos de amplio espectro, según protocolos aceptados en la literatura mundial. El paciente evoluciona rápidamente a un cuadro de disfunción orgánica múltiple con compromiso hematológico cardiovascular, renal, hepático (es que el organismo realiza falla renal hematológica, cardiovascular y hepática). Con índice fisiológico agudo (APACGE), que es un índice de severidad que predice mortalidad en pacientes

críticos muy altos de 28 puntos que indica una mortalidad aproximada de 65%. El paciente a pesar de la instauración de tratamiento de soporte y tratamiento antibiótico adecuado evoluciona al empeoramiento progresivo y fallece el día 5 de mayo de 2006, producto de disfunción orgánica múltiple en el contexto de un choque séptico de origen abdominal, Al paciente se le realizó múltiples paraclínicos incluyendo radiografías, hemogramas, medición de gases arteriales y venosos, medición de electrolitos séricos, prueba de función renal hepáticas pruebas de coagulación, y cultivos. Para determinar la evolución de la enfermedad y determinación del germen causal del proceso infeccioso, la infección fue producida por KLEBSIELLA PNEUMONIAE SSP PNEUMONIAE 8que es una bacteria gran negativa que se puede encontrar en el tracto gastro intestinal. Es decir la infección se produjo secundaria a la saluda del material intestinal con su contenido bacteriano a la cavidad peritoneal, a través de la fístula intestinal que se produjo del desgarró de sutura intestinal. En mi oficio de médico intensivista del hospital está a mi cuidado los pacientes que se encuentran en estado crítico que ingresa a este servicio en conjunto de un equipo compuesto de médicos intensivistas, médicos generales y enfermeras y terapistas físicas y respiratorias. En estas circunstancias en la que el señor BENDECK se encontraba en estado crítico le asistí como especialista en cuidado crítico, y se le aplicaron las medidas terapéuticas que anote anteriormente". (Folios 270 y 271)

- Oficio de fecha 3 de junio de 2010, emanado de la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, donde aporta certificación en la cual informa que revisada la base de datos del registro especial de prestadores de servicios de salud del distrito de Cartagena, se encontró que el hospital Naval de Cartagena, no tiene declarado el servicio de cirugía bariátrica. (folios 295 a 297)
- Oficio de fecha 31 de mayo de 2010, emanado de la Dirección de sanidad naval de la Armada nacional, en el cual se manifiesta que para los usuarios del

subsistema de salud de las fuerzas militares, la cirugía bariátrica es un procedimiento que se realiza en los hospitales de alta complejidad (Hospital naval de Cartagena y hospital militar central), previa autorización de comité Técnico científico de la dirección General de sanidad militar.(folio 302)

6. Hechos Probados en el plenario.

Como primera medida, la Sala quiere dejar sentado que en cuanto a las pruebas documentales aportadas con la demanda por la parte actora en copia simple, si bien anteriormente el criterio de esta Sala de descongestión era el de no reconocerles ningún tipo de valor probatorio, sin embargo respecto de este tema, se ha modificado dicho criterio adoptando la tesis plasmada en la jurisprudencia actual y reiterada del Consejo de Estado⁹ que ha expresado lo siguiente:

“La Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

En el caso sub examine, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la contraparte, y especialmente, la copia simple del proceso penal que se allegó por el actor, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013) Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022) Actor: RUBEN DARIO SILVA ALZATE Demandado: NACION – FISCALIA GENERAL DE LA NACION Y OTROS

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que la sección C de la sección tercera ha privilegiado en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena destacar.”

Por consiguiente, se le reconocerá valor probatorio a todos los documentos que con la demanda fueron aportados por la parte actora en copia informal o simple, toda vez que la parte demandada pudiendo controvertir y tachar de falsa dichas prueba documentales, por el contrario prefirió no hacerlo, por lo cual debemos partir del principio de la buena fe de la parte actora, en cuanto a que todos esos documentos son verdaderos.

Dicho lo anterior, la Sala considera entonces que:

- ✓ Del hecho número 1º de la demanda está probado que el señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL, nació el 8 de julio de 1977, que se identificaba con la c.c. No. 72.000.758 y que era abogado en ejercicio.

En efecto, lo anterior se prueba a folio 19 del expediente con la copia autenticada de tarjeta profesional de abogado No. 102994 expedida por el consejo superior de la judicatura al señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL, a folio 21 con la copia simple del registro civil de nacimiento de YASSER ELIAS BENDECK BADEL, expedido por la notaría 2ª del círculo de barranquilla, a folio 18 con la copia de la cédula de ciudadanía de YASSER ELIAS BENDECK BADEL.

La calidad del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL de ex oficial de la Armada nacional, no está demostrada, sin embargo, el apoderado de la parte demandada al contestar este hecho lo acepta como cierto.

- ✓ De ese mismo hecho está igualmente probado en el expediente, que el señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL padecía obesidad mórbida, por la cual el día 29 de abril de 2006 le fue practicada una cirugía laparoscópica de By Pass gástrico la cual le fue realizada por el médico cirujano Dr. Diego Luis Lozano Ramírez, cirugía que se realizó en las instalaciones del Hospital Naval de Cartagena y que días después de dicha operación el señor BENDECK BADEL falleció.

Lo anterior se demuestra con la copia aportada por la parte actora que obra a folio 47 del expediente, de la historia clínica de descripción quirúrgica, del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL de fecha 29 de abril de 2006, que refiere que el inicio de la cirugía fue a las 8:45 a.m., que se le colocó anestesia general, como diagnóstico preoperatorio se colocó obesidad mórbida, como procedimiento que se le realizó Bypas gástrico y el médico que la realizó fue el doctor Diego Luis Lozano Ramírez.

Además se prueba el fallecimiento del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL con la copia autentica del registro de defunción del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL ocurrida el 5 de mayo de 2006 que obra a folio 20 del expediente.

- ✓ Del hecho número uno, también está probado a folios 210 y 211 en el expediente que el doctor Diego Luis Lozano Ramírez, quien que le realizó la operación de cirugía bariátrica al señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL, es médico egresado de la Universidad militar Nueva Granada, con especialidad en cirugía general de la misma universidad, que ha realizado algunos cursos relacionados con la cirugía bariátrica y la obesidad mórbida, unos en Colombia y otros en el exterior (ver folios 214, 215 y 216), y que el referido profesional

de la medicina, ostenta el grado de capitán de Fragata en la Armada Nacional prestando sus servicios como jefe del departamento quirúrgico del hospital Naval de Cartagena, lo cual es así certificado con oficio No. 00610 de fecha 13 de marzo de 2007, proveniente del Hospital naval de Cartagena visible a folios 207 a 209 del expediente.

- ✓ Por otro lado la Sala tiene por demostrado, que la señora MARIA CECILIA BADEL TURIZO, es la madre del fallecido señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL, pues así se deduce de la copia del registro civil de nacimiento de dicho occiso, aportada por la parte actora y que obra a folio 21 del informativo, y que la señora LEYLA MILADYS BENDECK BADEL es hermana del mencionado causante, tal como se comprueba con el registro civil de nacimiento de dicha señora que obra a folio 23 del expediente.-
- ✓ Finalmente, se encuentra igualmente demostrado en el expediente que el señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL presentó complicaciones con posterioridad a su intervención quirúrgica de cirugía bariátrica, las que en el formato de la historia clínica de nombre epicrisis visible a folio 32, se describen, con el siguiente diagnóstico de egreso del paciente el 5 de mayo de 2006: falla orgánica multisistémica, sepsis de origen abdominal, pop derivación gástrica en y de Roux, Muerto después de 48 horas.

7. De la solución al caso concreto.

Partiendo de los hechos que se encuentran probados, procederá esta Sala especial de decisión a determinar entonces cada uno de los elementos de la responsabilidad del Estado, a fin de dilucidar si definitivamente el demandado Hospital Naval de Cartagena¹⁰ es responsable de los daños ocasionados a los demandantes, por la muerte del señor Yasser Elías Bendeck Badel.

7.1. Daño.

¹⁰ Compareciendo al proceso a través de la Nación- Ministerio de Defensa- Armada Nacional-

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 1991¹¹ hasta épocas más recientes¹², 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 Administración¹³.

En relación con el daño alegado en la demanda, la Sala encuentra en el expediente el daño que en el presente caso consiste en la muerte del señor Yasser Elías Bendeck Badel, ya dijimos que se logra acreditar mediante el Registro Civil de defunción visible a folio 20 del expediente, en donde se observa que el señor Yasser Elías falleció el día 05 de mayo de 2006, a las 12: 00 P.M.

En los términos anteriores, la Sala encuentra debidamente demostrado la configuración del daño antijurídico como primer elemento de la responsabilidad del Estado por falla del servicio médico asistencial, por lo que se debe indagar ahora si realmente en el daño descrito, medió una falla o falta en el servicio médico prestado al señor YASER ELIAS BENDECK BADEL como lo siguiere la parte actora 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.

5.2. De la Falla del Servicio atribuida al Hospital Naval de Cartagena

Sobre la teoría de Falla del Servicio, hay que decir que, esta se da cuando el servicio

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C P Dr Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

¹² 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

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996

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.

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 irregularidad y negligencia que ésta tuvo al no detectar de forma oportuna en el paciente un orificio en el intestino delgado lo cual conllevó a un shock séptico de origen abdominal, y posteriormente a una falla orgánica múltiple que lo condujo a la muerte. Así también aducen las demandantes que la falta de preparación y experiencia del médico (mala praxis) que realizó la operación laparoscopia aunado a la prestación irregular de los servicios médicos fue la causa determinante de la muerte del señor Yasser Elías Bendeck Badel.

En el presente caso la responsabilidad de la entidad demandada, sería posible en la medida en que se encuentre acredita la relación de causalidad entre el daño y la supuesta mala praxis médica y negligencia en la prestación de los servicios médicos. Lo anterior permite colegir que no basta la existencia de un daño, que en este caso sería la muerte del señor Yasser Elías, sino que también debe mediar una relación inescindible entre la muerte y la acción u omisión por parte del Hospital Naval en la aplicación del procedimiento médico necesitado, de tal manera que podrá imputar responsabilidad a la entidad demandada en la medida en que se logre acreditar que efectivamente hubo una mala praxis de la operación bariátrica y luego negligencia en la atención al señor Yasser Elías Bendeck Badel para corregir la complicación postoperatoria presentada y la peritonitis química que se desencadenó, y que de no haberse dado esas circunstancias no hubiese ocurrido la muerte.

Por tanto, se debe en consecuencia revisar cual fue el papel que efectivamente jugó dicha entidad hospitalaria demandada, y además que ello haya sido determinante para la posterior causación del daño recibido por las señoras MARIELA CECILIA

BADEL TURIZO y LEYLA MILADYS BENDECK BADEL; lo que de demostrarse obviamente comprometería la responsabilidad de la entidad demandada.

Cabe destacar en cuanto a la comprobación del nexo de causalidad, que la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que frente aquellos eventos en que exista complejidad en los conocimientos médicos y tecnológicos que implique el caso bajo estudio, o dada la carencia de material probatorio que demuestre dicha relación, el juez podrá *“contentarse con la probabilidad de su existencia”*¹⁴, es decir, que la relación de causalidad quedaba probada cuando los elementos de juicio que obraran en el expediente conducían a *“un grado suficiente de probabilidad”*¹⁵, que permitían tenerla por establecida.

Para lo anterior, papel muy importante juega el análisis y valoración probatoria de la respectiva historia clínica del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL del HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA, pues respecto de la relevancia o importancia de la historia clínica bien ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“La historia clínica es definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como la “Relación de los datos con significación médica referentes a un enfermo, al tratamiento al que se le somete y a la evolución de su enfermedad.” La doctrina, en materia de derecho médico - sanitario, valora la historia clínica como algo más que una simple recopilación de datos del paciente, de hecho, otorga una importancia tal a ese instrumento, que lo considera no sólo una “biografía patológica de una persona”, sino también como un “documento fundamental y elemental del saber médico, en donde se recoge la información confiada por el enfermo al médico para obtener el diagnóstico, el tratamiento y la posible curación de la enfermedad” Es así como este

¹⁴ Cfr. Ricardo de Angel Yaguez. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño), Ed. Civitas S.A., Madrid, 1995, p. 42.

¹⁵ *Ibidem*, pags. 77. La Sala acogió este criterio al resolver la demanda formulada contra el Instituto Nacional de Cancerología con el objeto de obtener la reparación de los perjuicios causados con la práctica de una biopsia. Se dijo en esa oportunidad que si bien no existía certeza “en el sentido de que la paraplejía sufrida haya tenido por causa la práctica de la biopsia”, debía tenerse en cuenta que “aunque la menor presentaba problemas sensitivos en sus extremidades inferiores antes de ingresar al Instituto de Cancerología, se movilizaba por sí misma y que después de dicha intervención no volvió a caminar”. Por lo cual existía una alta probabilidad de que la causa de la invalidez de la menor hubiera sido la falla de la entidad demandada, probabilidad que además fue reconocida por los médicos que laboraban en la misma. Ver sentencia de 3 de mayo de 1999, exp. 11.169.

documento, en materia de responsabilidad médica, adquiere gran importancia en cuanto puede constituir un medio de prueba idóneo para determinar si las prestaciones médico asistenciales de que fue objeto el paciente se adecuaron a los procedimientos establecidos por la ciencia en ese campo.

(...)

En la legislación colombiana, la historia clínica es definida en el artículo 34 de la ley 23 de 1981 como: "...el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley" Posteriormente, el literal a) del artículo 1° de la resolución No. 1995 de 1999, proferida por el Ministerio de Salud, al reglamentar lo referente al manejo de las historias clínicas introdujo una definición más precisa, al establecer que era un registro cronológico de las condiciones de salud del paciente, donde además de su estado de salud se deben consignar todos los actos médicos y procedimiento que se le realicen no solo por los galenos, sino también por el equipo de salud que intervine en la prestación del servicio (...) se tiene que la historia clínica no es sólo una descripción del estado de salud de quien consulta o es atendido, sino que también es una secuencia de los procedimientos que se le realicen tanto por el médico tratante como por el equipo de salud (enfermeras y auxiliares) que lo asiste. De allí que, en la historia clínica se reflejen los actos médicos (diagnóstico y tratamiento), la evolución del paciente, la atención paramédica e inclusive los actos extra médicos. (...) El citado documento tiene una importancia tal, que la resolución mencionada establece que todo prestador de servicios de salud que atiende por primera vez a un paciente debe realizar el proceso de apertura de historia clínica, y además, por disposición expresa, en ella deben constar todos los aspectos científicos técnicos y administrativos relativos a las diferentes fases de atención suministrada al usuario. Determina la misma resolución que la historia clínica debe ser diligenciada de forma clara, legible, no puede contener tachones, enmendaduras o intercalaciones, tampoco puede

presentar espacios en blanco ni utilizar siglas. Además, cada anotación debe llevar la fecha y hora en la que se realiza, con el nombre completo y firma del autor de la misma. (...) no basta con la sola existencia de un documento donde se consignen los datos personales y médicos del paciente, los mismos deben tener una secuencia temporal y ordenada, soportados en la ciencia médica, encontrarse disponibles y debidamente actualizados para permitir brindarle al paciente una atención integral, eficaz y oportuna. Todo lo anterior, en aras de garantizar la protección del derecho fundamental involucrado en la atención médico - sanitaria, esto es, la salud.

FUENTE FORMAL: LEY 23 DE 1981 - ARTICULO 34 / RESOLUCION 1995 DE 1999 - ARTICULO 1. LITERAL A

NOTA DE RELATORIA: *En relación con la naturaleza de la historia clínica, sus elementos integradores y los principios integradores que gobiernan su elaboración y custodia, ver sentencias de: 7 de julio de 2009, exp. 18092 y 28 de marzo de 2012, exp. 22075. Sobre actos médicos y actos hospitalarios, consultar sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 17333. En relación con los principios que gobiernan la atención médica, ver Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2006; sentencia T-136 de 2004; sentencia T-1059 de 2006; sentencia T-062 de 2006; sentencia T-730 de 2007; sentencia T-536 de 2007; sentencia T-421 de 2007; sentencia 760 de 2008 y sentencia T-635 de 2001*

(...)

La historia clínica es un documento con características especiales que amerita un manejo determinado, no sólo por los que las elaboran y las archivan, sino también por quienes las interpretan. Se convierte pues, en un registro especial y particular que al margen de concentrar toda la información relacionada con la atención del paciente, sus diferentes síntomas, signos, las patologías diagnosticadas y los tratamientos ordenados, entra en conexidad de forma global con el derecho a la salud, y permite la

verificación en relación con la atención brindada, así como el contenido y alcance en el cumplimiento de las obligaciones que se refieren tanto al médico como a los pacientes en torno a la relación científica y legal que representa la atención hospitalaria o sanitaria. Por lo tanto, la historia clínica en un proceso gradual o escalonado, detalla: i) la anamnesis, es decir, la información básica sobre las razones por las cuales se consulta o se acude al servicio médico, ii) los síntomas y signos que reporte el paciente y que aprecie el galeno, iii) la interpretación de ese conjunto de signos y síntomas, en donde se especifique la metodología empleada para la valoración de esas expresiones, iv) la diagnosis o diagnóstico en donde el profesional emite el juicio con fundamento en la *lex artis ad hoc*, para lo cual se vale de la interpretación y de las ayudas diagnósticas que tenga a su alcance (v.gr. exámenes de laboratorio, rayos equis, toma de placas, resonancias, TAC's, entre muchos otros), v) el tratamiento o procedimiento ordenado, en donde se haga constar el pronóstico, el consentimiento informado si es necesario, así como las indicaciones médicas o paramédicas que deben ser adoptadas para complementar y apoyar el acto médico, vi) la verificación de la evolución del paciente, la cual debe ser constante, y vii) las recomendaciones profilácticas, esto es, las indicaciones que se le suministran al paciente en el momento en que se le va a dar de alta. Como medio de prueba la historia clínica cobra un gran valor en materia de responsabilidad médica sanitaria, pues allí se consigna el desarrollo clínico de los pacientes, por ello se constituye en un medio idóneo para determinar los hechos materia de juzgamiento.¹⁶

Pero además también resulta ser de muchísima utilidad el análisis los protocolos médicos del procedimiento quirúrgico de BYPASS GASTRICO, que fue el realizado al señor BENDECK BADEL y del manejo de las complicaciones que en esta se presenten; es por ello que se debe revisar la literatura médica, para tener claridad de en qué consiste esta cirugía y sobre los procedimientos, ventajas y riesgos de ésta, encontrando la Sala al respecto en internet la siguiente información:

¹⁶CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C Consejero ponente ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012) Radicación número 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861)B Actor XX Y OTROS Demandado MUNICIPIO DE RIONEGRO Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA

“Bypass gástrico o cirugía de derivación gástrica, es una de las técnicas de cirugía bariátrica, es decir para tratamiento de la obesidad mórbida y es un procedimiento de tipo mixto: restrictivo y malabsortivo. Es la técnica más utilizada en EUA y en otros países, debido a su escasa morbimortalidad, buenos resultados a largo plazo y excelente calidad de vida tras la cirugía.

Técnica

El procedimiento consiste en disminuir y restringir la absorción de los alimentos creando un reservorio pequeño a expensas de la curvatura menor del estómago separado del resto del estómago para evitar un efecto fístula más una desviación al intestino delgado en Y de Roux, consiguiendo de esta manera una saciedad precoz por el componente restrictivo más una mala absorción que añade eficacia a la técnica.

La técnica también actúa por efecto hormonal pues produce una disminución de la Ghrelina así como del Péptido inhibidor gástrico (GPI) que se encuentran aumentados en los obesos.

El procedimiento se hace por vía abierta (laparotomía) y por vía endoscópica, siendo esta última vía la más usada por reducir la estancia hospitalaria y presentar menos complicaciones de la herida o morbilidad postoperatoria, así como permitir al paciente reanudar sus actividades en menor tiempo.

Resultados

Con la derivación gástrica el grado de pérdida de peso es variable y depende básicamente de la conducta del paciente después de la intervención, siendo indispensable un adecuado régimen complementario dietético y de ejercicios. La pérdida de peso (entre el 50 al 75% del peso excesivo inicial) suele producirse

durante los 6 a 12 meses después de la intervención después de lo cual tiende a estabilizarse, y si el paciente no sigue el régimen de dieta y ejercicios que recomiende el médico podría recuperar parte del peso perdido.³

Igualmente estudios han demostrado que en caso de Diabetes Mellitus tipo 2 la técnica también produce una disminución de los niveles de insulina y de glicemia.⁴ Por tal razón muchos presentaron esos resultados para señalar que era una "cura" de la Diabetes Mellitus insulino dependiente, pero otros autores recomiendan considerar que hay una remisión o "regresión" que requiere vigilancia de los pacientes y que aún queda por demostrarse su resultado a mayor plazo.¹⁷

En otro artículo se expresa:

Los tipos de procedimientos quirúrgicos de bypass gástrico, o malabsortivo, incluyen: bypass gástrico Roux-en-Y (su sigla en inglés es RGB).

El bypass gástrico Roux-en-Y, el procedimiento bariátrico más frecuentemente utilizado, es malabsortivo y restrictivo. Esta cirugía puede provocar una pérdida de dos tercios del peso adicional en dos años. El procedimiento implica la división del estómago con grapas para crear una pequeña bolsa que de cabida a menos cantidad de alimento y luego darle a una parte del intestino delgado una forma de "Y". La parte "Y" del intestino se conecta luego a la bolsa del estómago para que cuando el alimento se digiera vaya directamente a la parte inferior del intestino delgado, sin pasar por la primera parte (el yeyuno) ni el primer tramo de la segunda sección del intestino delgado (el duodeno). El efecto de un bypass en estos órganos es restringir la cantidad de calorías y nutrientes que absorbe el organismo.

En algunos pacientes, el bypass gástrico Roux-en-Y se puede realizar con un

¹⁷ Consultado hoy en la página web http://es.wikipedia.org/wiki/Bypass_g%C3%A1strico

laparoscopia en vez de mediante una incisión. Este procedimiento utiliza muchas incisiones pequeñas y tres o más laparoscopios—pequeños tubos delgados con cámaras de video— para visualizar el interior del abdomen durante la operación. El cirujano realiza la cirugía mirando un monitor de televisión. Esta técnica no suele considerarse para las personas con un índice de Masa Corporal (Body Mass Index, BMI) a partir de 60 o aquéllas que ya hayan tenido algún tipo de cirugía abdominal. El método laparoscópico permite al médico realizar una serie de incisiones mucho más pequeñas. Generalmente, el bypass gástrico laparoscópico reduce la duración de la estadía en el hospital, el número de cicatrices y acelera la recuperación en comparación con procedimientos quirúrgicos con bisturí.

Derivación biliopancreática (su sigla en inglés es BPD), una derivación biliopancreática es un procedimiento restrictivo y malabsortivo, y es más complicado que el procedimiento de Roux-en-Y. En este procedimiento se extrae una gran porción de la parte inferior del estómago. La pequeña parte del estómago que se conserva se conecta directamente a la última porción del intestino delgado. A medida que se digiere el alimento, avanza sin pasar por el duodeno ni por el yeyuno. Este procedimiento no se realiza con tanta frecuencia ya que puede provocar deficiencias en la nutrición.

Una variante de la derivación biliopancreática es un procedimiento llamado cruce duodenal. En ésta se conserva una porción mayor del estómago, incluida la válvula que controla la liberación de alimento al intestino delgado. Además, se conserva una pequeña parte del duodeno.¹⁸

Y en el protocolo de actuación para la cirugía de la obesidad, documento que se encuentra publicado en internet, en la página web www.clinicaobesitas.com, con relación a la cirugía de BYPASS GASTRICO, y se indica lo siguiente:

¹⁸ Consultado hoy en la página web www.terra.com > [Salud](#)

“Preoperatorio:

- *Analítica de sangre: (Hematimetría, bioquímica y ionograma habituales, bilirrubina, AST, ALT, creatinina, pruebas de coagulación).*
- *Electrocardiograma.*
- *Radiografía de tórax*
- *Transito-esófago-gástrico*
- *Ecografía abdominal*
- *Gastroscopia en casos necesarios (molestias gástricas, antecedentes de hernia de hiato etc.).*

Técnica quirúrgica:

El paciente se coloca en decúbito supino con las piernas abiertas y con un anti Trendelemburg de 30-40°. El cirujano se coloca entre las piernas del paciente, el cámara a la izquierda y el ayudante a la derecha del cirujano. Es fundamental contar con enfermeras e instrumentistas dedicadas a este tipo de procedimientos, conformando un equipo estable.

Utilizamos cinco o seis trocares según las características del paciente y óptica de 0 ó 30 grados de acuerdo a la necesidad. El acceso a la cavidad peritoneal se hace con visión directa (Optiview) y el neumoperitoneo se logra con CO₂ hasta 14 mmHg. Utilizamos pinzas atraumáticas, pinzas estáticas y portaagujas especiales (mayor longitud) para este tipo de cirugía.

La operación se inicia con la confección de la Y de Roux, seccionando el intestino con endoGIA 45-2.5 bajo el ángulo de Treitz y seccionando el mesenterio con coagulador ultrasónico. Se completa la Y de roux con el asa alimentaria se mide de acuerdo al IMC:

- *IMC < 45: Asa biliar 30 -50 cm y asa alimentaria 100-150 cm*

- *IMC > 45: Asa biliar 30 -50 cm y asa alimentaria de 200 cm.*

Se realiza una anastomosis yeyuno-yeyunal látero-lateral con una endoGIA de 45-2.5, cerrando el defecto intestinal resultante con sutura continua de forma manual. La brecha mesentérica se sutura con puntos sueltos.

Una vez terminada la Y de Roux se confecciona la bolsa gástrica mediante la -sección completa del estómago. La primera sección se realiza con una endogia de 45-3.5 a nivel del segundo vaso gástrico de la curvatura menor.

Para el resto de secciones se utilizan cargas de 60-3.5. Se usa una sonda de 34 Fr introducida por vía oral con el fin de identificar claramente la unión esófagogastrica, calibrar el tamaño de la bolsa (15-20 ce) y a continuación calibrar el tamaño de la anastomosis gastro yeyunal (11-12 mm).

La anastomosis gastro yeyunal se hace con un dispositivo de sutura circular mecánica CEA-25-3.5. Para ello se sube el asa intestinal alimentaria en situación antecólica y antegástrica.

Finalizada la intervención se comprueba la estanqueidad de la anastomosis gastroyeyunal instilando azul de metileno diluido a través de la sonda nasogástrica y posteriormente se deja un drenaje plano aspirativo junto a la anastomosis gastroyeyunal. La última maniobra corresponde a la extracción de los trocares bajo visión directa y al cierre de las incisiones con suturas intradérmicas reabsorbibles.

No indicado:

- *IMC < 45*

Requisitos:

- *Amplia experiencia en cirugía bariátrica.*
- *Amplia experiencia en cirugía laparoscópica, con dominio de las técnicas de sutura manual a nivel avanzado.*
- *Seguimiento postoperatorio estricto, por la necesidad de suplementos y las complicaciones potenciales.*

Control postoperatorio inmediato en la sala:

- *Movilización a las 3 horas postoperatorias.*
- *.Dieta absoluta.*
- *Control de drenaje.*
- *Hemograma 24horas.*
- *Tránsito esófago-gástrico con gastrografía a las 24-48 horas, para descartar fugas a nivel de la anastomosis.*
- *Tolerancia a líquidos tras control radiológico normal.*
- *Valoración por cirujano y alta al 3°-4° día, si no surgen incidencias. (El paciente se va a casa con el drenaje y con las instrucciones por escrito de cuidados del mismo, se retirará en consulta a la semana)."*

Finalmente, en otro artículo consultado en internet, elaborado por los médicos Jana Dziaková, Carmen Hernández Pérez, Cristina Pardo Martínez, Iris Sánchez Egido, Diego Sierra Barbosa, Bibiana Lasses Martínez, Jesús Álvarez Fernández-Represa, del servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del Hospital Clínico San Carlos de Madrid (España), se refiere lo siguiente sobre las principales

complicaciones del Bypass gástrico laparoscópico¹⁹, que fue la cirugía realizada al occiso YASSER BENDECK BADEL:

“BYPASS GÁSTRICO LAPAROSCÓPICO

INTRODUCCIÓN

La obesidad mórbida es una patología de alta prevalencia mundial (1) y la cirugía es el tratamiento más efectivo a largo plazo (2).

Dentro de las cirugías bariátricas conocidas el bypass gástrico laparoscópico es una de las técnicas más utilizadas para el tratamiento de obesidad mórbida (3).

La cirugía laparoscópica pensada como una alternativa al abordaje abierto se ha convertido en la vía de elección (4).

Los pacientes obesos mórbidos son un reto y el bypass no está exento de complicaciones, debidas a características propias de los pacientes o del abordaje laparoscópico. También tenemos que tener en cuenta la curva de aprendizaje de los cirujanos (2,5).

El objetivo de este artículo es analizar las complicaciones intra y postoperatorias de los pacientes sometidos a bypass gástrico en nuestro servicio.

(...)

La morbilidad de nuestra serie es del 11,4% y la mortalidad del 0,94%. Se tuvieron que realizar reintervenciones en 9 de nuestros pacientes.

¹⁹ http://www.seclaendosurgery.com/secla/index.php?option=com_content&view=article&id=267&Itemid=266

Entre las complicaciones más frecuentes encontramos: sangrado intraabdominal e intraluminal, fuga anastomóstica y obstrucción intestinal. Estas son las complicaciones con las que nos encontramos sobretodo en el postoperatorio.

Pero el acto quirúrgico por sí mismo puede tener eventos adversos y estos pueden causar complicaciones postoperatorias y prolongar la estancia hospitalaria.

La lesión de un asa de intestino delgado puede ser una de las complicaciones intraoperatorias más frecuentes. Puede ocurrir durante la manipulación del asa, durante la medición o durante el ascenso del asa alimentaria. La solución de la lesión es la sutura manual del defecto.

Para evitar esta lesión, que es importante que no pase inadvertida, hemos empezado a utilizar un drenaje de Penrose que fijamos al asa alimentaria para traccionar de él durante el ascenso transmesocólico. Esto nos permite un manejo más seguro y disminuye el riesgo de lesión del asa.

Pero a veces no es posible realizar el ascenso del asa a través del mesocolon por lo que estamos obligados realizar un ascenso antecólico, siempre cerrando el espacio de Petersen, que en este caso es más largo, ya que el riesgo de herniación interna es obvio, como se ve en el vídeo.

Otra de las adversidades que puede suceder es la lesión hepática. El hígado del paciente obeso mórbido suele ser esteatótico y más friable, igual que la grasa de los mesos que además dificulta la cirugía por su manejo engorroso. La lesión del hígado se suele solucionar con la simple compresión.

En laparoscopia usamos instrumentos especiales que nos permiten realizar este abordaje, pero también pueden fallar. En nuestro caso la endograpadora realizó el

corte pero el grapado no se efectuó, por lo que nos quedó la cavidad gástrica ampliamente abierta y tuvo que ser suturada manualmente (Video 5).

En el postoperatorio temprano nos hemos encontrado en nuestra serie con las siguientes complicaciones: fuga anastomótica, sangrado y obstrucción intestinal.

Hemos detectado fuga anastomótica en cuatro de nuestros pacientes. Dos fugas ocurrieron en la anastomosis gastroyeyunal y el cierre de la misma se realizó con sutura manual. Hubo una fuga en asa de intestino delgado secundaria a lesión del asa del intestino que pasó inadvertida durante la cirugía. Un caso de fuga ocurrió en la unión esófagogástrica, probablemente secundaria a isquemia, esta fuga fue la única que se solucionó de forma conservadora.

La hemorragia en el postoperatorio se puede dividir en intraabdominal (por lesión de órganos intraabdominales o de un orificio de trocar) e intraluminal (7). En nuestra serie evidenciamos un sangrado intraabdominal de mesenterio, que precisó reintervención. Para prevenir el sangrado de los orificios de los trócares siempre retiramos los trócares bajo visión. De los sangrados intraluminales registramos uno del muñón del asa alimentaria, que precisó reintervención y dos de la anastomosis gastroyeyunal, que pudieron ser resueltos endoscópicamente.

Otro grupo de complicaciones incluye las obstrucciones intestinales, precoces y tardías. Estas pueden ser causadas por estenosis de anastomosis, herniación del asa por orificio de trocar o por hernias internas a través de mesenterio, mesocolon o espacio de Petersen (8,9). Uno de nuestros pacientes, 8 meses después de la cirugía, acudió a urgencias por cuadro de obstrucción intestinal secundario a hernia interna a través de mesocolon (Video 8). El paciente tuvo que ser reintervenido igual que otros tres pacientes, dos con estenosis de pie de asa y uno con evisceración del intestino a través de un orificio de trocar en el postoperatorio temprano.”

De acuerdo a lo anterior, para la Sala resulta claro que la operación de cirugía bariátrica, o de bypass gástrico laparoscópico, practicada al señor YASSER BENDECK BADEL no estaba libre de riesgos o complicaciones y en estas circunstancias, el paciente demandaba una atención y manejo especializado, de allí que ante la inobservancia o desconocimiento de esta realidad, se incurre en una clara pretermisión de los deberes inherentes a una correcta prestación del servicio médico asistencial, que no es ninguna dádiva, sino por el contrario, un derecho incuestionable dentro de la concepción de un Estado Social de Derecho, que no sólo propugna por la prestación y cuidado de la salud como un servicio público inherente a su finalidad (art. 49 C.P.), sino además, en consideración a la “dignitas humana”, de que da cuenta el artículo 1º de la Constitución Política.

Y precisamente, de lo que tampoco existe duda alguna para esta Sala de decisión es en cuanto a que efectivamente hubo complicaciones durante el acto quirúrgico del señor YASSER BENDECK BADEL, pues pese a que en la historia clínica del Hospital Naval de Cartagena del día 29 de abril de 2006 visible a folio 44, se consigna que la operación transcurrió sin complicaciones, y que eso mismo es consignado en el formato de la historia clínica de descripción quirúrgica del paciente YASSER ELIAS BENDECK BADEL también de fecha 29 de abril de 2006 que obra a folio 47, que refiere que el inicio de la cirugía fue a las 8:45 a.m., que se le colocó anestesia general, como diagnóstico preoperatorio se colocó obesidad mórbida, y como procedimiento que se le realizó Bypas gástrico, que la duración de la operación fue de 3 horas, que tuvo sangrado escaso y que no tuvo complicaciones; lo cierto es que otros documentos de la historia clínica del occiso, demuestran que por el contrario, hubo algo en la operación de Bypass gástrico que no estuvo bien y que posteriormente en el postoperatorio fue lo que desencadenó un shock séptico de origen abdominal, y posteriormente a una falla orgánica múltiple que finalmente condujo a la muerte del señor YASSER ELIAS BENDECK BADEL.

Y ese algo, para la Sala surge diáfano de la lectura que se hace del formato de descripción quirúrgica de la nueva intervención que hubo que hacerle al señor

BENDECK BADEL de LAPAROTOMIA EXPLORATIVA, de fecha 1º de mayo de 2006, en donde se refiere que el inicio de la cirugía fue a las 16:45 p.m., que se le colocó anestesia general, y que como hallazgos se colocó lo siguiente:

“líquido peritoneal achocolatado aprox. 1000 cc por lesión a nivel de asa alimentaria próxima a anastomosis yeyuno yeyunal en punto de fijación de intestino.”

Ojo, que este hallazgo que se estaba describiendo, no es más que una de las complicaciones a las que antes habíamos hecho referencia, donde la literatura médica autorizada señala que **“La lesión de un asa de intestino delgado puede ser una de las complicaciones intraoperatorias más frecuentes”**.

Este hallazgo de la descripción operatoria es luego allí mismo confirmado en ese documento cuando se describen los pasos del procedimiento seguido en dicha laparotomía explorativa así:

*“Procedimiento: laparotomía explorativa, rafia intestino delgado y gastrectomía. Descripción por pasos: Yeyunal sin fugas, **anastomosis yeyuno – yeyunal sin fugas**. Marcada distensión de asa alimentaria y biliar. No evidencia de secreciones purulentas. Procedimiento seguido. 1. Bajo anestesia general, previa asepsia y antisepsia, se realiza incisión de laparotomía hasta cavidad, revisión de cavidad, se ven hallazgos expuestos. 2) **Se identifica orificio yeyunal el cual se realiza rafia con puntos cruzados con vicryl /3-0** Se coloca sutura en janeta a nivel de pared anterior de estómago, apertura de pared de estómago y colocación de sonda de Foley #22. 3) Lavado exhaustivo de cavidad con 5000 cc de SSN 0.9% 4.) Se cierra piel únicamente para realizar nuevo lavado en una segunda oportunidad. Se toma muestra de líquido peritoneal para cultivo”. (Negrillas fuera de texto)*

En palabras más sencillas entiende esta Sala de descongestión, que lo sucedido sencillamente fue que involuntariamente, se le hizo una fisura al intestino delgado durante la operación de bypass gástrico de la cual no se percataron y obviamente

durante el posoperatorio, el contenido intestinal comenzó a desbordarse en la cavidad peritoneal, conllevando a todo el problema de infección abdominal del señor YASSER BENDECK BADEL que devino en peritonitis y lo llevó a la muerte.-

En la declaración rendida el día 28 de junio de 2010, por el médico MARTIN CARVAJAL HERRERA, quien actuó como médico interno intensivista de la Unidad de cuidados intensivos adultos del Hospital Naval de Cartagena y le correspondió manejar el caso del fallecido YASSER ELIAS BENDECK BADEL luego de la complicación quirúrgica, este testigo expresó que *“El paciente cuando entra a la UCI llega con una peritonitis y choque séptico de origen abdominal secundaria a **fuga intestinal por desgarro de sutura**”*, lo cual es también confirmado así por el médico IVAL ALFREDO DIAZ JUAN en su versión rendida el 30 de junio de 2010, quien al preguntársele acerca del conocimiento de los hechos dijo: *“Se trata de un paciente que ingresó a la unidad de cuidados intensivos del hospital naval, el día 1 de mayo de 2006, procedente de sala de cirugía, donde se practicó una laparotomía exploradora consistente en una cirugía de exploración del abdomen **habiéndose encontrado en esta cirugía un desgarro de una sutura de anclaje intestinal que produjo fuga de contenido a la cavidad peritoneal, esto es una fistula intestinal.**”*

Pero lo cierto, es que lo manifestado por los citados galenos, no es lo que está consignado en la descripción operatoria de la nueva intervención que hubo que hacerle al señor BENDECK BADEL de LAPAROTOMIA EXPLORATIVA, de fecha 1º de mayo de 2006.

Se trata de dos complicaciones diferentes, una que es la lesión intraoperatoria de asa intestinal, y otra que es la de desgarro o deshiciencia de las líneas de sutura.

Ciertamente, en postoperatorio de este tipo de cirugías laparoscopias ya vimos que el paciente se puede complicar por una fuga en la línea de sutura, pues como se pudo analizar en el protocolo médico transcrito, en el procedimiento quirúrgico se sutura parte del intestino del paciente durante la intervención, pudiéndose presentar una

complicación posterior como lo es el desgarro en el punto de sutura, pero eso no es lo que sucedió en este asunto bajo estudio, pues en la historia clínica de la laparotomía explorativa del 1º de mayo de 2006, se evidencia que lo que existió fue una lesión a nivel del intestino que fue lo que permitió el escape de contenido intestinal, el cual fue el causante de la contaminación interna de los órganos del paciente, que finalmente llevó a la muerte al señor BENDECK BADEL.

Además que esa misma descripción quirúrgica de la laparotomía explorativa, señala que la anastomosis, que es la “conexión quirúrgica entre dos estructuras. Generalmente quiere decir una conexión creada entre estructuras tubulares, como los vasos sanguíneos o las asas del intestino”²⁰, se había observado sin fugas, esto es que las suturas se verificó además su estanqueidad.

Para esta Sala el desgarro en el punto de anclaje presentado en el postoperatorio del paciente, si hubiese constituido un riesgo propio de este tipo de cirugías, y en esas circunstancias no hubiese podido serle atribuible al médico tratante, pero como lo que denota aquí la prueba es que hubo es una mala praxis médica, porque esa lesión en el intestino delgado del señor YASSER BENDECK no debió nunca suceder, y en el evento de que sucediera, como en efecto sucedió, debieron extremarse inmediatamente los cuidados para realizar la respectiva rafia de sutura y verificar además la estanqueidad del intestino, y no solamente de la anastomosis realizada, pasos estos que la Sala tampoco observa que hubiesen sido realizados en la descripción operatoria de la cirugía bariátrica laparoscopia realizada el día 29 de abril de 2006.

Lo que quiere significar la Sala es que ciertamente dentro de la operación de cirugía de bypass gástrico, pueden ocurrir complicaciones como la de que se lesione un asa intestinal, pero de allí a considerar que ese sea un riesgo que no comprometa la responsabilidad de la entidad hospitalaria, no estamos de acuerdo, porque este tipo

²⁰ Consultado en la página <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002231.htm>

de accidentes, si bien pueden presentarse, lo importante es que sucedidos sean corregidos de forma eficiente y oportuna, que observa la Sala no fue lo que sucedió, por cuanto terminada la operación no se detectó esa fistula que se había ocasionado y por ello en el postoperatorio es que empezaron las complicaciones del señor YASSER BENDECK BADEL que lo llevaron a la muerte.

Ahora bien de los hechos probados en el expediente se tiene que el finado fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Naval de Cartagena, por consultoría externa. Sobre este punto debe precisarse que conforme al oficio No. 00610 DHONAC-SDC-AJ-812²¹ suscrito por el Director del Hospital Naval de Cartagena (FIs. 207 y 208) la población que se beneficia de los servicios de la entidad corresponde a los “afiliados y beneficiarios, urgencias vitales, casos SOAT, personal que compre servicios siempre y cuando dicha atención se encuentre enmarcada dentro del nivel de complejidad del Hospital Naval de Cartagena, que es tercer nivel y algunos servicios de cuarto nivel. Lo anterior, teniendo en cuenta que este Hospital forma parte del régimen exceptuado de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y el Decreto No. 2309 de 2002, artículo 1, parágrafo, y por lo tanto no requiere certificado de Habilitación²².”

En este mismo sentido, el Director del Hospital Naval de Cartagena precisa que “En el formulario de inscripción del registro especial de prestadores de servicio de salud, adoptado mediante Circular No. 000045 del 30 de octubre de 2006, del Ministerio de la Protección Social, no especifica la cirugía bariátrica como un servicio a declarar, por lo cual éste quedaría inmerso dentro del ítem Cirugía plástica y estética. La cirugía bariátrica se encuentra dentro del tercer nivel de complejidad”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es correcto afirmar que el señor Bendeck Badel, sí podía ser intervenido en la institución y que la intervención quirúrgica realizada se

²¹ El oficio deviene como respuesta a la petición de fecha 2 de marzo de 2007

²² A folios 295 a 297 se encuentra respuesta al expedido por la Secretaría del Tribunal, y en el mismo se verifica que el Hospital Naval de Cartagena, es una institución prestadora de servicio del régimen exceptuado y la misma no tiene declarado el Servicio de Cirugía Bariátrica –Por tanto pueden realizar dichos procedimientos al ser parte del régimen exceptuado.

encontraba dentro de aquellos procedimientos autorizados por en el Hospital Naval de Cartagena. Por tanto, cualquier deficiencia demostrada en la prestación de sus servicios conlleva a la declaratoria de responsabilidad de dicho ente estatal.

Precisado lo anterior, se tiene que el señor Yasser Elías, ingresa a la sala de cirugía a las 7:30am del 29 de abril de 2006, se le practica la intervención mediante laparoscopia denominada técnicamente “Derivación Gástrica en Y de Roux”. La cirugía se termina a 11:40 am y hasta el momento de ingresar a la sala de recuperación no presenta síntomas de complicación alguna.

Posteriormente, el paciente es valorado por los médicos de turno que se encontraban en la institución, y se le realiza el seguimiento conforme las pautas establecidas por el medico tratante en el día de la cirugía.

Sin embargo, ya desde el mismo día se van produciendo una serie de sintomatologías en la evolución del paciente que debieron poner alerta inmediata. Por ejemplo, de la hoja de evolución médica visible a folio 22 y 23 del expediente, se observa que hay una anotación del día 29 de abril turno de la noche, a las 22:00 horas, donde se consigna que el paciente refiere dolor y se le ajusta entonces la dosis de morfina, y luego a las 5:30 a.m., del día 30 de abril, se señala en las notas de enfermería eso mismo, es decir que el paciente presenta dolor (ver folio 25), En la hoja de control de signos vitales que obra a folio 26 se observa que el día 30 de abril de 2006, a las 20:00 horas, el paciente presentaba fiebre con temperatura de 36.5°, y el día 30 de abril de 2006 a las 12:15 horas según hoja de evolución medica que obra a folio 36, se recibe reporte de cuadro hemático ordenado, y se deja constancia que los leucocitos estaban en 20.300/mm³ y los neutrófilos en 90.7%, los linfocitos en 50% y los monocitos en 4.3% y plaquetas en 265.000.- este resultado ya evidenciaba la presencia de una infección en el organismo del paciente, puesto que los valores arrojados estaban por encima de los valores normales). Dicho resultado se pone en conocimiento del médico tratante y éste procede a ordenar un control a las 18 horas –vía telefónica-. El mismo día, en las horas de la noche el médico general al realizar el chequeo del paciente lo encuentra con una

ligera hipertermia²³, local a nivel plano izquierdo alrededor del dren, lo cual quiere decir que se comenzaban a exteriorizar físicamente las alteraciones -no regulares- en el lugar que fue objeto de intervención. A las 18.30 horas del día 30 de abril de 2006, se anota en la hoja de evoluciones médicas que el paciente manifiesta que el dolor no ha desaparecido a pesar de la morfina.(folio 39) Posteriormente dicen las notas de evolución médica que el día 1º de mayo a las 9.00 a.m., el paciente presentó vómito en poca cantidad (folio 44), en nota de evolución del 1º de mayo a las 16 horas se dice que el paciente presentaba cuadro de taquicardia, marcada distensión abdominal, presencia de flatos.(folio 53) Ese mismo día con anotación de las 16 horas se establece como plan llevar nuevamente a cirugía al paciente.-

Se observa entonces que sólo hasta las 4:45 p.m. del tercer día de la primera cirugía es que se realiza una intervención nueva de laparotomía explorativa descubriendo como hallazgo la lesión a nivel del asa del intestino delgado que ya hemos destacado un líquido en cavidad peritoneal de aproximadamente 1000cc achocolatado, fétido; distensión de asas intestinales con desgarró de punto de anclaje que permitía el escape de contenido intestinal (orificio); se procede de forma inmediata a realizar un lavado de cavidad y se cierra el orificio.

Fue precisamente esta segunda intervención en el período de postoperatorio lo que permite identificar el orificio que se había efectuado en el intestino delgado del paciente. Por tanto, para la Sala resulta inexplicable que la demandada no haya actuado inmediatamente y que el diagnóstico que arrojó la laparotomía explorativa se hubiera retardado hasta las 4:45 pm del tercer día, teniendo una sintomatología de dolor abdominal y unos primeros resultados de laboratorio clínico a las 12:15 horas del día 30 de abril que ya mostraban síntomas de infección.

De acuerdo con lo expuesto, para la Sala salta la vista que la internación de la víctima en la unidad de cuidados intensivos para la laparotomía explorativa, se efectuó de

²³ (Del griego hyper, por encima, más allá y therme, calor) Sinónimo hiperpirexia Elevación de la temperatura del cuerpo o de una parte del cuerpo por encima de la normal Referencia http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/Hipertermia

forma tardía, debido a que se esperaba era que tan pronto se dieron los primeros síntomas, el médico tratante y los demás miembros que se encontraban al cuidado del paciente, actuaran con la inmediatez que la situación exigía.

La víctima presentó los primeros síntomas de peritonitis química, indicativos de perforación, dada la presencia de sangre libre en la cavidad abdominal, sintomatología que, aunado al dolor intenso del que dan cuenta todos y cada uno de los registros médicos, exigía tomar medidas inmediatas para contrarrestar la situación.

Incluso resulta pertinente acoger los argumentos expuestos en una sentencia reciente del alto Tribunal, de contornos similares a la que ahora se resuelve, en la cual condenan a la Institución Prestadora de Servicios por cuanto hubo -FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Por atención tardía a paciente en postoperatorio-, la providencia en comento expresó:

“FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Por no informar a la paciente con antelación a la cirugía, de los tratamientos médicos y quirúrgicos a los que fue sometida / FALLA DEL SERVICIO QUIRURGICO - Al practicar laparoscopia operativa que le fue perforado intestino delgado que a la postre causó peritonitis y su posterior muerte / FALLA DEL SERVICIO MEDICO ASISTENCIAL - Por atención tardía a paciente en postoperatorio.

La Falla se hace consistir en que a la víctima le fue practicada una “video-laparoscopia operativa”, que le trajo como consecuencia la ruptura del intestino delgado, que a la postre causó peritonitis y su posterior muerte. El dictamen pericial y el testimonio rendido por el médico Jorge Eduardo Valencia Merchán coinciden al señalar que la perforación del intestino delgado es un riesgo inherente a la realización del procedimiento de laparotomía, razón por la cual el acervo probatorio que reposa en el plenario da cuenta de una indebida y

tardía atención de la señora De los Ríos Marín en el post operatorio, como pasa a explicarse. Conforme a la historia clínica, la señora Blanca Esmeralda fue intervenida quirúrgicamente el 14 de junio de 1997, con el objeto de practicar una “video laparoscopia operatoria”, por presentar dolor pélvico crónico y que, durante el procedimiento, se encontró “gran cantidad de adherencias de epiplón que bloquean la pelvis”, liberadas con cauterización. Quiere decir que la paciente, dado el procedimiento y la presencia de adherencias, tenía que haber sido observada detenidamente en el post operatorio, pues según afirmó el médico Valencia Merchán, la existencia de adherencias aumenta el riesgo de perforación, durante una cirugía por laparoscopia. (...) Además, transcurridos dos días de haberse evidenciado la perforación intestinal, es decir el 18 de junio, la paciente es remitida a la UCI del Hospital de Caldas, con sepsis abdominal y peritonitis, que a la postre le causó la muerte. (...) se conocía que la paciente afrontaba un riesgo considerablemente mayor de perforación que otros casos de laparotomía, debido a las adherencias, de manera que la falla se explica porque no se actuó con la inmediatez que la situación exigía, esto es cuando, a las 19:00 horas del 15 de junio de 1997, la víctima presentó los primeros síntomas de hemoperitoneo, indicativos de perforación, dada la presencia de sangre libre en la cavidad abdominal, sintomatología que, aunado al dolor intenso del que dan cuenta todos y cada uno de los registros médicos, exigía tomar medidas inmediatas para contrarrestar la situación.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR MUERTE DE PACIENTE – Por falta de atención inmediata después de postoperatorio

Estando demostrado como lo está, que la víctima presentaba antecedentes médicos de adherencias múltiples que dificultaban técnicamente la realización de la laparoscopia y que su patología hacía la intervención susceptible al riesgo de perforación. no se entiende cómo no se actuó inmediatamente, es decir

desde las 19:00 horas del 15 de junio, tan pronto como la paciente mostró los síntomas del dolor intenso y particularmente ante el indicio de la presencia de sangre en el abdomen. A partir de lo expuesto, la Sala comulga con el dictamen pericial que señala que la paciente fue observada clínicamente y que la lesión padecida por la señora Blanca Esmeralda de Los Ríos Marín era un riesgo propio de la laparotomía, sin que ello conlleve la absolución de la demandada, porque, precisamente, la existencia del riesgo exigía en el sub lite la intervención inmediata ante los síntomas indicativos de una peritonitis por perforación, pues de nada vale la observación clínica, sino se actúa con la inmediatez que los datos suministrados exigen, por lo que resulta imperioso revocar la sentencia que negó las súplicas de la demanda y, en su lugar, acceder a las mismas.”²⁴

Entiende esta Corporación que cuando en el ámbito médico se obliga a realizar la práctica de un procedimiento de carácter inmediato, es porque la necesidad es apremiante, por tal motivo se considera que quien está en la obligación de garantizar dicha prestación debe sin dilaciones garantizar de forma inmediata la prestación del mismo.

Resulta necesario destacar que la Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, ha señalado que cuando se pretenda declarar la falla en la prestación del servicio médico y hospitalario de una entidad y esta se funda en la “*lesión al derecho a recibir atención oportuna y eficaz*”, se debe observar que esta produce como efecto la vulneración de la garantía constitucional que recubre el derecho a la salud, especialmente en lo que hace referencia al respeto del principio de integridad en la prestación de dicho servicio, el cual según el precedente jurisprudencial Constitucional ha señalado lo siguiente:

²⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO Bogotá, D C , dieciséis (16) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número 17001-23-31-000-1999-00582-01(21880) Actor JORGE IVAN QUINTERO TORO Demandado INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL

“La protección al derecho fundamental a la salud no se limita simplemente al reconocimiento de los servicios que se requieren con necesidad; sino que comprende también su acceso de manera oportuna, eficiente y de calidad. La prestación del servicio de salud es **oportuna** cuando la persona lo recibe en el momento que corresponde para recuperar su salud sin sufrir mayores dolores y deterioros. En forma similar, el servicio de salud se considera eficiente cuando los trámites administrativos a los que se somete al paciente para acceder a una prestación requerida son razonables, no demoran excesivamente el acceso y no imponen al interesado una carga que no le corresponde asumir. Por otro lado, el servicio de salud es de calidad cuando las entidades obligadas a prestarlo actúan de manera tal “que los usuarios del servicio no resulten víctimas de imponderables o de hechos que los conduzcan a la desgracia y que, aplicando con razonabilidad los recursos estatales disponibles, pueden ser evitados, o su impacto negativo reducido de manera significativa para la persona eventualmente afectada”²⁵.

En ese sentido, el H. Consejo de Estado ha manifestado en decisiones precedentes que dicha falla se circunscribe a una consideración básica:

“La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010

prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)²⁶ (subrayado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, encuentra la Sala que en el presente caso sí se configuró la falla del servicio médico asistencial por parte del Hospital Naval de Cartagena, en primer lugar porque en el plenario se encuentra demostrado que hubo una mala praxis médica en el intervención quirúrgica de cirugía bariátrica o Bypass gástrico porque durante la intervención que se llevó a cabo el día 29 de abril de 2006, se le causó una lesión a nivel del asa intestinal delgado al señor YASSER BENDECK BADEL, de la cual no se percataron y que fue la que desencadenó la sepsis de origen abdominal y la peritonitis química, pero también porque la segunda intervención quirúrgica de laparotomía exploratoria post- operatoria, que se hizo para indagar que estaba sucediendo en realidad con la salud del paciente, se produce después de 24 horas de haberse obtenido los primeros exámenes que ya eran indicativos de una infección y después de casi 48 horas de haberse realizado la cirugía bariátrica.

Así mismo se evidencia que muy a pesar se hubiera llevado a cabo el protocolo médico en la unidad de cuidados intensivos, los esfuerzos fueron infructuosos, ya que la presencia prolongada del líquido en la cavidad peritoneal provocó el choque séptico, la falla en el sistema renal, hematológico, pulmones y cardiovascular. Lo anterior denota que el paciente llegó muy tarde al lugar especializado para tratar la primigenia infección.

En segundo lugar es clara la negligencia u omisión en la prestación del procedimiento médico requerido por el paciente en ese momento, pues debe destacarse que el paciente no fue examinado de manera directa por el médico tratante, quien podía recordar los movimientos realizados en la cirugía bariátrica por laparoscopia y hallar de forma oportuna el orificio que se había causado y que conllevó a una shock séptico y más adelante la falla orgánica múltiple que produce en última el deceso del señor Yasser Elías Bendeck Badel, con 28 años de edad.

²⁶ Sentencia de 18 de febrero de 2010 Exp 17655

Por último también encuentra probado la Sala el nexo de causalidad entre el daño sufrido por las demandantes, que se traduce en la muerte de su hijo y hermano, como consecuencia de la omisión y negligencia por parte de la demandada en la prestación de los servicios médicos, que en ese momento requería el finado para el tratamiento de su enfermedad.

Luego de analizar los elementos para declarar la responsabilidad patrimonial del Hospital Naval de Cartagena en la muerte del señor Yasser Elías Bendeck Badel, procederá esta Corporación a estudiar cada uno de los perjuicios solicitados por los demandantes.

8. De los Perjuicios.

En el plenario se encuentra plenamente acreditado que en calidad de madre actúa la señora Mariela Cecilia Badel Turizo (Fl. 21).

En calidad de hermana actúa la señora Leyla Miladys Bendeck Badel (Fl. 23).

8.1 Perjuicios materiales.

8.1.1. Lucro Cesante.

Se solicita en la demanda por concepto de lucro cesante la suma de (\$706.668.344), por cuanto el finado tenía la profesión de abogado, y devengaba un promedio mensual de tres salarios mínimos mensuales legales vigentes, los cuales a juicio de la parte demandante debían proyectarse a futuro por los años de vida que le restaban a su familiar, pues este ayudaba económicamente a su madre y a su hermana.

Con relación al reconocimiento del lucro cesante futuro el Honorable Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia de esta Corporación, la cual ha sido reiterada en establecer que el apoyo económico que brindan los hijos a los padres se presume hasta los 25 años de los primeros, cuando está demostrada la condición de invalidez de los segundos y la calidad de hijo único, entre otras (...) Considerando que el occiso en la fecha de su muerte tenía treinta (30) años y no era hijo único (3 hermanos), encuentra la Sala que no se cumplen con los presupuestos establecidos por esta Corporación para el reconocimiento a favor de la madre de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante.”²⁷

El lineamiento jurisprudencial arriba referenciado le llevan a concluir a esta Sala que, en aquellos casos en los que la persona fallecida tuviese una edad superior a los 25 años al momento de fallecer, no será posible reconocer a sus padres el lucro cesante futuro, pues el apoyo económico de los hijos a los padres se presume hasta los 25 años de los hijos.

En el presente asunto si bien existen testimonios en los que se expresa que el señor Yasser Elías Bendeck Badel, ayudaba económicamente a su madre y hermana, y que además pagaba el arriendo de la vivienda de estas, hecho que se demuestra con la presentación de un contrato de arrendamiento, estas situaciones no desvirtúan la presunción de ayuda que es limitada por la jurisprudencia hasta los 25 años de los hijos. En el caso bajo estudio el señor Yasser Elías Bendeck Badel, al momento de su muerte contaba con 28 años de edad, y además no era hijo único, por consiguiente no hay lugar al reconocimiento del lucro cesante futuro para las demandantes.

8.2. Perjuicios Inmateriales.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C - Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ - Bogotá D C , miércoles, febrero quince (15) de dos mil doce (2012) - Radicación número: 41001-23-31-000-1995-8260-01(22246) Actor: SUSANA JAIMES DE OLARTE Y OTROS - Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL - Referencia: REPARACION DIRECTA

8.2.2 Perjuicios Morales.

Los accionante solicitan a como perjuicios morales que le sea reconocida la suma equivalente a mil salarios mínimos legales vigentes.

Considera esta Corporación, que en el presente caso con la simple acreditación del vínculo de madre e hijo- que unía a las señora Mariela Cecilia Badel con su hijo Yasser Elías Bendeck Badel, se presume que la madre padeció una afectación del orden moral, concretamente al tener que soportar la muerte de su ser querido.

En el caso objeto de estudio, resulta apenas lógico condenar a la entidad demanda a indemnizar a la madre demandante por los perjuicios morales sufridos, pues se trata de la muerte de su hijo, lo que a juicio de la Sala configura el mayor grado de aflicción, situación que acarrea la necesidad de resarcir los perjuicios, por parte de la administración.

Cabe destacar que la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado respecto el reconocimiento de los perjuicio morales entre cónyuges y/o padres e hijos ha considerado la presunción de que el dolor moral se presenta en su máxima intensidad. Así en sentencia de fecha 4 de octubre de 2007 señaló lo siguiente: *“En efecto, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión (grave o leve), a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política²⁸, debe presumirse de hecho, que el peticionario ha padecido y sufrido el perjuicio solicitado.”²⁹*

²⁸ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.”

“()”

²⁹ Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Radicación número: 05001-23-31-000-1991-00789-01(15567)

Teniendo en cuenta lo anterior se reconocerá como perjuicios morales a favor de la señora Mariela Cecilia Badel Turizo, en calidad de madre del señor Yasser Elías Bendeck Badel, el valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De igual forma como se tiene establecido el vínculo entre la víctima y la otra demandante, Leyla Miladys Bendeck Badel, plenamente acreditado con la prueba documental, resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios morales, montos compensatorios que, consulta principios de equidad, dada la cercanía de la víctima con su hermana, teniendo en cuenta que en el presente asunto el daño es la muerte de una persona.

Así las cosas, se reconocerá como perjuicios morales a favor de la señora Leyla Miladys Bendeck Badel, en calidad de hermana del señor Yasser Elías Bendeck Badel, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes

Por último, no habrá condena en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta de la parte demandante.

XI. DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión 001 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar Administrativa y Patrimonialmente responsable al NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de la muerte del señor Yasser Elías Bendeck Badel, como consecuencia de la falla en la

prestación del servicio médico, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Condenar a la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL- HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA a pagar las siguientes sumas de dinero por concepto de daño moral:

1. Para la Señora Mariela Cecilia Badel Turizo, en su calidad de madre del señor Yasser Elías Bendeck Badel; la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del presente fallo.

2. Para la señora Leyla Miladys Bendeck Badel, en su calidad de hermana del señor Yasser Elías Bendeck Badel la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin Costas.

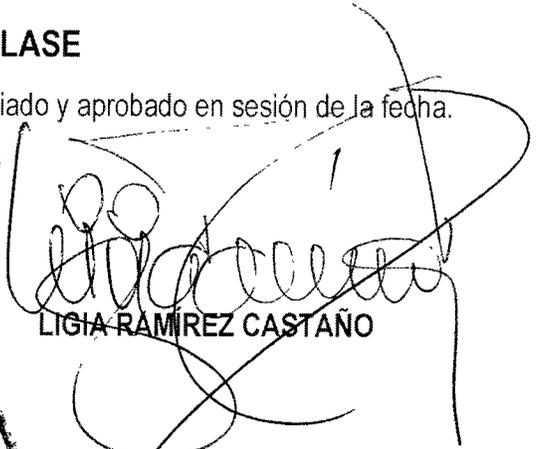
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, EXPIDASE las primeras copias auténticas con la constancia que prestan mérito ejecutivo, posteriormente archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

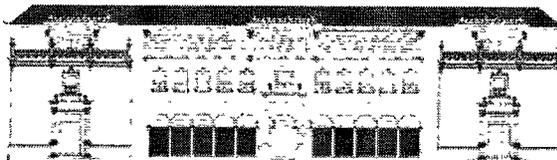
Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE MENDIÑO GALLO



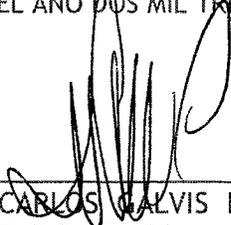
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1245
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: BYRO LOPEZ SALAZAR
DEMANDADO	: DISTRITO D E CARTAGENA DE INDIAS-INSTITUTO DE PATRIMONIO Y CULTURA D E CARTAGENA "IPCC"
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2009-00616-00
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

FL. 576 a 604

(4.0)



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. 269 - 2013

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

Tema: Falta de notificación del acto que impone sanción dentro de proceso sancionatorio a contratista del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13-001-33-31-004-2009-00616-00

II. PARTES

DEMANDANTE: BYRON LOPEZ SALAZAR

**DEMANDADO: DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA –
INSTITUTO DE PATRIMONIO Y CULTURA DE CARTAGEA
“IPCC”**

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede 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, a dictar sentencia en primera instancia en el asunto de la referencia.

IV. ANTECEDENTES

• LA DEMANDA

1.-Pretensiones.

El apoderado del actor en el escrito de demanda pretende lo siguiente:

1.)- *Se declare la nulidad de la Resolución No. 181 de 16 de diciembre de 2008, que pone fin al procedimiento sancionatorio No. 0018-2007, subsidiariamente de todos los demás actos anteriores, complementarios y posteriores dentro de dicha actuación administrativa sancionatoria, incluyendo la resolución No.037 de 29 de abril de 2009, que decide la vía gubernativa.-*

2.)- *Se restablezca el derecho de mi poderdante a su buen nombre como inversionista-constructor, el del proyecto inmobiliario denominado Casa de la Media Luna, y se le permita continuar con el mismo. Se proceda a condenar y ordenar a las entidades demandadas, las restituciones y pagos indemnizatorios por los perjuicios morales y materiales causados, los cuales estimamos hasta la fecha en la suma de Un Mil quinientos sesenta y cinco millones ciento cuatro mil setenta y ocho pesos con treinta y dos centavos mcte. (\$1.565.104.078,32)*

2.- Hechos.

Los plantea el demandante de la siguiente forma:

1.-) *Que mediante el acuerdo No.001 del 04 de febrero de 2003, emanado del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, "Por medio del cual se dictan normas sobre Patrimonio Cultural, fomento y estímulos a la Cultura, se reforma el Instituto Distrital de Cultura de Cartagena de Indias (sic) se deroga el acuerdo 12 de 8 de marzo de 2000, se trasladan algunas competencias y se dictan otras disposiciones", en sus (sic) el artículo 28, 29 y ss., creó el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias (I.P.C.C), como un establecimiento público del orden Distrital con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creado como organismo rector de la cultura para formular, coordinar, ejecutar y vigilar la política cultural del Distrito, con sujeción a la ley general de cultura (ley 397 de 1997) y a la ley 768 de 2002.*

2.-) El señor Byron López Salazar, mediante la escritura pública No. 1210 del 8 de Mayo de 2007 de la Notaria Primera de Cartagena, por valor de Un mil cuatrocientos millones de pesos m.l (\$1.400, 000,000.00), adquirió de manos de la Sociedad A de Yabrudi&Cia. S. en C, el dominio y la posesión material, de dos inmuebles colindantes entre sí, materialmente englobados por sus propietarios iniciales y ubicados en la esquina de la Calle de la Media Luna con calle Sierpe, inmueble conocido como uno solo, y denominados como "Casa Yabrudi", hoy "Casa de la Media Luna" identificados respectivamente con los folios de matrícula inmobiliaria No. 060-22032 y 060-221718; con el fin de desarrollar un proyecto urbanístico inmobiliario.

3.-) Que con el fin de desarrollar el proyecto urbanístico inmobiliario, mi representado, contrato (sic) al reconocido arquitecto Dr. Alberto Herrera Díaz, y se iniciaron los diseños y estudios complementarios, necesarios para la prestación del mismo, ante el Instituto de Patrimonio y Cultura I.P.C.C, para obtención del visto bueno por parte de su comité técnico, requisito este necesario para el trámite de licencia urbanística de construcción, tomando en cuenta que los predios se encuentran ubicados en el barrio Getsemaní, zona de influencia histórica.

4.-) Cumplidos todos los tramites, revisión, y aprobaciones necesarias, especialmente la del I.P.C.C, se obtuvo por parte de la Curaduría urbana No. 1 de Cartagena, resolución No. 134 de Julio 27 de 2007, otorgando licencia de construcción, restauración tipológica, para el proyecto inmobiliario denominado "Casa de la media Luna", cuyo objeto es la construcción de 5 locales comerciales, 10 apartamentos, todo eso sometido al régimen de propiedad horizontal, según la ley 675 de 2001, la cual se encuentra prorrogada mediante resolución No. 0189 del 14 de Agosto 2009. (Folios 47 - 51)

5.-) En ejecución de la respectiva licencia de construcción se iniciaron las labores propias de adecuación del terreno y del área de construcción, y mantenimiento de las fachadas (frente a la Calle de la media Luna y frente a la Calle sierpe), las cuales son las portadas y caras de presentación del proyecto, así como lugar donde se instalaría la sala de ventas; igualmente se procedió a la adquisición y arrendamiento de equipos, contratación de personal y la compra de materiales; esto requirió de una inversión cuantiosa, la cual hasta el día 12 de Diciembre de 2008, ascendía a la suma de Un mil millones de pesos m.l., sin contar la inversión hecha en la adquisición misma de los dos inmuebles.

6.-) El día 12 de Diciembre de 2008, de manera arbitraria y sin aviso previo, la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, por delegación en la Alcaldía local Histórica y el Caribe Norte, procede a "suspender la obra", mediante la colocación de sellos de suspensión.

7.-) A pesar de varios (sic) visitas, tratando de averiguar qué sucedía, y donde las respuestas eran evasivas, y sin entrar a considerar que eran días festivos por la navidad y el año nuevo, solo hasta el día 06 de Enero de 2009, se le permitió al suscrito notificarse personalmente de la Resolución 181 de 16 de Diciembre de 2008,

la cual daba por terminado el proceso sancionatorio No. 0018 de 2007, donde se resuelve entre otras cosa imponer multa al señor Byron López Salazar, por la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que para el año 2008, se traduce en la suma de cuarenta y seis millones ciento cincuenta mil pesos \$46.150.000.00 mcte, **NOTESE QUE LA SUSPENSIÓN DE LAS OBRAS SE DIO 4 DIAS ANTES DE LA SUPUESTA EXPEDICIÓN DE LA RESOLUCIÓN 181.** (Folio 41)

8.-) El mismo día 06 de Enero de 2009, se me hizo entrega, previa solicitud, de copias auténticas del expediente, haciéndome entrega de 31 folios útiles y escritos debidamente rubricados, según acta de recibo, la cual aparece como folio 54 del expediente en mención.

9.-) Dentro de la oportunidad legal para ello, el día 14 de enero de 2009, se procedió por el suscrito en calidad de agente oficioso del señor Byron López Salazar, a ejercer la vía gubernativa contra la resolución 181 del 16 de Diciembre de 2008, emanada de la Dra. Dora Carmona Barroso, Profesional Especializado de la División de Patrimonio del I.P.C.C; interponiendo recurso de reposición en subsidio el de apelación. (Folios 55 al 60).

10.-) El día 20 de Febrero 2009, mediante escrito, se aportó (sic) poder especial amplio y suficiente, otorgado por el señor Byron López Salazar, debidamente otorgado ante el notario de Bogotá, donde entre otras facultades ratificaba lo actuado en el respectivo trámite de vía gubernativa. (Folios 72, 73 y 74 del expediente sancionatorio).

11.-) El día 07 de mayo de 2009, el suscrito se notificó personalmente de la Resolución No. 037 de 29 de Abril de 2009, dentro del expediente sancionatorio No. 0018-2007, donde se declaran improcedentes los recursos interpuestos en la vía gubernativa y se ratifica lo resuelto en la resolución No. 181 de Diciembre 2008. (Folios 85 al 90).

12.-) El día 25 de Junio de 2009 mediante acta, se hace entrega por parte de la directora del I.P.C.C, Dra. Gina Ruz Rojas, de las copias auténticas de todo el expediente sancionatorio No. 0018-2007, contentivo de 90 folios útiles y rubricados; y además copias, solicitadas por el suscrito. **NOTESE (SIC) QUE EL EXPEDIENTE PARA ESTA FECHA, PASO DESDE EL 06 DE ENERO DE 2009, DE TENER 31 FOLIOS ÚTILES A 90 FOLIOS.** (Folio 91)

13.-) El día 14 de Agosto de 2009, se presentó ante el Ministerio Público, solicitud de conciliación prejudicial como requisito de prejudicialidad, en cumplimiento de lo dispuesto en la ley 640 de 2001, la ley 1285 de 2009 y el Decreto reglamentario 1716 de 2009. (Folios 131 al 136).

14.-) El día 06 de Noviembre el procurador No. 21 Judicial para Asuntos Administrativos, Dr. Alberto Vélez Baena, expidió la certificación de que trata la ley 640 de 2001 y el artículo 11 del decreto 1716 de 2009, sin acuerdo conciliatorio,

dándose por cumplido el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. (Folio 137 y 138)."

3.- Normas violadas y el concepto de violación.

- Constitución Nacional artículos 2, 6, 13, 15, 29, 31, 58, 83, 84,
- Los incisos 7y 8 del artículo 3, los artículos 36, 44, 45, 50, el inciso 2 del artículo 59 y el inciso 2 del artículo 84 del C.C.A.,

En apretada síntesis establece como concepto de violación que las resoluciones demandadas carecen de fundamentos legales suficientes, están fundamentados en una falsa y errada motivación, y los hechos que le dan origen son contrarios a la verdad, violentando tajantemente los principios y normas anteriores expresadas.

Posteriormente el apoderado judicial del demandante adiciona¹ la demanda respecto del concepto de violación, que al efecto se transcribe:

"a). El "supuesto" proceso sancionatorio radicado 0018-2007, el cual culmina con la Resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008, debió iniciar bajo la regulación de la Resolución 725 del 17 de octubre de 2003, publicada en la gaceta distrital N° 124 de dicho año, en la cual en su artículo séptimo establece: "INICIACION DEL TRAMITE SANCIONATORIO: El competente iniciará el trámite sancionatorio mediante comunicación escrita al afectado, a través de correo certificado, informándole sobre la existencia y objeto del mismo, así como el plazo concedido con sus explicaciones el cual no debe ser inferior a tres días ni superior a siete días hábiles contados a partir de la certificación de entrega por parte de la empresa de correos." Está claro que no hay tal comunicación y mucho menos fue enviada dentro de los términos establecidos, clara muestra de lo oculto de la actuación en comento y flagrante violación de su normativa procedimental que de paso sea necesario expresar en el ámbito normal solo es conocida por la entidad pública y no por el público en general.

¹ Véase folios 390 a 392

Igualmente la resolución N° 725 del 17 de octubre de 2003, fue modificada mediante la resolución 0135 del 28 de marzo de 2008, publicada en la gaceta distrital N° 047 del 02 de abril de 2008, la cual en su artículo 23 expresa: "DISPOSICION TRANSITORIA: Las acciones sancionadoras que se venían adelantando bajo el procedimiento de la Resolución 725 de 2003, seguirán bajo reglamento hasta su culminación."

Lo anterior nos lleva a deducir que la Resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008, que culmina el proceso sancionatorio en cuestión y cuyo sustento legal fue la Resolución 0135 del 28 de marzo (modifica la 0725 de 2003 que regula el procedimiento sancionatorio) es claramente ilegal, viciada de nulidad absoluta por fundamentarse en una norma no aplicable.

*b). La resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008, claramente infringió el párrafo del artículo octavo de la Resolución 0725 de 2003 que dice: DECISION: (...) Parágrafo: El trámite señalado en este artículo y los que anteceden, se debería surtir en un término que no exceda los **cuatro meses**.*

Aunque no habiendo documento que cumpla con el requisito de apertura de la actuación administrativa sancionatoria, y que de fe de la fecha exacta de inicio de la misma, sí podemos inferir que si radicado es 0018-2007, es decir del año 2007 y la resolución sancionatoria se expidió el 16 de diciembre de 2008, como mínimo transcurrió un (1) año entre uno y otro acto, lo cual es violatorio del término perentorio de cuatro meses establecido por la norma especial citada." (Negrillas del texto original)

4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Distrito de Cartagena de Indias.

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a través de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento jurídico y fáctico.

Plantea en los siguientes términos las excepciones de fondo:

“1.- INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD ORDENADO POR EL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 1285 DE ENERO 22 DE 2009.

El demandante no cumplió con la exigencia de la ley por ello la demanda debió ser rechazada de plano y en el evento de continuarse el trámite se generará un fallo inhibitorio.

En efecto, frente a la totalidad de las pretensiones se incumplió el requisito de procedibilidad ordenado por el artículo 13 de la ley 1285 de enero 22 de 2009, vigente a partir de su promulgación.

Haciendo un simple cotejo de lo pedido en el escrito de convocatoria a la conciliación prejudicial aportado con la demanda y lo pedido en el libelo, se concluye que las pretensiones y la finalidad de las dos actuaciones difieren sustancialmente, toda vez que no fueron discutidas en la citada convocatoria prejudicial, razón por la cual no puede entenderse cumplido el requisito de ley.”

“2.-INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD POR FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA Y POR NO DEMANDARSE TODOS LOS ACTOS.”

“En el presente caso, el demandante no agotó la vía gubernativa en un claro incumplimiento de un requisito de procedibilidad ordenado por el artículo 135 del C.C.A., generándose de esta manera un vicio insubsanable de la demanda que evita un pronunciamiento de fondo y tampoco demandó la resolución 037 de 2009, que confirman la resolución 181 de 2008.”

Observa la Sala que de esta excepción el apoderado del demandado plantea adicionalmente:

- *Ineptitud sustancial por no haberse demandado todos los actos.*

“Establece los artículos 135, 137,138 y 140 del Decreto 01 de 1984 o C.C.A., el contenido de toda demanda que pretenda la nulidad y el restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa y los anexos obligatorios de las mismas, siendo obligatorio que:

-Cuando demande la nulidad de un acto administrativo se agote previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o silencio administrativo;

-Se demanden, además del acto primigenio, las decisiones que lo modifiquen o confirmen en vía gubernativa.

Habiéndose demandado solo la resolución 181 de 2008, y no las que se pronuncian sobre ella en vía gubernativa ya que la resolución 0037 de 2009 solo se demandó subsidiariamente.

- Inexistencia de la presentación de recursos ante el Distrito de Cartagena.*

Los recursos de ley contra la resolución 181 de 2008 proferida por el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, jamás fueron presentados para ser evaluados o decididos por el Distrito de Cartagena. Entre otras cosas, porque mal puede agotarse la vía gubernativa con miras a instaurar un proceso de nulidad de actos administrativos y restablecimiento del derecho contra quien no expidió ni el acto acusado ni el que lo confirma mediante resolución N° 037 de 2009.

- Inexistencia del agotamiento de la vía gubernativa por presentación de los recursos por fuera de los términos y condiciones de ley.*

La resolución 181 de 16 de diciembre de 2008 no fue objeto de vía gubernativa. Explico: A pesar de que se presentó el memorial contentivo de los recursos de reposición y en subsidio apelación contra dicho acto, este no fue presentado con las formalidades de ley para que pudiere ser tramitado y decidido.

En esa prima oportunidad quien actuó como agente oficioso, hoy apoderado del demandante no acreditó su calidad de abogado en ejercicio, constando solo a manuscrito de su puño y letra "TG 122898 de C.S.J", sin saber qué significa lo anterior y sin que el notificador dejara testimonio escrito en el respectivo expediente de haber sido exhibida la tarjeta profesional o cualquier otro medio de prueba idóneo para demostrar la condición de abogado inscrito ya que no se trata de una prueba ad substantiam actus entendiendo por tal exclusivamente que se muestre el plástico que contiene la tarjeta profesional en físico, sino que lo que debe acreditarse es ser abogado inscrito y en ejercicio, y este requisito jamás su cumplió. No ofreció prestar caución para garantizar que la persona por quien obra ratificaría su actuación dentro del término de tres (3) meses.

Así las cosas, legalmente la notificación era inexistente e inocuo el memorial poder de "ratificación" de lo actuado por el agente oficioso allegado al expediente el día 20 de febrero de 2009, memorial en el cual el sancionado, hoy demandante, se da por notificado por conducta concluyente del contenido de la resolución 181 de 2008 al "ratificar" lo actuado por su apoderado en el trámite del proceso sancionatorio que dio origen a dicho acto administrativo.

Así las cosas, queda claro que no se interpusieron recursos en vía gubernativa contra la resolución 181 de 2008 hoy acusada por vía judicial y por ello no puede entenderse cumplido el requisito procedimental de ley.

- *Inexistencia del agotamiento de la vía gubernativa por ausencia de identidad en las peticiones.*

De la simple comparación con las peticiones de la demanda sub iudice, se han pedido cuestiones totalmente diferentes y las pretensiones de la demanda no fueron discutidas en la vía gubernativa, razón por la cual no puede entenderse cumplido el requisito de ley.

“3. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA ABSOLUTA DE PODER.”

No se otorga poder, en absoluto, para demandar la nulidad de la Resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008 y la resolución N° 00337 del 29 de abril de 2009 que la confirma. Sólo para iniciar un juicio “con relación al proceso administrativo sancionatorio adelantado en mi contra y distinguido con el N° 0018 de 2007”, sin indicar que la finalidad de la demanda es la nulidad impetrada.”

Tampoco se confieren facultades para demandar “subsidiariamente (...) todos los demás actos anteriores, complementarios y posteriores dentro de dicha actuación administrativa sancionatoria”; o para demandar el restablecimiento del derecho consecuente con la nulidad al buen nombre con inversionista – constructor del actor y que se le permita continuar con la ejecución del proyecto sancionado o para demandar restituciones y pagos indemnizatorios por los perjuicios morales y materiales.

“4. INEXISTENCIA DE LA VIOLACION POR EL ENTE TERRITORIAL POR FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – ROMPIMIENTO DEL NEXO CAUSAL.”

Se observan dos inconsistencias que sustentan la falta de legitimación en la causa por pasiva de mi mandante:

- *La primera que la Alcaldía de Cartagena no existe. No es persona jurídica de derecho público. Como tal existe – constitucionalmente y legalmente – el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, contra quien no fue otorgado poder para actuar en este proceso.*
- *Adicionalmente, la finalidad de la demanda es controvertir las actuaciones que el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena realizó al interior del “proceso administrativo sancionatorio (...) distinguido con el N° 0018 de 2007” proceso sancionatorio en el cual mi representada no tuvo injerencia alguna y tampoco expidió los actos hoy acusados judicialmente.*

“5. INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN DE LAS NORMAS SUPUESTAMENTE VULNERADAS.”

Es requisito fundamental de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, según el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, “indicarse las normas violadas y explicarse el contenido de su violación” y para sustentar su inconformidad. En el caso que nos ocupa, el demandante en el capítulo denominado “NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO”, solo se refiere a la resolución 181 de 2008 y en la exposición no existe argumentación alguna que explique por qué los actos acusados violaron las normas indicadas como violadas a lo largo del numeral 1º y los ordinales a) a f) del acápite respectivo. Por tanto no se explicó el concepto de violación.

Tampoco existe en el numeral 2º del capítulo, la indicación de las supuestas normas violadas por la resolución 0037 de 2009 y mucho menos la explicación del concepto de violación de las normas violentadas por la resolución 0037 de 2009. No existe argumentación alguna en ninguno de los apartes del concepto de la violación que explique porqué los actos acusados violaron unas normas de las que ni siquiera se enuncia su denominación.

En los numerales 3 y 5 del capítulo, se indican las razones por las cuales el actor considera que los actos atacados vulneran el acuerdo 001 de 2003, pero debe recordarse que dicho Acuerdo no ha sido incluido como norma violada y por ello no se entiende cumplido el requisito de ley sobre el concepto de violación. Amén de agregar que dicha Acuerdo (sic) no ha sido aportado en forma alguna y menos como lo exige el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil por tratarse de una norma que no tiene alcance nacional.

“6. IMPROCEDENCIA DE LA ACCION POR SUSTRACCION DE MATERIA”

Las resoluciones demandadas han sido objeto de cumplimiento por el hoy demandante de conformidad con acuerdo de pago celebrado con el IPCC y por tanto, perdió fuerza ejecutoria el acto administrativo.”

Concluye la accionada solicitando a esta Sala de Decisión que sean desistidas las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento de hecho y de derecho y se condene al actor a gastos y costas del proceso.

Respecto de la adición de la demanda que presentará el agente oficioso del demandante manifiesta que se mantiene en lo alegado respecto del concepto de violación, en la contestación de la demanda.

Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena. (Folios 231 a 241).

En escrito calendado a fecha 29 de Septiembre de 2010, presentado por el apoderado del I.P.C.C., se resuelve a dar contestación de la demanda en los siguientes términos:

“A las Pretensiones.

- 1. NOS OPONEMOS a tal condena. La resolución 181 de 16 de diciembre de 2008, proferida dentro del proceso administrativo sancionatorio 0018 -2007, al igual que todos los actos administrativos emitidos alrededor de dicha actuación, se produjeron con seguimiento del debido proceso, en recta aplicación de la ley y de los reglamentos adquiridos su firme agotamiento, conforme se probará en esta actuación.*
- 2. NOS OPONEMOS a tal condena. No existe daño antijurídico que implique el derecho del demandante a obtener indemnización alguna. Las consecuencias de sus acciones han sido sancionadas con aplicación del debido proceso y el derecho de defensa; por tanto deben de ser cumplidas conforme viene ordenadas y aceptadas conforme se probará en este proceso.*

A los Hechos.

- 1.- No es un hecho. Es cierto que I.P.C.C fue creado por la norma citada.*
- 2.- No nos consta*
- 3.- Es cierto.*
- 4.-Lo contestamos así: Mediante Resolución 0134 del 27 de julio de 2007, la Curaduría Urbana No. 1º Skarling León Hernández, concedió licencia Urbanística a la Sociedad A. De YABRUDY & CIA S. en C., identificada con el Nit 890600969-7, para desarrollar la Restauración Tipológica de los inmuebles de su propiedad, ubicados en la calle de la Sierpe o Carrera 9ª. No. 29-52 y 29-76 del Barrio Getsemaní de esta ciudad, registrado con la Matricula Inmobiliaria 060-221718 y 060-22022326 y referencias catastrales 01-01-0134-0005-000 y 01-01-0134-006-000.*

En el artículo segundo de dicha resolución se anota: “Aprobar los planos arquitectónicos correspondientes a la restauración tipológica de las edificaciones ubicadas en la carrera 9ª. No. 29-52 y 29-76, de acuerdo a la aprobación del Comité Técnico del Instituto de Patrimonio y Cultura del Distrito, como consta en acta 17/16, que se integra a la resolución...”

Esta licencia fue prorrogada por una sola vez, mediante resolución 0180 de 14 de agosto de 2009, según se comunicó por los arquitectos responsables, Arquitecto ALBERTO HERRERA DIAZ y Arquitecta EDITH SALAS, mediante comunicado del 29 de abril del año en curso.

Hemos igualmente de referirnos a que las obras para las cuales se obtuvo licencia, debían ceñirse a las normas previstas en el Plan de Ordenamiento Territorial, Decreto 0977/01, parte octava; reglas que fija las normas para la intervención de inmuebles ubicados en el centro histórico y su área de influencia.

5.- Lo contestamos así. Es cierto se dieron inicio a las obras, sin embargo, se violó la orden imparcial urbanística, contenida en la resolución 0134 de 27 de julio de 2007, Artículo Quinto en el cual se dice expresamente que está obligado a: "COMUNICAR AL INSTITUTO DE PATRIMONIO Y CULTURA DE LA INICIACIÓN DE LOS TRABAJOS DE CONSTRUCCIÓN"; razón por la cual debió iniciarse el proceso de seguimiento de oficio, según dan cuenta los arquitectos Blanca Salgado y Roberto Carballo, en informe del 10 de agosto de 2007, aportado por el libelista, dando lugar al inicio del proceso administrativo sancionatorio, mediante resolución de fecha 11 de septiembre de dicho año.

6.- Es cierto

7.- No es Cierto.

8.- Es cierto

9.- Es cierto.

10.-Es cierto.

11.- Es cierto.

12.- Es cierto.

13.- Es cierto.

14.- Es cierto.

En este escrito de contestación de la demanda el actor propone las siguientes Excepciones de Fondo:

"(...)

a. Falta de Legitimación por activa.

Carece el accionante de poder expreso que lo faculte para iniciar el proceso que hoy nos ocupa y que amerita una descripción concreta del acto sobre el cual se desea ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; no siendo del togado demandante establecer a su libre albedrio las acciones que ha de ejercer por fuera de la voluntad manifiesta por quien ha otorgado el poder.

En tal sentido, se omite el requisito sine quanon para poder ejercer la presente acción y por tanto deberá desestimarse al carecer de legitimidad activa el demandante.

b. Falta de requisitos formales de la demanda

El demandante presentó recurso contra la resolución 181 de 16 de diciembre de 2008, sin acreditar como abogado; tal como expresamente se expone en el acto administrativo por el cual se rechazaron los recursos, esto es, ante la inobservancia

de las ritualidades del artículo 52 del C.C.A. y lo normado por el Decreto 196 de 1971 en sus artículos 22 y 35.

(...)

c. Caducidad

El acto administrativo que se ataca adquirió su firmeza en febrero de 2009, por lo que ha operado desde tal fecha hasta su presentación de la demanda el fenómeno de caducidad de la acción, extinguiendo su derecho a ejercerla.

D. Falta de requisito de procedibilidad.

No existe congruencia entre la petición prejudicial y la acción efectivamente ejercida.

E. Agotamiento del acto administrativo.

Mediante escrito de 31 de marzo del año 2010, el señor JORGE ALVAREZ ARROYAVE, hoy demandante, ofrece un acuerdo de pago, que le fue aceptado mediante oficio No. DIV PAT 0765-10 recibido el 3 de junio de 2010, del cual se han cumplido hasta el momento en tres cuotas, según las pruebas certificadas adjuntas, por cuantía de SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$6.592.860.00), lo que implica una aceptación de la sanción y acatamiento de la multa impuesta, por lo que esta acción a más de improcedente, resulta temeraria, habida cuenta que el acto administrativo ha sido agotado.”

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Demandante:

- Reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

Distrito de Cartagena de Indias.

- Reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

Instituto de Patrimonio y Cultura.

- No presentó alegatos

6.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES

1.- De las excepciones de mérito propuestas.-

Antes de entrar a estudiar el fondo del asunto esta Sala prioritariamente deberá resolver las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, tanto por el Distrito de Cartagena como por el Instituto de patrimonio y cultura IPCC.

En ese sentido, el Distrito de Cartagena propuso las siguientes excepciones:

1. Ineptitud sustancial de la demanda por falta de concepto de la violación de las normas supuestamente vulneradas.
2. Inexistencia de la violación por el ente territorial por falta de legitimación en la causa por pasiva – rompimiento del nexo causal.
3. Ineptitud sustancial de la demanda por falta absoluta de poder.
4. Ineptitud sustancial de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad por falta de agotamiento de la vía gubernativa y por no demandarse todos los actos.
5. Ineptitud sustancial de la demanda por falta del requisito de procedibilidad ordenado por el artículo 13 de la ley 1285 de enero 22 de 2009.
6. Improcedencia de la acción por sustracción de materia.-

Mientras que el IPCC propuso las siguientes:

1. Falta de Legitimación por activa.
2. Falta de requisitos formales de la demanda
3. Caducidad
4. Falta de requisito de procedibilidad
5. Agotamiento del acto administrativo.

Empezaremos entonces por resolver la excepción de caducidad propuesta por el IPCC, toda vez que de prosperar esta, no se podría emitir pronunciamiento de fondo al ser un presupuesto procesal esencial de la acción de nulidad y restablecimiento del

derecho.

Según el apoderado del IPCC, la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra caducada, porque a su juicio, el acto administrativo acusado adquirió su firmeza en febrero de 2009, y que por lo tanto desde tal fecha hasta su presentación de la demanda ya había transcurrido el plazo de caducidad de la acción, extinguiendo su derecho a ejercerla.

Al respecto esta Sala considera que la anterior excepción no tiene vocación de prosperar por las razones que se pasan a explicar.

Observa la Sala que la resolución acusada, por la cual le fue impuesta la sanción de multa a la parte actora, esto es la resolución No. 181 es de fecha 16 de diciembre de 2008.

Igualmente consta en el expediente a folio 139, que de dicha resolución fue notificado personalmente el día 6 de enero de 2009 al señor Jorge Alvarez Arroyave en calidad de agente oficioso del señor Byron López Salazar, pero también a folio 152 consta otra notificación personal del mismo acto administrativo, esta vez de fecha 23 de diciembre de 2008 pero hecho a otra persona de apellido Rodríguez, pues no se divisa bien el nombre porque esta tachado, pero que en todo caso tampoco es al señor Byron López Salazar.-

Lo primero que llama a la Sala la atención es que existan dos notificaciones personales en diferentes fechas de la misma resolución No. 181 de 16 de diciembre de 2008.

Pero además encuentra la Sala que en todo caso ambas notificaciones resultan ser indebidas, la del día 6 de enero de 2009 hecha al señor Jorge Alvarez Arroyave, porque la figura de la agencia oficiosa, no está prevista para suplir la notificación personal de actos administrativos de carácter definitivos, pues en esa materia, el artículo 44 del C.C.A., es claro en establecer la forma de que debe efectuarse ésta. Dicha norma dispone lo siguiente:

ARTICULO 44. DEBER Y FORMA DE NOTIFICACION PERSONAL. Las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Si la actuación se inició por petición verbal, la notificación personal podrá hacerse de la misma manera.

Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación, o en la nueva que figure en comunicación hecha especialmente para tal propósito. La constancia del envío de la citación se anexará al expediente. El envío se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto.

No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, si ésta es escrita.

En la misma forma se harán las demás notificaciones previstas en la parte primera de este Código.

Luego no es posible aceptar que estuvo correctamente notificado el acto sancionatorio acusado al demandante Byron López Salazar, porque a quien se le notificó dicho acto administrativo no fue personalmente a él sino a otra persona que adujo actuar como agente oficioso suyo, pero que tampoco además se demuestra en ese trámite administrativo que esa persona era su representante o apoderado como lo exige el art. 44 del C.C.A.

La figura de la agencia oficiosa está regulada en el artículo 54 del C. C.A., en los siguientes términos.

ARTÍCULO 52. Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

(...)

Solo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio y ofrecer prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivara el expediente.-

Como bien se puede apreciar, el artículo 54 del C.C.A., es claro en señalar que dicha figura procesal sólo se encuentra prevista “para promover recursos de la vía gubernativa a nombre de persona de quien no se tenga poder”, supuesto que no es en manera alguna el que se configura en el asunto sub examine, en el que se pretendió hacer uso de la misma para suplir una notificación personal a quien en realidad ostentaba el carácter de interesado frente al acto administrativo sancionatorio proferido por el IPCC.

Y en cuanto a la otra acta de notificación del 23 de diciembre de 2008 tampoco puede ser aceptada como válida, puesto que a quien se le notificó no fue al señor Byron López Salazar, sino a otra persona de apellido Rodríguez.

Sin embargo, lo que si hubo fue notificación por conducta concluyente, puesto que el día 14 de enero de 2009, el doctor Jorge Alvarez Arroyave, ahora si actuando válidamente en calidad agente oficioso del señor Byron López Salazar, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la resolución No. 181 de 16 de diciembre de 2008 y posteriormente el día 20 de febrero de 2009, aportó el respectivo memorial donde el señor Byron López Salazar, no solo ratificó las actuaciones hechas por el doctor Jorge Alvarez Arroyave, sino que además le otorgó poder para que asumiera la defensa de sus intereses en ese asunto.

Por consiguiente, la Sala considera que el acto administrativo sancionatorio acusado se notificó debidamente al demandante Byron López Salazar, por conducta concluyente el día 14 de enero de 2009, cuando el doctor Jorge Alvarez Arroyave, actuando en calidad agente oficioso suyo, presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en su contra.-

Ahora bien, como la resolución No. 037 de abril 29 de 2009, por la cual se resolvió declarar improcedentes los recursos de reposición y en subsidio de apelación interpuestos por el doctor Jorge Alvarez Arroyave, actuando en calidad agente oficioso del señor Byron López Salazar, consta en el expediente que fue notificada personalmente el día 7 de mayo de 2009 (folio 94), en consecuencia a partir del día

siguiente empezó a correr el plazo de caducidad de cuatro (4) meses calendario de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que en principio vencían el 8 de septiembre de 2009, pero no se puede perder de vista que este plazo fue interrumpido al haberse presentado la respectiva solicitud de conciliación prejudicial por la parte actora el día 14 de agosto de 2009 hasta el día 6 de noviembre de 2009, fecha en la cual se expide la respectiva constancia por la Procuraduría No. 21 judicial II para asuntos administrativos, como consta a folios 45 y 46 del expediente, por lo que a partir del día 7 de noviembre de 2009 se reanuda el plazo de la caducidad que estaba interrumpido, faltando solo 24 días para que venciera, por lo que resulta indudable que la demanda se radicó en tiempo, toda vez que la misma consta que fue presentada en la oficina judicial el día 20 de noviembre de 2009.-

Por consiguiente reitera la Sala que la excepción de caducidad no prospera.

Seguidamente pasamos a resolver la excepción de inepta demanda por no cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial previa ordenado por el artículo 13 de la ley 1285 de enero 22 de 2009, excepción que esta Sala encuentra a todas luces temeraria, injustificada a más que dilatoria, toda vez que claramente dentro de los anexos de la demanda consta a folios 45 y 46 del expediente la respectiva acta o constancia de la Procuraduría No. 21 judicial II para asuntos administrativos, que se llevó a cabo la respectiva diligencia de conciliación prejudicial previa entre el señor Byron López Salazar y los convocados Distrito de Cartagena de Indias y el Instituto de Patrimonio y cultura de Cartagena – IPCC, la cual resultó fallida por falta de ánimo conciliatorio de las entidades convocadas. Claramente se observa en dicha constancia que las pretensiones de la solicitud de conciliación prejudicial eran las de que se revocara la sanción impuesta mediante resolución No. 181 de diciembre 16 de 2008 y la resolución No. 037 de 2009 que la confirmó, es decir que existe identidad de lo que en ese momento se intentó conciliar frente a lo que ahora se demanda que en últimas es la sanción impuesta al actor. Por consiguiente esta excepción propuesta por el Distrito de Cartagena tampoco prospera.

En cuanto a la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por falta absoluta de poder planteada por el Distrito de Cartagena, el apoderado manifiesta: *“No se otorga poder, en absoluto, para demandar la nulidad de la resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008 y la resolución N° 0037 del 29 de abril de 2009 que la confirma. Solo para iniciar un juicio “con relación al proceso administrativo sancionatorio adelantado en mi contra y distinguido con el N° 0018 de 2007”, sin indicar que la finalidad de la demanda es la nulidad impetrada. Tampoco se confieren facultades para demandar “subsidiariamente (...) todos los demás actos anteriores, complementarios y posteriores dentro de dicha actuación administrativa sancionatoria”; o para demandar el restablecimiento del derecho consecuente con la nulidad al buen nombre como inversionista – constructor del actor y que se le permita continuar con la ejecución del proyecto sancionado o para demandar restituciones y pagos indemnizatorios por los perjuicios morales y materiales.”* Subrayas del texto original.

De la lectura del memorial poder visible a folio 43 del expediente, se evidencia que efectivamente el apoderado del demandante recibió facultades para iniciar, tramitar y llevar hasta su culminación juicio de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y el Instituto de Patrimonio y Cultura – IPCC, con relación al proceso administrativo sancionatorio adelantado en contra del actor con el N° 0018 de 2007, y demás hechos y pretensiones que se enuncian en el cuerpo de la demanda.

En estos términos resulta evidente que el poder deviene insuficiente, pues no se identificó en forma concreta los actos administrativos sancionatorios que debían ser demandados, omisión que sin lugar a dudas es objeto de reproche. Sin embargo, esa circunstancia no puede ahora volverse un obstáculo para emitir el respectivo pronunciamiento de fondo, puesto que fue responsabilidad de la propia jurisdicción contenciosa, el no haber advertido esa falencia del poder al momento de hacer el estudio de la admisión de la demanda y donde con fundamento en el art. 143 del C.C.A. se pudo haber inadmitido la demanda para que fuese corregido el poder, y como ello no se hizo, ahora no es correcto declarar probada esa excepción, pues

frente a circunstancias como la señalada en ésta oportunidad, la jurisprudencia ha considerado que cuando se trata de yerros por insuficiencia de poder y ellos no fueron advertidos por el juez del conocimiento al momento de la admisión de la demanda, cuando lo propio era inadmitirla y ponerlos en conocimiento del accionante para su corrección, no puede ulteriormente declararse inhibido para dictar sentencia, pues se trata de un defecto formal que por su misma condición no puede sacrificar el fondo del asunto, sino que le asiste al operado judicial la obligación de fallar la cuestión litigiosa, so pena de desconocerle al administrado el derecho de acceso a la administración de justicia.

En efecto, ha dicho al respecto el Consejo de Estado lo siguiente:

“Como ya se precisó, en los antecedentes de este proveído, el Tribunal determinó que el poder otorgado por la actora para demandar, resultaba insuficiente por cuanto en el mandato no se identificó con claridad el acto administrativo a demandar, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 65 del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo; en consecuencia declaró de oficio la excepción de “indebida representación de la demandante por insuficiencia de poder”, y a renglón seguido declaró sentencia inhibitoria. El artículo 65 del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A. exige que en los poderes especiales debe determinarse claramente el asunto para el cual se confiere el respectivo mandato, de tal modo que no pueda confundirse con otro. En efecto, el poder sólo hace referencia al restablecimiento de derechos laborales y a la individualización de la parte demandada sin precisar ningún acto administrativo, sin embargo, para la Sala tal omisión no crea confusión acerca del asunto para el cual se otorgó el mandato, ya que no existe duda que lo pretendido por la actora, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es que se deje sin efectos jurídicos el oficio sin número del 27 de agosto de 2001, por el cual el Municipio de Agustín Codazzi se abstuvo de ordenar el pago de las prestaciones sociales solicitadas, pues ésta negativa coincide y tiene relación con las pretensiones de la demanda, con la cual se acompaña además el citado acto.

Pero, si dicha omisión pudiera originar insuficiencia del poder, tal defecto, como se vio anteriormente, es de orden formal, luego era susceptible de ser corregido dentro del término previsto por la ley para tal fin, si se tiene en cuenta que la demanda se instauró dentro del término de caducidad. Así lo permitía el inciso 2º del artículo 143 del C.C.A. Lo indicado era, entonces, concederle al actor el término prescrito para subsanar el defecto. Lo contrario, sería desconocer el

derecho que le asiste a toda persona para acceder a la administración de justicia, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.”²

Por lo tanto, para la Sala tampoco prospera esta excepción alegada por el apoderado judicial del demandado y así lo declarará.

Con relación a la excepción propuesta por el Distrito que denominó como “ineptitud sustancial de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad por falta de agotamiento de la vía gubernativa y por no demandarse todos los actos”.

Al efecto el apoderado judicial del demandado desarrolla varios puntos a saber:

✓ Ineptitud sustancial por no haberse demandado todos los actos

Manifiesta el apoderado del demandado: *“Habiéndose demandado solo la resolución 181 de 2008 y no las que se pronuncian sobre ella en vía gubernativa ya que la resolución 0037 de 2009 solo se demandó subsidiariamente, no se entiende presentada la demanda en debida forma por no haber sido demandado además del acto primigenio (resolución 181 de 2008), las decisiones que lo modifiquen o confirmen en vía gubernativa (resolución 0037 de 2008).”*

Observa la Sala que en el escrito de demanda el actor demanda tanto el acto que le impone sanción (resolución 181 de 2009) y la que puso fin a la vía gubernativa (resolución 0037 de 2009), razón por lo cual tampoco la Sala dará vía libre a esta excepción.

✓ Inexistencia del agotamiento de la vía gubernativa por presentación de los recursos por fuera de los términos y condiciones de ley.

Para el demandado la resolución 181 del 16 de diciembre de 2008 no fue objeto de recurso de la vía gubernativa pues manifiesta que a pesar de que se presentó memorial contentivo de los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A" Consejero ponente GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación número 20001-23-31-000-2002-00012-01(6050-05) Actor MARTHA LUCIA ARGOTE USTARIZ Demandado MUNICIPIO DE AGUSTIN CODAZZI - CESAR

dicho acto, éste no fue presentado con las formalidades de ley para que pudiese ser tramitado y decidido.

Hasta este punto se observa que el apoderado del demandado incurre en una imprecisión en los argumentos de su excepción alegada, en el sentido de que solicita a esta Corporación la ineptitud sustantiva de la demanda porque los recursos fueron presentados por fuera de término y al entrar a explicar dicha excepción, alega que el recurso no fue presentado con las formalidades de ley para pudiera ser tramitado y decidido.

Para el apoderado del demandado el recurso no fue presentado con las formalidades de ley bajo el entendido que uno, no acreditó su calidad de abogado en ejercicio y sin que el notificador dejara testimonio escrito en el respectivo expediente de haber sido exhibida la tarjeta profesional o cualquier otro medio de prueba idóneo para demostrar tal condición, y dos, no ofreció prestar caución para garantizar que la persona por quien obra ratificaría su actuación dentro del término de tres (3) meses, ello con fundamento en el artículo 52 del C.C.A. y en el Decreto 196 de 1971 artículo 22 y 35.

El artículo 52 del C.C.A., señala:

“Artículo 52. Requisitos. Los recursos deberán reunir los siguientes requisitos:

(...)

Solo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados; si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar esa misma calidad de abogado en ejercicio, y ofrecer prestar caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de tres (3) meses; si no hay ratificación, ocurrirá la perención, se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.”

Así las cosas, a folio 121 del expediente obra el recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por el agente oficioso del demandante, en el cual se estipula textualmente que obra en calidad de abogado en ejercicio como aparece al pie de su correspondiente firma, por lo que se queda sin piso lo expuesto por el apoderado judicial del demandado para fundamentar su excepción.

Ahora bien, respecto de la obligación para el agente oficioso de prestar caución, esta Sala observa de la lectura de la norma antes transcrita, que surge para la administración la obligación de señalar cual era el monto de la caución que debió prestar el agente oficioso, es decir, incurrió en una omisión al no estipular el valor de dicha caución, por lo tanto no puede achacársele al demandante dicho argumento, toda vez que fue la administración demandada era quien tenía la obligación legal de señalar el valor de la caución y no lo hizo.

Por todo lo expuesto tampoco prosperara esta excepción.

- ✓ Inexistencia del agotamiento de la vía gubernativa por ausencia de identidad en las peticiones.

Fundamenta lo siguiente: *“(...) Como puede verse de la simple comparación con las peticiones de la demanda sub judice, se han pedido cuestiones totalmente diferentes y las pretensiones de la demanda no fueron discutidas en la vía gubernativa, razón por la cual no puede entenderse cumplido el requisito de ley.”*

Entiende la Sala que con esta excepción lo que plantea el demandante es un indebido agotamiento de la vía gubernativa, pues a su juicio lo solicitado en la vía gubernativa no corresponde a lo pedido en esta demanda.

Como ya se ha manifestado en una primera oportunidad, de la lectura de las pretensiones de la demanda se tiene que el actor solicita la nulidad de las resoluciones 181 de 2009 y 0037 de 2009, que impone una sanción y agota la vía gubernativa, respectivamente.

Ahora bien, no puede tenerse como petición distinta la pedida en el recurso interpuesto por el agente oficioso en contra de la resolución 181 de 2009 confirmada en la resolución 0037 de 2009, la cuales fueron expedidas con ocasión del proceso sancionatorio N° 0018 de 2007.

Para la Sala es claro que la expresión: “*se proceda a revocar la resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008, que culmina el proceso sancionatorio radicado con el N° 018 de 2007 (...)*” no es cuestión distinta de la pedida en el escrito de demanda, por lo que tampoco prosperará la excepción propuesta por el apoderado del demandado.

La que sí prospera es la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva – rompimiento del nexo causal propuesta por el Distrito de Cartagena, y así se dispondrá en la parte resolutive, puesto que ciertamente, los actos administrativos acusados, no fueron expedidos por el Distrito de Cartagena, sino por el Instituto de Patrimonio y cultura de Cartagena – IPCC, que si bien es una entidad pública de carácter Distrital, no obstante la misma está dotada de personería jurídica, como se deduce de lo dispuesto por el artículo 29 del acuerdo no. 01 de febrero 4 de 2003, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena, que al crear dicho organismo, definió su naturaleza jurídica como la de un establecimiento público del orden distrital, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

Luego está sumamente claro que el Distrito de Cartagena, no está legitimado por pasiva en este asunto, porque no es quien tiene a su cargo la función de vigilancia y aplicación de sanciones por infracciones de tipo urbanístico referidas a las intervenciones que se hagan al patrimonio arquitectónico cultural del Distrito de Cartagena, pues ello es función del IPCC y en efecto, los actos administrativos acusados son expresión de esa competencia.

Por consiguiente una vez probada esta excepción, habiéndose demostrado la falta de legitimación por pasiva del demandado Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, para esta Sala resulta innecesario seguir con el estudio de las demás excepciones propuestas por aquél, y en consecuencia, entrará a pronunciarse únicamente sobre el resto de excepciones propuestas por el apoderado del demandado Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias “IPCC”.

Con relación a la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, plantea el apoderado de este demandado: *“(...) Carece el accionante de poder expreso que le faculte para iniciar el proceso que hoy nos ocupa y que amerita una descripción concreta del acto sobre el cual se desea ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; no siendo del resorte del togado demandante establecer a su libre albedrío las acciones que ha de ejercer por fuera de la voluntad manifestada por quien ha otorgado el poder. En tal sentido, se omite un requisito sine qua non para poder ejercer la presente acción y por tanto deberá desestimarse al carecer de legitimidad activa el demandante.”*

Sobre este punto, la Sala desarrolla nuevamente lo manifestado anteriormente en el presente proveído en el sentido de que de la lectura del escrito de demanda y del memorial poder, se evidencia que el apoderado del demandante tiene facultades para iniciar, tramitar y llevar hasta su culminación juicio de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias y el Instituto de Patrimonio y Cultura – IPCC, con relación al proceso administrativo sancionatorio adelantado en contra del actor con el N° 0018 de 2007, y demás hechos y pretensiones que se enuncian en el cuerpo de la demanda.

En estos términos se entiende que el actor a través de apoderado judicial, pretende demandar todos aquellos actos expedidos con ocasión del proceso sancionatorio N° 0018 de 2007, y que se tiene de antemano que es el proceso iniciado por la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena y el Instituto de Patrimonio y Cultura en contra del señor Byron López Salazar.

De no entenderlo así, esta Sala incurriría en lo que la H. Corte Constitucional³ ha señalado como excesivo ritual manifiesto, a saber:

*“Esta Corporación ha dicho que el defecto procedimental se enmarca dentro del desarrollo de dos preceptos constitucionales: (i) el derecho al debido proceso (artículo 29), el cual entraña, entre otras garantías, el respeto que debe tener el funcionario judicial por el procedimiento y las formas propias de cada juicio, y (ii) el acceso a la administración de justicia (artículo 228) que implica el reconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial y la realización de la justicia material en la aplicación del derecho procesal. Dentro de la primera categoría, la Corte ha considerado que se presenta un defecto procedimental absoluto cuando el funcionario desconoce las formas propias de cada juicio. Por excepción, también ha determinado que el defecto procedimental puede estructurarse por exceso ritual manifiesto cuando “(. .) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia”. **Es decir que el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando (i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales.**”* Negrillas de la Sala

Por lo dicho, no prosperará la excepción alegada.

En cuanto a la excepción de falta del requisito de procedibilidad – no existe congruencia entre la petición prejudicial y la acción efectivamente ejercida.

Sobre este punto, la Sala también ya hizo un pronunciamiento en el caso de marras sobre la misma excepción que fue propuesta por el apoderado judicial del demandado Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, por lo que se deberá remitir a dichos argumentos.

Siendo así las cosas no se dará vía a la excepción propuesta por el apoderado judicial del demandado Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias.

³Corte Constitucional. Referencia: expediente T- 2.954 560. Diecinueve (19) de Mayo de dos mil once (2011). Acción de Tutela instaurada por Victoriano Márquez Hernández contra la Sección Tercera del Consejo de Estado. Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

La otra excepción que denominó “Agotamiento del acto administrativo”, en palabras del demandado dice: *“Mediante escrito de 31 de marzo del año 2010, el señor JORGE ALVAREZ ARROYAVE, hoy demandante, ofrece un acuerdo de pago, que le fue aceptado mediante oficio N° DIV PAT 0765-10 recibido el 3 de junio de 2010 del cual se han cumplido hasta el momento en tres cuotas, según la prueba certificación adjunta, por cuantía de SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$6.592.860), lo que implica una aceptación de la sanción y acatamiento de la multa impuesta, por lo que esta acción a más de improcedente, resulta temeraria, habida cuenta que el acto administrativo está siendo agotado.”*

Para esta Sala es claro que el hecho de haber convenido con el ente demandado un acuerdo de pago, a fin de saldar la sanción impuesta en contra del demandante, no es motivo suficiente para tener por probada la excepción alegada, ya que perfectamente el demandante pudo haber cancelado el valor correspondiente a la sanción impuesta, con el fin de no hacer más gravosa su situación y se le permitiera con la continuación de la obra, y luego reclamar ante el poder judicial el pago de dicho valor. Por lo tanto no prosperará tampoco esta excepción.

Habiendo hecho el estudio de las excepciones alegadas por los demandados Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, esta Sala procederá a señalar los hechos probados en el caso bajo examen, todo a fin de dilucidar el problema jurídico a resolver.

2. De los hechos probados.

- ✓ Se tiene probado el hecho N° 1 manifestado en el escrito de demanda, toda vez que ciertamente el Acuerdo 001 del 04 de febrero de 2003⁴, *por medio del cual se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomento y estímulos a la cultura, se reforma el Instituto Distrital de Cultura de Cartagena de Indias (...)*; expedido el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, creó el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias (I.P.C.C.), como un establecimiento público del orden Distrital con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creado como organismo rector de la cultura para formular, coordinar, ejecutar y vigilar la política cultural del Distrito, con sujeción a la ley general de cultura (ley 397 de 1997) y a la ley 768 de 2002.

- ✓ Se tiene probado el hecho N° 2, en el sentido de que el señor Byron López Salazar mediante escritura pública N° 1210 del 8 de mayo de 2007 de la Notaría Primera de Cartagena – visible a folios 39 a 42 – adquirió de manos de la Sociedad A. de Yabrudi & Cía. S. en C., el dominio y la posesión material, de dos inmuebles colindantes entre sí, materialmente englobados y ubicados en la esquina de la Calle de la Media Luna con calle Sierpe, conocido como “Casa Yabrudi” hoy “Casa de la Media Luna”, con folio de matrícula visible a folios 34 a 37 del expediente.

- ✓ Se tiene igualmente probado el hecho N° 4, toda vez que obra a folios 47 a 51 la correspondiente licencia de construcción otorgada mediante resolución N° 134 del 27 de julio de 2007, expedida por la Curaduría Urbana N° 1 de Cartagena, prorrogada mediante resolución N° 0189 del 14 de agosto de 2009.

- ✓ El hecho N° 6 se encuentra probado dentro del plenario, obra a folio 334 la correspondiente acta de suspensión de la obra ubicada en el inmueble calle de la media luna, esquina con Sierpe N° 9-02 y 29-66 a 29-76, a cargo de la

⁴Tomado de la página web
http://www.cartagena.gov.co/secplaneacion/Documentos/pages/pot/files/normograma/ACUERDO_001_DE_2003_CREACION_DEL_IPCC.PDF

Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe Norte, suscrita por el Alcalde de dicha localidad, el Profesional universitario de Control Urbano y por la Directora de Patrimonio Cultural IPCC.

- ✓ Se tienen igualmente probados los hechos N° 7°, 9°, 10° y 11° en el entendido en que el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena expide la resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008, la cual pone fin al proceso sancionatorio iniciado en contra del señor López Salazar e impone multa equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que el actor Byron López Salazar a través de apoderado judicial ejerció la vía gubernativa contra la resolución 181 de 2008 interponiendo los recursos de reposición y en subsidio apelación⁵; que el apoderado otorgó poder especial, amplio y suficiente debidamente autenticado con nota de presentación personal ante Notario 55 del Círculo de Bogotá con fecha 12 de febrero 2009⁶, para actuar ante la administración distrital; y, que el apoderado judicial del actor fue notificado de la resolución 037 del 29 de abril de 2009 que pone fin a la vía gubernativa, y mediante el cual se declaran improcedente los recursos interpuestos y se ratifica la resolución 181 del 2008⁷.
- ✓ Se tiene por probado el hecho N° 12 de la demanda, en el entendido que obra dentro del plenario copia autentica de todo el expediente contentivo del proceso sancionatorio N° 0018 de 2007 iniciado en contra del señor Byron López Salazar a cargo del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, por violación al Acuerdo 001 del 2003.
- ✓ Finalmente se tienen probados los hechos N° 13° y 14°, toda vez que obran a folios 45 a 52 del expediente, la correspondiente solicitud de conciliación prejudicial hecha ante el Ministerio Público, con la respectiva Constancia de haberse realizado dicha audiencia, cuyas resultas fueron la de declararla

⁵Véase folios 55 al 60 del expediente

⁶Véase folios 111 del expediente

⁷Véase folios 277 a 280 del expediente

fallida, entendiéndose igualmente por cumplido el requisito establecido en la ley 640 de 2001 y el artículo 11 del decreto 1716 de 2009.

3.- De los actos administrativos acusados

En el caso bajo estudio la parte demandante persigue en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho previsto por el artículo 85 del C.C.A., la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- ✓ **Resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008**, mediante la cual se define la existencia de violación a normas urbanísticas con ocasión a la realización de obras en el inmueble ubicado en el barrio Getsemaní, calle de la media luna con sierpe N° 9-02, 29ª – 69ª, 29 – 76, de propiedad del señor BAYRON LOPEZ SALAZAR; y en el cual se sanciona al señor López Salazar multa equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- ✓ **Resolución No. 037 del 29 de abril de 2009**, por medio del cual la entidad demandada agotó vía gubernativa.

4.- Síntesis del caso.

Observa la Sala que al señor BYRON LOPEZ SALAZAR le fue otorgada por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias representado en la Curaduría Urbana N° 1, licencia de construcción restauración tipológica Casa de la Media Luna mediante resolución 0134 del 27 de julio de 2007 y Resolución N° 0104 del 20 de junio de 2007 mediante el cual se concede licencia construcción restauración tipológica – Adecuación Casa Blanca.

Posteriormente una vez iniciadas las obras de restauración, el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, ente encargado de velar por el cumplimiento del Plan de

Ordenamiento Territorial en el Distrito⁸, mediante visitas realizadas a los inmuebles que les fueron otorgadas las licencias, funcionarios de dicho instituto evidenciaron que se estaban llevando a cabo obras que excedían ostensiblemente el visto bueno emitido por el IPCC, toda vez que se habían realizado demoliciones en el primer y segundo nivel de las edificaciones, las cuales no respetaban el valor histórico que poseían los muros en mampostería del inmueble, razón por la cual inician proceso sancionatorio radicado 0018 de 2007 contra el señor BYRON LOPEZ SALAZAR, que concluyó con la resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008, que impuso multa por valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cancelados en su totalidad por el actor.

En acción de nulidad y restablecimiento del derecho el demandante López Salazar pretende que se declare la nulidad de la resolución que le impuso la sanción de multa, y la que pone fin a la vía gubernativa, con fundamento en la violación al debido proceso dentro del procedimiento sancionatorio llevado en su contra, toda vez que, según él no fue notificado del acto que inicia la investigación, solo de aquel que le impone la sanción.

Por su parte el apoderado del demandado Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, alega que no le asiste razón al demandante y se opone a la prosperidad de las pretensiones de aquél, con fundamento entre otras en la excepción de ineptitud sustancial de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad ordenado por el artículo 13 de la ley 1285 de 2009, toda vez que en su sentir, las peticiones formuladas por el demandante tanto en la solicitud de conciliación realizada ante el Ministerio Público y la solicitada ante esta Corporación, son disimiles, es decir, de la comparación de las peticiones, considera que se han pedido cuestiones totalmente diferentes y las pretensiones de la demanda no fueron discutidas en la citada convocatoria prejudicial, razón por la cual piensa que no puede entenderse cumplido el requisito de ley.

⁸Decreto 0977 de 2001. Por medio del cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

Finalmente el apoderado judicial del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, se defiende argumentando que no existe daño antijurídico que implique el derecho del demandante a obtener indemnización alguna; manifiesta que las consecuencias de sus acciones han sido sancionadas con aplicación del debido proceso y del derecho de defensa, por tanto deben ser cumplidas conforme vienen ordenadas.

5.- Problema Jurídico

De conformidad con los hechos probados, así como teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte demandante y la parte demandada, para esta Sala especial de descongestión 03 el problema jurídico se contrae a establecer si en virtud del proceso sancionatorio radicado N° 0018 de 2007 iniciado por la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena en contra del señor BYRON LOPEZ SALAZAR, dicho procedimiento se dio con violación al artículo 29 de la Constitución Política, esto es, del derecho al debido proceso. Y, por ende si procede la declaratoria de nulidad de los actos acusados y el restablecimiento del derecho para el demandante.

6. Marco normativo y jurisprudencial

Como primera medida es necesario señalar que la potestad disciplinaria no es absoluta por cuanto encuentra un límite que es precisamente el respeto de los derechos fundamentales de los disciplinados y en caso de extralimitación, se estableció un control jurisdiccional a efectos de restablecer tales derechos que con la acción disciplinaria se hayan conculcado. Dicho control lo ostenta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en virtud de la reglamentación que sobre competencia determinó el Legislador a través del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien, en tratándose de procedimientos sancionatorios la normatividad aplicable es diversa, toda vez que cada entidad de derecho público posee procedimientos

distintos, y en el presente caso, la potestad disciplinaria se ejerció contra un particular por el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, por lo que la Sala especial de descongestión 003 desarrollará la normatividad aplicable que rige al citado organismo territorial, a fin de determinar si en desarrollo de dicha investigación administrativa disciplinaria, existió o no vulneración al demandante de las garantías constitucionales del debido proceso, y el derecho de defensa, la solicitud de pruebas y la contradicción de las mismas.

En ese sentido, como quiera que los hechos que dieron inicio al proceso sancionatorio contra el señor BAYRON LOPEZ SALAZAR, tuvieron su génesis en el presunto incumplimiento de dicho demandante a las reglas de intervención urbanística bajo la modalidad de restauración tipológica autorizada mediante licencia otorgada por resolución No. 0134 del 27 de julio de 2007, según informe técnico rendido el día 10 de agosto de 2007 por los arquitectos asesores de la División de patrimonio del IPCC Blanca Salgado y Roberto Carballo, por lo que en consecuencia la Sala considera que la norma vigente y aplicable al demandante era la **Resolución No. 725 de fecha 17 de octubre de 2003**, “Por virtud de la cual el Director del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias en uso de sus atribuciones legales y Constitucionales, adopta un procedimiento administrativo sancionatorio para la entidad que representa.

En la mencionada resolución en el artículo 6° y 7°, se señala el procedimiento de iniciación de la acción sancionatoria en los siguientes términos:

“ARTICULO SEXTO: INICIACION DE LA ACCION SANCIONATORIA: *La acción sancionatoria se iniciará de oficio, en forma íntegra y garantizando el DEBIDO PROCESO, cuando haya lugar a imponer multas e inhabilidades y en los siguientes casos:*

- 1. Por solicitud del funcionario encargado de inspeccionar las obras que se adelanten en el campo de aplicación de que trata la presente Resolución.*
- 2. Por querrela presentada por los vecinos del sector en el que se esté realizando la obra.*
- 3. Por solicitud expresa de la Personería Distrital de Cartagena o de los entes que guarden estrecho vínculo con el patrimonio.*

ARTICULO SEPTIMO: INICIACION DEL TRAMITE SANCIONATORIO: *El competente iniciará el trámite sancionatorio mediante comunicación escrita al afectado, a través de correo certificado, informándole sobre la existencia y objeto del mismo, así como el plazo concedido para sus explicaciones **el cual no deben ser inferior a tres días ni superior a siete días hábiles contados a partir de la certificación de entrega por parte de la empresa de correos.***

La comunicación deberá contener como mínimo:

- a) Descripción de los motivos u hechos (sic) que puedan generar la posible sanción.*
- b) Los fundamentos legales que soporten los hechos descritos.*
- c) El señalamiento de la causal en que eventualmente se encuentre incurso.*
- d) La indicación del plazo que se le otorgue y el derecho que le asiste de brindar explicaciones, pedir pruebas o allegar las que considere pertinentes.*

Una vez obtenidas las explicaciones y pruebas, el funcionario competente decretará de oficio la práctica de las que estime procedentes o aquellas otras que le hayan sido requeridas, siempre que sean conducentes y pertinentes, en un plazo no superior a treinta días hábiles.

En caso que el encartado no presente explicaciones ni allegue pruebas dentro del plazo concedido, se dejará constancia por escrito que el implicado conocía de la iniciación del trámite sancionatorio en su contra y como prueba se copia del medio al expediente a través del cual fue surtida la comunicación.” (NEGRILLAS FUERA DE TEXTO)

Las anteriores disposiciones constituyen entonces la normatividad que contiene el trámite del proceso administrativo sancionatorio que garantizaría de haberse aplicado el respeto al debido proceso que estima vulnerado la parte demandante.

Pero para poder dar una respuesta al problema jurídico planteado, es conveniente también hacer algunas precisiones respecto del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Carta magna, que supuestamente ha sido vulnerado y que además tiene la categoría de fundamental.

Con respecto al debido proceso este es un principio - derecho que opera como un compendio de diferentes garantías sustanciales y procedimentales indispensables para obtener una decisión justa y ceñida a los parámetros constitucionales y legales.

De debido proceso ha dicho la honorable Corte Constitucional en la sentencia 1021 de 2002:

“El debido proceso debe entenderse como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, procurando en todo momento el respeto a las formas propias de cada juicio. El artículo 29 del ordenamiento constitucional lo consagra expresamente “para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”.

El artículo 29 de la Carta Política dispone que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública.

El debido proceso administrativo consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y, por contera, contrarios a los principios del Estado de derecho. Ello en virtud de que *“toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes”.*

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir

las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

Sobre el debido proceso administrativo la Corte se ha manifestado en reiteradas oportunidades y ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares y a los procesos que adelanta la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos. Conviene recordar lo que sobre el punto ha precisado esa Corporación:

“La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características”.

“El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”.

El debido proceso comprende un conjunto de principios, tales como el de legalidad, el del juez natural, el de favorabilidad en materia penal, el de presunción de inocencia y el derecho de defensa, los cuales constituyen verdaderos derechos fundamentales.

Es pertinente explicar también, que las normas que establecen sanciones están dentro del campo del derecho sustantivo y no procedimental, en la medida que no hacen alusión a ritualidades o procedimientos, sino que por el contrario, hacen

relación a la consecuencia sancionatoria como resultado de la conducta u omisión que el legislador trata de evitar.

De otra parte, el principio de legalidad y del debido proceso tutelado por el artículo 29 de la C.P. determina que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente...”*, lo que significa para el Juzgado, que tanto el hecho sancionable y su sanción deben estar previamente determinados por el legislador.

De esta forma, 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 rijan las actuaciones futuras.⁹

Por su lado, en sentencia de fecha siete (7) de noviembre de 2012 el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B, Consejero Ponente ENRIQUE GIL BOTERO, también ha dicho lo siguiente:

“El derecho al debido proceso, contenido en el artículo 29 de la Carta Política de 1991, tiene dos expresiones desde el derecho administrativo, que vale la pena destacar: i) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo no sancionador y ii) el derecho al debido proceso en el derecho administrativo sancionador.

En el primero de ellos, existen algunas expresiones del debido proceso, contenidas en el referido artículo 29, que revisten matices en su aplicación, como por ejemplo los principios de tipicidad (v.gr. en materia de protección al consumidor), culpabilidad (v.gr. escenarios en los que no es relevante el comportamiento del administrado para la adopción de una decisión (v.gr. barreras arancelarias o adopción de medidas fitosanitarias), la defensa técnica o necesidad de contar con abogado (v.gr. la solicitud de reconocimiento de una pensión de jubilación se puede adelantar por el interesado motu proprio), el principio del “juez natural”, es posible que en materia administrativa se pueda modificar la competencia, por ejemplo, por una reestructuración de la entidad administrativa encargada de proferir la decisión, etc.

A contrario sensu, el derecho administrativo sancionador hace parte del iuspuniendi del Estado y, por lo tanto, frente al mismo se hacen extensivas

⁹ Véase, entre otras, la sentencia de 3 de octubre de 1995 Proceso No 5670 Magistrado Ponente Dr Dello Gómez L

todas las garantías que integran el núcleo duro y laxo del principio al debido proceso. En efecto, los derechos penal, disciplinario, sancionador, fiscal, entre otros, integran el derecho punitivo del Estado, razón por la cual, respecto de los mismos siempre será predicable el debido proceso en toda su amplia gama (v.gr. la caducidad en un contrato estatal se impone previa verificación del incumplimiento del contratista, es decir, a la sanción la antecede una culpa de este último).

En igual sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia.

(...)

“Los tratadistas contemporáneos de derecho administrativo, entre ellos García de Enterría y Ramón Parada sostienen que “los principios inspiradores del ordenamiento penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como lo refleja la propia Constitución.”¹⁰ (Destaca la Sala).

7. De las pruebas obrantes en el expediente.

7.1. Pruebas aportadas

7.1.1. Por el demandante:

- ✓ A folios 14 a 20 del expediente con el escrito de demanda, obran registros fotográficos, en los cuales, el actor pretende demostrar el grado de deterioro en que se encontraba el inmueble ubicado en la calle de la media luna, esquina con Sierpe N° 9-02 y 29-66 a 29-76.

¹⁰ Sentencia de tutela T-11 del 22 de mayo de 1992, expediente número T-716, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Al respecto la Sala transcribe lo expuesto por el H. Consejo de Estado¹¹, sobre los registros fotográficos 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 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 a los documentos fotográficos 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, 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.

- ✓ El actor en la demanda, anexa el correspondiente expediente contentivo del proceso sancionatorio N° 0018 de 2007 iniciado en su contra, visible a folios 53 a 180, el cual se encuentra integrado por la siguiente documentación:
 - ✓ Copia informal del Acuerdo N° 001 de fecha 04 de febrero de 2003 *“Por medio del cual se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomento y*

¹¹Consejo 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

estímulos a la cultura, se reforma el Instituto Distrital de Cultura de Cartagena de Indias, se deroga el Acuerdo 12 del 18 de Marzo de 2000, se trasladan competencias y se dictan otras disposiciones.” (F 53 a 92)

- ✓ Copia autenticada del acta de notificación personal suscrito por el notificador del IPCC y por el apoderado del actor Byron López Salazar, de fecha 07 de mayo de 2009, y en la cual se notifica de la Resolución N° 0037 del 29 de abril del año 2009. (F. 94)

- ✓ Copia autenticada de la resolución N° 0037 del 2009 por medio del cual la entidad demandada IPCC, agota vía gubernativa. (F. 95 a 98)

- ✓ Copia autenticada del oficio de fecha 29 de abril de 2009 suscrito por la Profesional Especializado de la División de Patrimonio Cultural del IPCC, dirigido a la Asesora externa – División de patrimonio IPCC, mediante el cual remite informe final dentro del proceso administrativo sancionatorio N° 0018 de 2007. (F. 99 a 109)

- ✓ Copia autenticada del documento contentivo del recurso de reposición en subsidio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del actor en contra de la resolución N° 181 de 2008 que pone fin al proceso sancionatorio N° 0018 de 2007 y que impone sanción con multa equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes; el cual se encuentra recibido por la entidad demandada (IPCC) el día 14 de enero de 2009. (F. 121 a 126)

- ✓ Copia autenticada del oficio de fecha 19 de diciembre del año 2008 dirigida a la profesional Especializado de la División de Patrimonio Cultural del IPCC suscrito por la Curadora Urbana N° 1 del Distrito de Cartagena de Indias, mediante el cual envía informe sobre licencia de construcción de los proyectos Casa calle de la Media Luna esquina con calle de la Sierpe carrera 9 N° 29-76; Casa avenida del Centenario esquina con calle de la Media Luna carrera 9 N° 30-28.(F 129)

- ✓ Copia autenticada de las Resoluciones N° 0104 del 20 de junio de 2007 y 0134 del 27 de julio de 2007 *“Por la cual se concede licencia construcción restauración tipológica Casa de la media luna”* y *“Por la cual se concede licencia construcción restauración tipológica – adecuación Casa Blanca”*, respectivamente. (F. 130 a 138)

- ✓ Copia autenticada del acta de notificación personal de fecha 6 de enero del año 2009, mediante el cual el señor Jorge Álvarez Arroyave actuando como agente oficioso del señor Byron López Salazar, se notifica personalmente de la resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008 emitida por la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (IPCC). (F. 139)

- ✓ Copia autentica de la resolución N° 181 del 16 de diciembre de 2008 mediante la cual se culmina proceso sancionatorio N° 018 de 2007, iniciado por el IPCC en contra del señor Byron López Salazar, y que impone un sanción equivalente a multa de (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (F. 140 a 145)

- ✓ Copia autenticada del oficio de fecha 12 de diciembre de 2008 suscrito por la Dra. DORA GRACE CARMONA BARROSO como Profesional Especializado de la División de Patrimonio y Cultural de Cartagena, dirigido a la señora MARINA MENDOZA como Secretaria del Interior de la Alcaldía Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, mediante el cual se informa lo siguiente: *“Estimada doctora, teniendo en cuenta las funciones consagradas en el artículo 39 del Acuerdo 001 de 2003, numerales 4 y 5 me permito informarle que los inmuebles de la referencia, representan dos de los casos de violaciones más aberrantes y flagrante de la norma arquitectónica y urbanística, toda vez que las intervenciones consistieron en la demolición de la totalidad de las unidades accesorias a las mismas, así como de las crujías laterales,*

conservando únicamente las crujiás principales de la vivienda, contraviniendo lo normado por el decreto 0977 de 2001. Al tenor, de lo anteriormente expuesto, la División de Patrimonio Cultural del IPCC, desde el año 2007 inició sendos procesos administrativos sancionatorios, acompañados de suspensiones provisionales de obras, para ambos inmuebles.”(F. 153)

- ✓ Copia autenticada del acta de suspensión de fecha 12 del mes de diciembre de 2008, expedido por la Alcaldía de la Localidad Histórica y del Caribe Norte, suscrita por el Alcalde de la Localidad Histórica y del Caribe Norte, la Profesional Universitario de Control Urbano y por la Directora de Patrimonio Cultural IPCC, en la cual se consigna¹²:

“No hubo personal alguno por parte de los propietarios y/o administradores del inmueble que atendiera la diligencia, así las cosas, se procede a colocar tres sellos en sendas puertas correspondientes, dos a la fachada principal y una a la fachada lateral.

Según consta en el acta y/o informe de la División de Patrimonio Cultural de fecha 27 de noviembre de 2008, que el inmueble se encontraba en obras de pinturas, pañetes y limpieza general.

Participó en el acto de suspensión el Teniente Reyes de la Estación del Centro Histórico.”

- ✓ Copia autenticada de una constancia de fecha 12 de diciembre de 2008, en la cual la Profesional Especializada de la División de Patrimonio del IPCC, hace constar que la obra ubicada en el barrio Getsemaní, calle de la media luna esquina con calle de la Sierpe N° 9-02, 29A-66A y 29-76, quedan suspendidas provisionalmente, hasta tanto se ajusten a la ejecución de obras aprobadas por la Curaduría en la Respectiva licencia de construcción. Y hace la siguiente advertencia: *“De hacer caso omiso a esta decisión serán sancionados, el propietario y/o responsable de la obra, según lo estipulado en el Acuerdo 001 de 2003 en sus artículos 77 y 81,*

¹²Véase folio 154 del expediente

Decreto 0977 de 2001, y demás disposiciones urbanísticas concordantes: así como será sujeto activo del delito de fraude a resolución judicial establecido en el artículo 454 del Código Penal.” Sin constancia de haberse recibido contra las personas que menciona dicha constancia. (F. 155)

- ✓ Copia autenticada del informe de visita técnica de fecha 9 de diciembre de 2008 hecha por la arquitecta Rosa Barreto Oliveros como Profesional especializado del IPCC en el que se concluye que se trata de un inmueble cuyo interior fue demolido totalmente (exceptuando la crujía principal) y agrupando el predio N° 5 con igualmente demoliciones interiores, en el cual se están realizando obras de mantenimiento de reparación de pañetes, carpintería de ventanas y pintura en general de interiores. (F. 156 a 163)
- ✓ Copia autenticada del oficio de fecha 19 de febrero de 2008 suscrito por la Dra. ISABEL M. POLO BAHOQUE como Profesional Especializado de la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias (IPCC), dirigido al señor ALONSO ALZATE (Arquitecto de la obra Casa de la Media Luna o Casa Yabrudi), en la dirección ubicada en el barrio Getsemaní, calle de la Media luna con calle de la Sierpe esquina N° 9-02, 29-26 A 29-76 de la ciudad de Cartagena, mediante el cual se cita a rendir descargos. No se evidencia constancia de haber recibido la notificación. (F. 164)
- ✓ Copia autenticada del informe de visita ocular¹³ realizada por parte de asesores externos de la División de Patrimonio del IPCC al inmueble ubicado en el barrio Getsemaní, calle de la media luna con Sierpe N° 9-02, 29-66 A 29-76, de fecha **10 de octubre de 2007**, dirigido a la señora Pabla

¹³Véase folios 166 a 167 del expediente

Josefa Núñez como asesora jurídica de la División de patrimonio del IPCC, mediante el cual se consigna lo siguiente:

“ (i) Los sellos de cerramiento de obra colocados por los funcionarios del IPCC, Blanca Salgado, Roberto Carballo y Pabla Núñez, el día 11 de septiembre del presente año, fueron retirados de los sitios en donde estaban colocados; (ii) De igual manera el día 9 de octubre de 2007, a las 10:30 am, pudimos constatar que se están realizando obras en el interior del predio, haciendo caso omiso a la decisión de cerramiento que otorgo (sic) el IPCC, en su división de patrimonio por el incumplimiento a las normas urbanísticas; (iii) Para poder realizar dicha inspección hubo que pedir un amparo policivo en el CAI del parque centenario, puesto que algunos obreros hicieron amenazas y al momento de tomar las fotos cerraron las puertas de la construcción.”

- ✓ Copia autenticada del oficio de fecha **19 de febrero de 2008** suscrito por la Dra. ISABEL M. POLO BAHOQUE como Profesional Especializado de la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias (IPCC), dirigido al señor BAYRON LOPEZ SALAZAR (Propietario), en la dirección ubicada en el barrio Getsemaní, calle de la Media luna con calle de la Sierpe esquina N° 9-02, 29-26 A 29-76 de la ciudad de Cartagena, mediante el cual se cita a rendir descargos. No se evidencia constancia de haber recibido la notificación. (F. 168 y 169)
- ✓ Copia autenticada de la Resolución N° 011 sin fecha de expedición, mediante el cual el IPCC, cita a los señores BAYRON LOPEZ SALAZAR como propietario de inmueble y a ALONSO ALZATE, como arquitecto responsable, para efectos de rendir descargos. (F. 170)
- ✓ Copia autenticada del oficio de fecha 13 de diciembre de 2007 suscrito por la señora PABLA JOSEFA NUÑEZ OLIVAREZ, dirigido al señor BAYRON LOPEZ SALAZAR, a la dirección Getsemaní calle de la media luna con calle de la Sierpe esquina N° 9-02, 29-26 A 29-76, con anotación a manuscrito “*Envío correo certificado*” mediante el cual le notifican lo siguiente: “(...) *En aras de no violar el debido proceso, me permito*

concederle un plazo de 2 días hábil a partir del recibo de la presente, para que nos dé una explicación por escrito relacionada a las obras civiles que se vienen dando en dicho inmueble anexando en ella la respectiva licencia de construcción, donde se presume la existencia de la violación a la norma (Acuerdo 001 de febrero del 2003), estaría presuntamente inmerso en las faltas contempladas en el mencionado acuerdo y de ser así estaríamos dándole aplicabilidad a la resolución 0725 del 2003.” No hay constancia de haberse enviado por correo certificado. (F. 171)

- ✓ Copia autenticada de la orden de suspensión de obras civiles de fecha **11 de septiembre de 2007**, mediante el cual se ordena la suspensión inmediata de las obras que se vienen adelantando en el bien inmueble ubicado en la calle de la media luna con esquina de la calle del sierpe N° 9-02, 29-26 A y 29-76 (Proyecto Casa de la media luna) y ordena continuar con el trámite administrativo sancionatorio y para la imposición de otras sanciones. (F. 176)
- ✓ Copia autenticada del auto de fecha 7 de septiembre de 2007 expedido por el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, cuyo resuelve dice:

“PRIMERO: Comisionese a la Dra. Pabla Josefa Núñez Olivarez, para que dé inicio al respectivo proceso administrativo.

SEGUNDO: Suspéndanse todas las obras que se estén realizando en el bien inmueble ubicado en la calle de la sierpe esquina N° 9-02, 29-26 A y 29-76 (Proyecto casa media luna) por no cumplir con las normas estipuladas en el plan de ordenamiento territorial.

TERCERO: Practicar las demás pruebas necesarias dentro de la presente actuación.

CUARTO: Contra el presente auto no procede recurso alguno.”

7.1.2. Por el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena (IPCC)

- ✓ Copia simple del oficio de fecha 01 de junio de 2010 suscrito por la Directora de la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena – IPCC, mediante el cual le informa al señor BAYORON LOPEZ SALAZAR, que aprueba la solicitud presentada por su agente oficioso¹⁴, de acuerdo de pago como consecuencia de la sanción impuesta, y establece que serán pagadas en número equivalente a 7 cuotas pagaderas de forma mensual. (F. 241)
- ✓ Copia simple del oficio de fecha 12 de mayo de 2010 dirigido al arquitecto Alberto Herrera como profesional responsable del proyecto “*Casa de la media luna*”, en el cual se le informa lo siguiente: “(...) Siendo lo anterior así, es pertinente señalarse que la ADECUACION DE LA OBRA se entenderá dada en sus dos principales sentidos, es decir, PAGO DE LA MULTA IMPUESTA y RESTITUCION de los muros medianeros, conforme a su estado antes de la demolición y tal como aparecen en los planos presentados ante el IPCC al momento de obtener el visto bueno del proyecto. Es por ello, que le indicamos que, deberá el propietario del inmueble señalado, señor BYRON LOPEZ SALAZAR, cumplir con la orden del pago de la multa impuesta mediante acto administrativo en firme previo al inicio de las obras tendientes a dar efectivo cumplimiento de la orden de restitución ya citada.” (F. 244 a 245)
- ✓ Copia simple de la comunicación de fecha 29 de abril de 2010 enviada por el arquitecto Alberto Herrera Díaz como responsable de la obra de la Casa de la media luna, mediante el cual informa al IPCC de la reanudación de las obras de restauración detalladas en la licencia de construcción N° 0134 del 27 de julio de 2007, con prórroga de vigencia resolución N° 018014 de agosto de 2009. Para el efecto anexa dichas resoluciones. (F. 246 a 251)

¹⁴Véase folios 242 del expediente

- ✓ Copia simple de la Resolución N° 0037 del 29 de abril de 2009, que decide el recurso de reposición en subsidio del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor, y que confirma la resolución 181 de 2008 que culmina proceso sancionatorio e impone multa equivalente a (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

7.2. Pruebas recaudadas

- ✓ Prueba testimonial celebrada el día 13 de septiembre de 2011, en el que se le tomó testimonio¹⁵ al señor ALONSO DE JESUS ALZATE GOMEZ, quien se identifica como el administrador general de todas las propiedades del demandante de la costa. En su relato manifiesta lo siguiente:

“PREGUNTADO. Tiene usted conocimiento de los hechos que dieron lugar a la iniciación en contra del demandante del proceso sancionatorio N° 0018 de 2007, en caso afirmativo, informe al despacho lo que sepa y le conste al respecto. CONTESTO. El proceso nos cayó de sorpresa, porque el arquitecto ALBERTO HERRERA nos entregó los permisos para construcción e inicialmente empezamos con unos arquitectos de Bogotá a ejecutar una remodelación o adecuación de fachadas y de muros que estaban deteriorados de los cuales aporto unas fotos de cómo era la fachada y su deterioro. Al cabo de tres meses de estar haciendo estos trabajo se renegocio (sic) el contrato para restaurar dicha casa de acuerdo a los planos aprobados tanto por IPCC como por Curaduría. En diciembre 12 de 2008 que era un sábado nos llega un sellamiento por parte del Distrito en el que no se sellaba la obra después de más (sic) de un año de estar trabajando en ella, sin habernos notificado ni al encargado de la obra, ni a los maestros, ni a mí ni al propietario de que teníamos un proceso en curso, es así como en enero del 2009 nos notificamos y nos entregan el proceso del cual nunca supimos que existía, acompañado a esto nos imponen una multa en su época de cien (100) SMMLV que eran como cuarenta y seis millones y algo, la cual cancelamos en su totalidad debido a no tener más perjuicios en la demora de la obra, es así como a la fecha tenemos un retraso de más de un año y medio en la ejecución de la obra por todos estos problemas que hemos tenido.(...)”

¹⁵Véase folios 456 a 459 del expediente

- ✓ Documento en original mediante el cual la Profesional Especializado de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias IPCC, certifica que el señor BYRON LOPEZ SALAZAR se encuentra a paz y salvo por concepto de haber cancelado las siete (7) cuotas pactadas con el IPCC, con ocasión de la multa equivalente a (100) SMLMV impuesta mediante resolución sancionatoria N° 181 de 2008, confirmada en Resolución 037 de 2009 dentro del proceso administrativo sancionatorio radicado N° 018-2007, por violación de las normas urbanísticas que protegen el Centro Histórico y su área de influencia y periferia. (F. 463)
- ✓ Prueba testimonial celebrada el día 13 de septiembre de 2011, en el que se le tomó testimonio¹⁶ al señor JORGE ENRIQUE ROCHA RODRIGUEZ, quien se identifica como ex asesor del Distrito de Cartagena en materia contractual y diseño estructural de obras civiles. En su relato manifiesta lo siguiente:

“PREGUNTADO. Dígame al despacho si usted ha tenido alguna participación en el proyecto inmobiliario denominado CADA DE LA MEDIA LUNA, que se desarrolla en la dirección antes indicada, en caso afirmativo, informe al despacho en que ha consistido dicha participación. CONTESTO. Yo he participado en ese proyecto simplemente como ingeniero estructuralista, de acuerdo a un proyecto arquitectónico suministrado por el arquitecto LBERTO (sic) HERRERA DIAZ. Mi participación en ese proyecto fueron simplemente los cálculos de la estructura (...).”

- ✓ Prueba testimonial celebrada el día 13 de septiembre de 2011, en el que se le tomó testimonio¹⁷ a la señora DORA GRACE CARMONA BARROSO, quien se identifica como funcionaria de libre nombramiento y remoción del IPCC. En su relato manifiesta lo siguiente:

“PREGUNTADO. Explique al despacho los antecedentes que dieron lugar a la resolución sancionatoria, haciendo especial énfasis en la manera como se notificó y vinculó al sancionado dentro de dicho trámite. CONTESTO. En virtud a lo consagrado en la Resolución 725 y

¹⁶Véase folios 470 a 473 del expediente

¹⁷Véase folios 474 a 484 del expediente

135 de 2008 que regula el procedimiento administrativo sancionatorio de la División de Patrimonio y Cultura del IPCC, en el momento en que realicé la visita de inspección al predio para dar cuenta de presuntas irregularidades, hallose (sic) en el sitio obreros y maestros de obra a quienes se les explicó y se les puso en conocimiento de la situación, posteriormente se le notificó al propietario y al profesional responsable sobre lo actuado por nuestro despacho y fue cuando en virtud a ello el arquitecto ALBERTO HERRERA notifica que no es él quien se encuentra efectuando las intervenciones que dieron origen al proceso sancionatorio. Así mismo, el abogado JORGE ALVAREZ se hizo presente en la oficina para notificarse de la resolución sancionatoria en la cual se le impuso la medida de restitución y la multa, con ellos se cumplió a cabalidad el debido proceso en lo pertinente a la notificación de los actos administrativos que emitió mi despacho. Tanto así que se comprometieron al pago en la multa y en la actualidad se están efectuando las restituciones del inmueble, cumpliendo lo que ellos conocieron por nuestro despacho (...)”

- ✓ A folios 501 a 504 obra el correspondiente informe pericial rendido por la perito MARIA TERESA RESTREPO NADJAR, quien fuere designada como perito economista en el auto que da apertura del período probatorio, dicho peritazgo contiene lo siguiente:

“OBJETO DEL DICTAMEN. Determinar 1- Según el monto de la inversión realizada en la adquisición de los dos inmuebles, incluyendo los gastos de los estudios, diseños, trámite y pago de la licencia de construcción, para generar el proyecto inmobiliario denominado Casa Media Luna, y la inversión hecha en obras para generar el estado de los inmuebles, hasta el día 12 de diciembre de 2008, fecha de suspensión de las obras; determinar el lucro cesante y la indexación de dichas inversiones hasta la fecha de la prueba; 2- Certifique el valor del metro cuadrado para la venta a terceros, en esa clase de proyecto en el mes de diciembre de 2008, y si hay o no depreciación del valor del mismo, para la época de presentación de la presente demanda; 3- Determine todos los perjuicios materiales que se le han causado al señor Byron López Salazar, con base en la suspensión de las obras y la demora que esto genera en el costo, desarrollo, culminación del proyecto y su comercialización, la variación de los costos del mismo desde el 12 de diciembre de 2008, hasta la fecha de la prueba, y la determinación del costo total final necesarios para la culminación total de la obra, en relación con el costo inicialmente proyectado.”

Para el efecto, el perito en su dictamen manifiesta que la ocupación del inmueble es de 1.626.83 metros cuadrados que es el total del área proyectada para la restauración y el valor del metro cuadrado es de \$6.250.000 para un total de \$10.167.687.500; y, a su vez cuantifica perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, en total de CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROSCIENTOS SESENTA Y DOS MIL CUARENTA Y NUEVE PESOS MCT. (\$54.374.462.049).

8. Del caso en concreto

Al actor le fue iniciado proceso sancionatorio, el cual se identifica con el radicado N° 0018 del año 2007 por el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, el cual culmina en el año 2008 con la resolución 0181 de ese año, imponiendo sanción al contratista BYORN LOPEZ SALAZAR, equivalente a multa en cantidad de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2008.

Como se expresó al precisar el marco normativo y jurisprudencial aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio adoptado por la entidad demandada; este corresponde al previsto por la resolución N° 0725 de 2003 por ser la que estaba vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos que originaron la investigación.

De las copias auténticas arrimadas al expediente de todo el proceso sancionatorio radicado N° 0018 de 2007 iniciado por el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias en contra del señor Byron López Salazar, se tiene que dicho procedimiento administrativo sancionatorio fue iniciado mediante auto de fecha 07 de septiembre del año 2007¹⁸.

Conforme al artículo 7° de la resolución N° 0725 de 2003, el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena debió sujetarse a los siguientes lineamientos:

“ARTICULO SEPTIMO: INICIACION DEL TRAMITE SANCIONATORIO: EI competente iniciará el trámite sancionatorio mediante comunicación escrita al

¹⁸Véase folios 244 a 245 del expediente

afectado, a través de correo certificado, informándole sobre la existencia y objeto del mismo, así como el plazo concedido para sus explicaciones el cual no deben ser inferior a tres días ni superior a siete días hábiles contados a partir de la certificación de entrega por parte de la empresa de correos.

La comunicación deberá contener como mínimo:

- e) Descripción de los motivos u hechos (sic) que puedan generar la posible sanción.*
- f) Los fundamentos legales que soporten los hechos descritos.*
- g) El señalamiento de la causal en que eventualmente se encuentre incurso.*
- h) La indicación del plazo que se le otorgue y el derecho que le asiste de brindar explicaciones, pedir pruebas o allegar las que considere pertinentes.*

Una vez obtenidas las explicaciones y pruebas, el funcionario competente decretará de oficio la práctica de las que estime procedentes o aquellas otras que le hayan sido requeridas, siempre que sean conducentes y pertinentes, en un plazo no superior a treinta días hábiles.

En caso que el encartado no presente explicaciones ni allegue pruebas dentro del plazo concedido, se dejará constancia por escrito que el implicado conocía de la iniciación del trámite sancionatorio en su contra y como prueba se copia del medio al expediente a través del cual fue surtida la comunicación. "Negrillas nuestras.

A folio 170 del expediente se encuentra anexa la resolución N° 011 sin fecha suscrita por la Profesional Universitario de la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, mediante el cual se ordena citar a los señores BAYRON LOPEZ SALAZAR como propietario y al señor ALONSO ALZATE como arquitecto responsable, a fin de rendir descargos dentro del proceso sancionatorio radicado N° 0018 de 2007 iniciado en contra del señor LOPEZ SALAZAR.

Posteriormente se elaboran por parte de la misma entidad, los correspondientes oficios de notificación a los señores antes citados de fecha 13 de diciembre de 2007, en el cual se puede evidenciar que colocan como lugar de notificación la siguiente: "Barrio Getsemaní Calle de la Media Luna con calle de la Sierpe esquina N° 9-02, 29-28 A 29-76.", en otras palabras, ordenaron notificar en el lugar de la obra.

Igualmente no se evidencia dentro del plenario, como lo requiere la norma, que dicha comunicación haya sido enviada por correo certificado, solo a folio 171 en donde se

encuentra la comunicación enviada al señor BAYRON LOPEZ SALAZAR, se evidencia una anotación manuscrita a puño y letra que dice: “Envío correo certificado”, sin existir en todo el material probatorio recaudado constancia del mismo.

De las situaciones antes relatadas, fuerza a esta Sala a concluir que el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, sin lugar a dudas incurrió en violación al debido proceso al no llevar a cabo el procedimiento para comunicar al investigado el inicio de la investigación y para pedirle rendir los descargos, conforme lo establecido en la resolución N° 725 de 2003 en su artículo 7° pues como ha quedado visto mediante la resolución N° 011 sin fecha suscrita por la Profesional Universitario de la División de Patrimonio del Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena de Indias, se ordena citar a los señores BAYRON LOPEZ SALAZAR como propietario y al señor ALONSO ALZATE como arquitecto responsable, a fin de rendir descargos dentro del proceso sancionatorio radicado N° 0018 de 2007 iniciado en contra del señor LOPEZ SALAZAR, no siendo este el procedimiento que indica que debe seguirse por el artículo 7 de la resolución N° 0725 de 2003, pero además y que quizás es lo más importante, el oficio de notificación al señor Byron López de fecha 13 de diciembre de 2007, visible a folio 171, donde le ponen en conocimiento del inicio del proceso sancionatorio y le piden que rinda sus respectivos descargos, se viola el debido proceso, porque se le concede solamente un plazo de dos (2) días hábiles a partir del recibo de dicho oficio para que rinda sus explicaciones, siendo que el artículo 7° de la resolución N° 0725 de 2003,. Claramente establece que el plazo para rendir descargos **“no deben ser inferior a tres días ni superior a siete días hábiles contados a partir de la certificación de entrega por parte de la empresa de correos”**.

Es decir que se le disminuyó el plazo que tenía el investigado para rendir sus explicaciones violando de esta manera el debido proceso y su derecho a la defensa y por consiguiente no le queda más alternativa a la Sala que declarar la nulidad de las resoluciones 181 del 16 de Diciembre de 2008 y la que pone fin a la procedimiento administrativo sancionatorio N° 0018 de 2007 y que impone sanción al demandante

equivalente a multa por cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y la resolución 0037 del 29 de abril de 2009 que agota la vía gubernativa.

9. De la indemnización de perjuicios

9.1. Perjuicio Material

La parte demandante solicita que se reconozca perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

De lo probado en el expediente se tiene, que el demandante aporta el material probatorio tendiente al reconocimiento y pago del perjuicio material en modalidad de daño emergente, entendiéndose éste como todas aquellas erogaciones o salidas del patrimonio económico del demandante a fin de costear para el caso en concreto, el pago del valor de la sanción impuesta por la Resolución N° 181 de 2008 equivalente a cien (100) salarios mínimos, que para la época de los hechos era el equivalente a CUARENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MCT. (\$46.150.000.00).

A folio 394 del expediente obra oficio de fecha 01 de Junio de 2010 suscrito por la Profesional Universitario de la División de Patrimonio del IPCC mediante el cual le informa al señor JORGE ALVAREZ ARROYAVE apoderado de BYRON LOPEZ al fórmula de pago dispuesta por la entidad, en virtud del acuerdo de pago solicitado por el apoderado del demandante.

En dicho oficio se evidencia que la fórmula propuesta consiste en siete (7) cuotas pagaderas durante los cinco primeros días de cada mes, comenzando desde el mes de Junio de 2010 hasta el mes de Diciembre del mismo año, en cuantía equivalente a SEIS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS SESENTA PESOS MCT. (\$6.592.860.00).

En los infolios 395 a 397 y 425 a 428 obran las correspondientes constancias de pago por el valor y en los términos del acuerdo de pago anteriormente transcrito.

Igualmente a folio 466 se encuentra oficio N° DIV-PAT-191-11 de fecha 8 de marzo de 2011 suscrito por la Profesional Especializado de la División de Patrimonio del IPCC, dirigido al propietario de la obra Casa de la Media Luna, mediante el cual informa que se encuentra a paz y salvo con ocasión al pago de la multa impuesta mediante Resolución sancionatoria N° 181 de 2008, confirmada en Resolución 037 de 2009 dentro del proceso administrativo sancionatorio radicado N° 00108 de 2007, por violación de las normas urbanísticas que protegen el Centro Histórico y su área de influencia y periferia.

Así las cosas la Sala procede a realizar la actualización de la cantidad pagada por el demandante impuesta en la pluricitada resolución N° 181 de 2008, equivalente a CUARENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS MCT. (\$46.150.000.00)

R = Rh x I final

I inicial

Dónde:

I Inicial: IPC del mes de Diciembre 2008 (100.00)

I Final: IPC del mes de agosto 2013 (113.80)

R: Renta actualizada

$$R = 46.150.000.00 \times \frac{113.80}{100.00}$$

$$R = 46.150.000.00 \times 1.1389$$

$$R = \$52.503.290.00$$

Hecha la anterior actualización precisa la Sala que se le reconocerá al demandante por concepto de perjuicio material en modalidad del daño emergente consistente en lo que efectivamente pagó el demandante BYRON LOPEZ SALAZAR, la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MCT. (\$52.503.290.00).

9.2. Perjuicio moral

En el libelo de la demanda se busca la condena de la entidad demandada y, consecuentemente el pago por perjuicios morales la suma de \$400.000.000.00 de pesos a favor del actor BAYRON LOPEZ SALAZAR

De las pruebas arrimadas por el demandante y las decretadas por esta Corporación se tiene que no se encuentra probado que el actor dentro del proceso de la referencia haya sufrido un daño moral con la expedición de las resoluciones aquí demandadas y de las cuales, como ya se dijo, se procederá a declarar su nulidad, máxime no encuentra la Sala pruebas que la lleven a conceder el correspondiente perjuicio moral, por consiguiente se negará.

X. DE LAS COSTAS

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

XI. 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 la nulidad de las resoluciones 181 del 16 de Diciembre de 2008 y resolución 0037 del 29 de abril del año 2009, que dio fin al proceso administrativo sancionatorio iniciado por el IPCC en contra del señor BYRON LOPEZ SALAZAR y que le impone sanción equivalente a multa de 100 smlmv; y, que pone fin a la vía gubernativa, respectivamente, por lo expuesto en las consideraciones de la presente providencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento **CONDENAR** al INSTITUTO DE PATRIMONIO Y CULTURA DE CARTAGENA DE INDIAS – IPCC a reconocer y pagar, por perjuicio material a favor del señor BYRON LOPEZ SALAZAR la suma equivalente a CINCUENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MCT. (\$52.503.290.00), conforme lo dicho en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARESE la falta de legitimación en la causa por pasiva del demandado DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, 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.

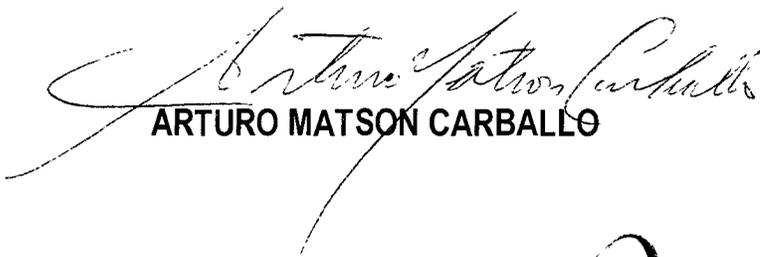
SEXTO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

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

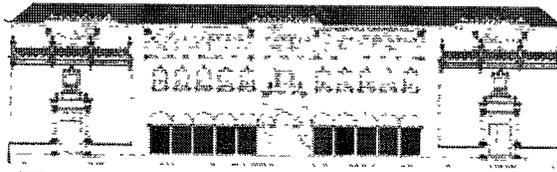

ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

Nota Las presentes firmas corresponden a la sentencia del 27 de Septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión No 003, en el proceso radicado con número N R 004-2009-00616-01 en el cual actúa como actor el señor BYRON LOPEZ SALAZAR y como entidad demandada el DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS

DD 001



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1246
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: SHELL COLOMBIA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2005-02443-01
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

f. 321 a 333
(2.0)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente : Arturo Matson Carballo

SENTENCIA No. 278720131

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

TEMA: Decomiso de mercancía.

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: No.13-001-33-31-003-2005-02443-01

II. PARTES

Demandante: SHELL 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 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 veintiocho (28) de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de descongestión 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 00048 (765) del 27 de abril de 2005 proferida por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se define la situación jurídica de una mercancía aprehendida.
- Resolución 1424 del 22 de julio de 2009 proferida por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por la cual se resuelve el recurso de reconsideración, interpuesto en contra de la resolución 00048 (765) del 27 de abril de 2005, confirmándose el decomiso de la mercancía.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la nulidad de las anteriores resoluciones, se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales reembolsar el valor de la mercancía decomisada , junto con los intereses comerciales corrientes, y corrección monetaria liquidados hasta la fecha que se efectúe el pago.

TERCERO: Se condene a la demandada a resarcir los perjuicios sufridos por la demandante, y se pague el daño extrapatrimonial por la suma de (\$30.000.000.00), que de igual forma se condene en costas a la demandada.

HECHOS

La sociedad demandante procedió a la importación de unos productos los cuales venían identificados de la siguiente forma; el primero de ellos “*Shell Vis 260, en una cantidad de 12 bultos*” y “*Shell Vis 50 en una cantidad de 2 bultos*”, ambos arribaron al puerto de Cartagena en el mismo container.

No obstante la conformidad del arribo de la mercancía en bultos, frente a la orden de compra, la factura comercial, y el conocimiento de embarque, la Sociedad de Intermediación Aduanera JOSE MANUEL DIAZ AVILA SIA & CIA S. EN C, solicitó de manera voluntaria a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena el repeso de la mercancía, arrojándose una diferencia de 1.028 kg, es decir la mercancía llegó con la

cantidad de bultos declarados, pero con un mayor peso, pues el peso consignado en las declaraciones de importación era de 4.082 kilogramos, y llegó a la aduana con un peso de 5.110 kilogramos.

El declarante presentó las respectivas declaraciones de importación, encontrándose que la cantidad de la mercancía importada fue la efectivamente declarada, existiendo solo una diferencia en el peso de la mercancía, aplicando la administración de aduanas la causal de aprehensión y decomiso establecida en el numeral 1.3 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 1232 de 2001.

La mercancía estaba amparada por sendas declaraciones de importación, en donde se dejó expresado que la presentación de la mercancía era en pallets (bultos), no incurriéndose ni en errores ni en omisiones respecto de la descripción de la mercancía, por consiguiente los actos administrativos demandados son equívocos, pues infringen la normatividad aduanera circunstancia que implica un grave perjuicio al buen nombre y a la buena imagen de la sociedad demandante.

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 Política artículos 2, 4, 6, 29, 83 y 85.
- Código contencioso administrativo artículo 2.
- Decreto 2685 de 1999 artículos 232 literal (e), artículo 232-1 literal (a), artículo 502 numeral 1.3.

La Administración de Aduana vulneró la disposición transcrita habida consideración de que en su calidad de entidad Estatal no garantizó la efectividad del derecho al debido proceso, el postulado de la buena fe, así como los derechos que le asisten a la

sociedad que apodero en el ejercicio de su actividad de importador de mercancías al territorio nacional.

De igual forma incumplió su deber constitucional de garantizar la promoción de la prosperidad general, como quiera que mediante la expedición de las resoluciones cuya nulidad se demanda la entidad accionada restringe de manera ostensible la actividad de comercialización de la sociedad demandante.

Es claro que los actos administrativos de la referencia resultan en abierta contradicción con las normas de orden constitucional y legal que regulan el tema tratado, habida consideración de que no existe una sola disposición de orden constitucional, legal y reglamentario, de las que integran el ordenamiento jurídico Colombiano, que prescriba como ilegal la conducta desplegada por la sociedad que demandante durante el proceso de importación al territorio nacional de las mercancías objeto del proceso.

Por esa vía ha sido desconocido el principio de reserva o legalidad, que hace parte integrante del núcleo del derecho al debido proceso, establecido mediante norma de rango constitucional.

En el caso que nos ocupa fue promovida una actuación administrativa en contra de la sociedad demandante con base en un supuesto de derecho inexistente, toda vez que, se reitera, no existe una norma en el ordenamiento jurídico Colombiano que prescriba como antijurídica la conducta desplegada por SHELL COLOMBIA S.A.

Es evidente que el régimen de importación de mercancías en bultos al territorio nacional no consagra como ilegal el procedimiento adelantado por la sociedad que apodero para efectos de importar legalmente al país dicha mercancía, como quiera que no existieron sobrantes en el número de bultos ingresados al territorio nacional frente a los consignados en las declaraciones de importación presentadas ante la autoridad aduanera.

La administración de Aduanas intenta aplicar en el caso que nos ocupa, con el fin de decomisar la mercancía, disposiciones legales correspondientes al régimen de importación de mercancía a granel, proceder que ciertamente el Derecho no puede prohijar.

Es claro que por expresa disposición legal, así como por vía jurisprudencial, se ha venido sosteniendo que el principio de reserva o de legalidad establecido en la Constitución Política como elemento integrante del derecho fundamental al debido proceso tiene aplicación en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que sus principios orientadores regulan las actuaciones de la administración.

Adicionalmente, es del caso destacar la posición que ha adoptado la Honorable Corte Constitucional respecto del debate jurídico que nos ocupa. Esta Corporación, desarrollando fielmente la responsabilidad que implica la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ha encaminado su actividad a tutelar armónicamente los principios que incorpora el postulado del derecho fundamental al debido proceso, advirtiéndose fácilmente en sus providencias uniformidad de criterio.

De otra parte es preciso señalar que constituye igualmente vulneración al derecho al debido proceso de la sociedad SHELL COLOMBIA S.A. el hecho conforme al cual la administración de aduanas adoptó la decisión de aprehender la mercancía, dando inicio a la actuación administrativa, con apoyo en la causal prevista por el artículo 5 del decreto 2628 de 2001; y posteriormente en curso de la misma actuación administrativa incluyó una nueva causal para efectos de adoptar la decisión de decomisar la mercancía objeto de la aprehensión.

En efecto inicialmente la administración decidió aprehender la mercancía alegando que la sociedad SHELL COLOMBIA S.A. supuestamente no la habría PRESENTADO a la autoridad aduanera; y posteriormente adoptó la decisión de decomisar la mercancía alegando que la sociedad que apodero supuestamente no la habría PRESENTADO ni DECLARADO a la autoridad aduanera, introduciendo de manera sorpresiva un nuevo elemento dentro de la actuación administrativa sancionatoria.

La conducta de la administración indudablemente atenta contra la seguridad jurídica que en la actuación administrativa se debe preservar en beneficio de las partes intervinientes en la misma. Incluir una nueva causal de imputación restringe la posibilidad a la sociedad demandante de ejercer su derecho a controvertir la decisión de la administración, vulnerando por contera su derecho al debido proceso.

En el caso que nos ocupa, habida cuenta de que se vulneró el derecho al debido proceso al haberse dispuesto el decomiso de la mercancía sin una previa descripción de la conducta como punible, y además fue incluida una nueva causal de imputación con posterioridad al inicio de la actuación administrativa, se vulneró por contera el artículo 85 de la Constitución Política.

En efecto, tal como ha sido expuesto a lo largo del presente libelo genitor la sociedad que apodero efectuó la introducción al país de una mercancía en bultos, regulada por unas determinadas disposiciones legales. En ese orden de ideas eran esas determinadas disposiciones las que debía aplicarse por parte de la autoridad aduanera dentro del proceso de introducción de la mercancía al territorio nacional, y no otras como sucedió en el caso que nos ocupa.

La administración de aduanas partió de considerar la existencia de una realidad fáctica diferente a la que realmente se estaba desarrollando, como era el hecho de haberse importado la mercancía en bultos y no a granel, y terminó instruyendo una actuación administrativa contraria a derecho.

Ahora, es igualmente evidente que las disposiciones aduaneras regulan el tema atinente al sobrante de bultos, obviamente respecto de importaciones de mercancías en bultos; y no el exceso de peso respecto de importaciones de mercancías en bultos, por cuanto este último concepto es un tema relacionado exclusivamente con la importación de mercancías a granel.

En ese orden de ideas no resulta de recibo que la administración de aduanas decomise una mercancía importada en bultos por la sociedad demandante, con

ocasión de un exceso de peso de los aludidos bultos. Resulta incuestionable que existe una interpretación errónea de la realidad así como de las normas que regulan esa realidad fáctica.

La sociedad demandante presentó y declaró la mercancía a la autoridad aduanera, conforme las disposiciones lo enseñan. El hecho de haber informado el peso resultante, lo cual no constituía una obligación, es consecuencia de la buena fe que SHELL COLOMBIA S.A. despliega en todas sus actuaciones dentro y fuera del territorio nacional.

Ahora bien, el hecho de que la mercancía arribada en bultos hubiera presentado un cierto peso, no convierte la importación que nos ocupa en un tema regulado por las disposiciones relacionadas con la introducción al país de mercancía a granel.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (Folio 100 a 116)

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 encontrar que la mercancía ingresada al territorio nacional presentó un mayor peso al declarado, se configuró una causal de aprehensión.

La importación es la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, según definición establecida en el Artículo 117 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 4431 de 2004.

El artículo 87 ibídem que la obligación aduanera nace por la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional y que de conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras según el artículo 3° del mismo Decreto; el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga

internacional, el depositario, intermediario y el declarante, siendo la obligación de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono, la aprehensión y decomiso.

Conviene precisar en primer lugar que la legal introducción y permanencia de una mercancía extranjera en el territorio aduanero nacional se establece verificando el cumplimiento de los requisitos legales que se exigen para su presentación y declaración ante las autoridades aduaneras y en consecuencia si frente a esa mercancía se da alguna de las causales que señala el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 1232 de 2001, procederá su aprehensión y decomiso, por ello es preciso citar algunos conceptos abajo definidos:

El objeto de la actuación administrativa fue establecer si efectivamente frente a la mercancía aprehendida mediante Acta No 0054 COMEX de Marzo 18 de 2005, se configuró la causal de aprehensión 1.3 del Artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, en concordancia con el Artículo 232 ibidem. En la inspección de la mercancía con documento de transporte B/L No 006298; Manifiesto de Carga No 062005100000324 del 27 de Enero de 2005 se constató que tenía como destinatario a SHELL COLOMBIA S.A., y como declarante JOSÉ MANUEL LÓPEZ AVILA SIA S en C.

La División de Fiscalización Aduanera de esta Administración decomisó las mercancías por considerar que se estructuró la causal prevista en el numeral 1.3 del art. 502 del Decreto 2685 de 1.999, en concordancia con el artículo 232 del mismo Decreto, por cuanto al inspeccionar la mercancía relacionada en el Manifiesto de Carga No 062005100000324 del 27 de Enero de 2005 y Documento de Transporte B/L No 006298 consignado a nombre de SHELL COLOMBIA S.A., realizado el repesaje del contenedor por parte del declarante se detectó carga en exceso respecto de la amparada en el documento de transporte.

Se reitera en el presente caso, que con relación a la mercancía objeto de esta investigación se incumplió con los lineamientos establecidos en los artículos anteriores para que se presentara ante la autoridad aduanera y finalizara con la

legalización de la misma; toda vez que tal como lo señaló el funcionario aprehensor mediante Acta No. 0054COMEX del 18/03/05 el declarante, luego de reconocer y detectar un exceso en el peso de la mercancía a nacionalizar, no informó dentro de la oportunidad establecida por la autoridad aduanera la inconsistencia, sino trece (13) días después de percatarse del exceso o reconocimiento de la misma. En consecuencia, fue objeto de aprehensión, como en efecto ocurrió al elaborarse la citada Acta de Aprehensión, bajo la causal de aprehensión y decomiso previstas inicialmente.

La Declaración de Legalización No. 07500270070894 del 21/02/05 con la cual pretendió subsanar lo acaecido, no obtuvo el respectivo levante, ya que no cumplía con el lleno de los requisitos exigidos por la autoridad aduanera, tal como se deduce de las explicaciones dadas por el funcionario aprehensor.

Para entrar a estudiar los eximentes de responsabilidad expuesto por las recurrentes SHELL COLOMBIA S.A. y la Sociedad de Intermediación Aduanera JOSÉ MANUEL DÍAZ AVILA SIA & S en C, es necesario hacer el análisis frente a las pruebas existentes dentro de la investigación y sobre las cuales se fundamentó la Administración para su pronunciamiento, en consecuencia se observa que mediante oficio 006197-00311 de Abril 13 de 2005 dirigido a la Jefe de Fiscalización Aduanera, suscrito por el Jefe de Grupo Interno de Importaciones de la División del Servicio al Comercio Exterior, ambas de esta Administración, donde se le informa:" Anexo al presente, me permito remitir el insumo No 000131 del 22 de Marzo de 2005 en (14) folios; correspondiente al Acta de Aprehensión 0054 COMEX del 18 de Marzo del año en curso, debidamente diligenciado. Lo anterior con el fin de seguir el curso del trámite respectivo).

Vista la Declaración de Importación (Legalización) con número de stickers 0760027007080 Bancolombia recibido de pago 2005 Feb. 21 Importador: SHELL COLOMBIA S.A; Declarante: JOSÉ MANUEL DÍAZ AVILA SIA & CÍA S en C. donde se aprecia: en la casilla 70 Peso Bruto Kgs 1.028 : Casilla 73 No de Bultos 1 : Casilla 89 Descripción de la mercancía Nombre Comercial: SHELLVIS 50. USO: MATERIA

PRIMA PARA LA FABRICACIÓN DE ME JURADORES DE VISCOSIDAD.
PRESENTACIÓN: MATERIA PRIMA SOLIDA. 1PALET EN 1X20" IPXU-31061|-8; en la casilla 79. cantidad de bultos 1x20, casilla 114 Levante (espacio sin diligenciar). .

En el B/L 0006298 se consigna: 1 CONTAINER de 20% con: S.L.A.C: 14 PLTS 12 PLTS W/F MIX; 135 PCS OF MIX; 200 MIX SYSTEM para un total de 9.000 Lbs; 4.082 Kgs igual peso de la mercancía relacionada en la Factura No 9144751 de Junio 13/ 2005. (folio 41)

Todos estos documentos analizados con anterioridad nos demuestran con una claridad meridiana que efectivamente sobre las mercancías embarcadas en el contenedor de 20" con No IPXU310618-8, amparado con el B/L 00062980 y sobre los cuales se practicó repesaje, solicitado por las accionantes, se encontró CARGA EN EXCESO, si se observa que el resultado con relación al B/L descrito con antelación ampara 4.082 Kls; el repeso S.P.R.C. arroja 5.110 Kls resultando una diferencia de 1082 Kilos, AMEN de la extemporaneidad presentada en el tiempo para el aviso a la Administración. Sobre el resultado del repesaje por parte de la S.P.R.C. y el cual fuera legalmente advertido por el funcionario aduanero en el momento de ejercer el control sobre las mercancías sometidas a inspección para el levante de las mismas, mediante la presentación de la declaración de importación (legalización) con stickers No 07600270070894 de fecha Febrero 21 de 2005, de donde es fácil advertir que el pronunciamiento de la División de Fiscalización Aduanera de esta Administración se hizo ateniendo las circunstancias que rodearon los hechos y por lo tanto la mercancía con el exceso, y la extemporaneidad en la presentación del informe del mismo, de conformidad al repesaje practicado por la S.P.R.C. necesariamente apuntaba a que el Despacho al evidenciar las causales de aprehensión y el incumplimiento, motivara el Acto Decomiso, que hoy se recurre a través de la interposición de los recursos de Reconsideración.

Se resalta el hecho de que en el cuerpo del Acto de Decomiso No000765 de Abril 27 de 2005 se manifieste que : " Dentro del término establecido en el artículo 505-1 del Decreto 2685, adicionado por el artículo 14 del Decreto 4431 de 2004, los interesados

no presentaron el Documento de Objeción a la Aprehensión a través del cual se pudiera demostrar la legal introducción o permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional o se desvirtuara el hecho que-generó la aprehensión." ; Razón suficiente para que no les prospere, su dicho.

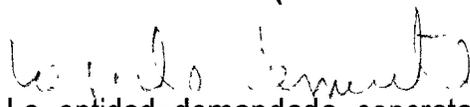
Sobre el entendido de que los recurrentes en sus argumentos advierten que la mercancía llegó en BULTOS y no al GRANEL y que por lo tanto la misma debe ser legalizada en BULTOS. Además de que la Entidad no podía motivar su decisión en el hecho de EXCESO en la mercancía reiterando por una y otra vez que está llegó en bultos y no al granel.

C. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Folio 275-291)

En la sentencia de primera instancia él A quo negó las pretensiones de la demanda, concretamente consideró que se configuró efectivamente la situación de mercancía no presentada según lo preceptuado en el artículo 232 del Decreto 2685 de 1999 literal e. lo anterior en concordancia con la causal de aprehensión y decomiso del artículo 502 del mismo decreto, pues efectivamente ingresó al territorio nacional una mercancía que no había sido declarada.

En conclusión, la juez de primera instancia no encontró desvirtuada la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados dentro del presente proceso.

D.LA APELACION (Folio 292 a 294)


La entidad demandada concretamente en su recurso de apelación presentó los siguientes argumentos:

"1). Sea lo primero destacar que el despacho en sentencia de fecha 28 de septiembre de 2012, no tuvo en cuenta el proceder de Buena Fe de la, sociedad SHELL COLOMBIA S.A., debido que la sociedad de intermediación aduanera JOSÉ MANEUL DÍAZ AVILA SIA & CÍA S. en C., debidamente autorizada por la sociedad que

apodero, solicito de manera voluntaria a la sociedad portuaria de Cartagena el reposo de 12 bultos (Packages) del producto denominado Shellvis 260 y 2 bultos (Packages) del producto denominado Shellvis 50. La emisión de la factura aludida se efectuó de conformidad con lo solicitado por la sociedad que apodero mediante orden de compra No. 1229/6135.

2). El día 15 de febrero de 2005, el representante en la ciudad de Cartagena de la sociedad de intermediación aduanera JOSÉ MANUEL DÍAZ AVILA SIA & CÍA S. en C., obrando de buena fe, remitió a la División de Servicio al Comercio Exterior de la DIAN - Cartagena una comunicación donde informaba que se había encontrado una diferencia en el reposo de 1.028 kilos.

3). Como resultado de la información suministrada a las autoridades competentes, el 18 de marzo de 2005, los funcionarios de la División de Servicios al Comercio Exterior de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, procedieron a aprehender 919.82 Kg del producto denominado "Shellvis 50. Materia prima para la fabricación de mejoradores de viscosidad, producto derivado del estireno y sopreno hidrogenado.

4). La mercancía aprehendida permaneció bajo custodia en las bodegas de la sociedad ALMAVIVA S.A., como consta en el documento DIAM 3106010865 con fecha de depósito el 18/03/05 y fecha de avalúo 18/03/05. El avalúo de dicha mercancías fue por el valor de \$ 11.981.072 pesos.

5). La sociedad de intermediación aduanera JOSÉ MANUEL DÍAZ AVILA SIA & CÍA S. en C., debidamente autorizada por la sociedad SHELL COLOMBIA S.A., no se apropió ni ocultó dicho exceso, pues no incurrió en maniobras clandestinas para evitar que las autoridades se enteraran de su existencia, ya que estas lo conocieron, precisamente, por el aviso dado por la misma sociedad informando que en el reposo realizado existía un exceso de mercancías.

6). En ese contexto es claro que el excedente no fue encontrado por la DIAN de Cartagena sino puesto en su conocimiento y a su disposición por la sociedad de

intermediación aduanera JOSÉ MANUEL DÍAZ AVILA SIA & CÍA S. en C., debidamente autorizada por la sociedad SHELL COLOMBIA S.A., razón por la cual no puede calificarse de mercancía decomisada como mercancía no declarada por la sociedad que apodero, ni resulta de aplicación el precepto con apoyo en el cual se profirió la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 2 Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que desestimó las pretensiones de la demanda.

7). Con los anteriores hechos, junto con el aviso sobre la existencia del exceso de mercancías no amparada por la factura comercial o el conocimiento de embarque a las distintas autoridades, la sociedad que apodero demuestra que, además de no ser mercancía de su propiedad, actuó con total buena fe y carencia absoluta de dolo o intencionalidad en la conducta que eventualmente tipificaría infracción al régimen de aduanas.

8). Los actos administrativos demandados catalogan a la sociedad que apodero sin lugar a equívocas, como infractora de las disposiciones aduaneras, ocasionando un grave perjuicio al buen nombre y a la buena imagen de la sociedad SHELL COLOMBIA S.A.

9). Igualmente, con todos y cada uno de los anexos y pruebas acompañados con la demanda se demuestra claramente la conducta diligente, oportuna y ajustada a la ley de la sociedad que apodero, el demostrar antes la autoridades la mercancía recibida en exceso.

Sobre la base de lo anotado, solicito respetuosamente se sirva REVOCAR la sentencia de fecha 28 de septiembre de 2012 y en consecuencia se acojan en su totalidad las pretensiones de la demanda dentro del proceso de referencia.”

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 6 de mayo de 2013, se admitió el recurso de apelación.
- Por auto posterior de fecha 30 de julio 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 Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

2. Síntesis del caso.

En el presente asunto lo que pretende la sociedad demandante es que se declare la nulidad de unos actos administrativos expedidos por la DIAN, por medio de los cuales se resuelve el decomiso de una mercancía, ya que a juicio de la administración de aduanas la mercancía no se encuentra amparada por una declaración de importación, por lo tanto tiene la mercancía decomisada como no presentada y no declarada, puesto que llegó la mercancía importada con un peso mayor al peso declarado.

Por su parte la Sociedad demandante manifiesta que la mercancía objeto de decomiso si fue ingresada al territorio Nacional en debida forma, puesto que la mercancía fue correctamente declarada pagando los tributos correspondientes, pues el número de paquetes recibidos fue el número inicialmente declarado a pesar de la

inconsistencia en el peso, situación que fue evidenciada con ocasión de la solicitud de repeso presentada por la demandante ante la administración de aduanas.

Indica la demandante que se le vulneró el derecho al debido proceso pues nadie puede ser juzgado sino previo a las normas preexistentes, y en el caso bajo estudio no existe norma que sancione el exceso en el peso de la mercancía cuando esta ha sido recibida en la cantidad de paquetes declarados, además que la mercancía debe ser recibida como bulto y no a granel, siendo que no puede ser relevante el peso de la mercancía recibida como bulto, caso diferente es la relevancia en el peso cuando la mercancía es recibida a granel.

Para la demandante a pesar de existir todas las pruebas tendientes a comprobar la legalidad del ingreso de la mercancía al país, la DIAN procedió al decomiso arbitrario de la misma, por ello estima la parte actora que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad.

En la sentencia de primera instancia el A quo negó las pretensiones de la demanda, concretamente consideró que se configuró efectivamente la situación de mercancía no presentada según lo preceptuado en el artículo 232 del Decreto 2685 de 1999 literal e. lo anterior en concordancia con la causal de aprehensión y decomiso del artículo 502 del mismo decreto, pues efectivamente ingresó al territorio nacional una mercancía que no había sido declarada, pues se declaró una mercancía con un peso y se recibió una mercancía con un peso mayor al declarado.

Alega principalmente la parte demandante en su recurso que, los actos administrativos demandados son nulos por cuanto atentan contra el buen nombre de la sociedad Shell Colombia, ya que dicha sociedad en todo momento actuó de buena fe al solicitar el repeso de la mercancía, y al comunicar a la aduana la existencia de un sobrepeso y un exceso en la mercancía, por consiguiente por su buen actuar no se le debió sancionar.

3. Problema jurídico a resolver.

El problema jurídico principal se concreta en determinar si los actos administrativos de decomiso de mercancía expedidos por la DIAN se encuentran o no ajustados a derecho, estableciendo concretamente como primera medida si existió o no un exceso en el peso en la cantidad de mercancía declarada, y en el caso que se evidencie la existencia de sobrepeso, establecer si el mismo era causal de decomiso de la mercancía ingresada en exceso.

Otro problema jurídico a resolver es; que si por el hecho de haber sido la sociedad demandante quien puso en conocimiento de la DIAN la existencia de un exceso de peso en la mercancía, ello significaría que por el principio de la buena fe, no hay lugar a la aplicación de la sanción de decomiso de la mercancía.

4. Caso Concreto.

La parte actora argumenta en su demanda la violación al derecho al debido proceso, pues a su juicio su conducta no estaba tipificada como causal de decomiso de la mercancía, al respecto cabe entonces señalar primeramente que el artículo 29 de la Carta Política dispone que el debido proceso debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, es decir que obliga no solamente a los jueces sino también a los organismos y dependencias de la administración pública.

El debido proceso administrativo consiste en que los actos y actuaciones de las autoridades administrativas deben ajustarse no sólo al ordenamiento jurídico legal sino a los preceptos constitucionales. Se pretende garantizar el correcto ejercicio de la administración pública a través de la expedición de actos administrativos que no resulten arbitrarios y, por contera, contrarios a los principios del Estado de derecho, ello en virtud de que toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

De la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos, a no ser sancionados dos veces por el mismo hecho y en fin a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.

Sobre el debido proceso administrativo la Corte se ha manifestado en reiteradas oportunidades y ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cubija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares y a los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos. Conviene recordar lo que sobre el punto ha precisado esa Corporación:

“La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata (artículo 85) y consignada, entre otras, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 10 y 11), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclamada el mismo año (artículo XXVI) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, Artículos 8 y 9), no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, como parece entenderlo el juzgado de primera instancia, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal; el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características”.

“El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda -legítimamente- imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales”.¹

Parte de lo que tiene que ver con el debido proceso es entonces el que se hayan aplicado correctamente las disposiciones legales respectivas, por lo que la Sala considera importante precisar también cual era el régimen legal que debió aplicar la DIAN en el caso bajo examen, es decir la normatividad relativa al decomiso de mercancías.

En tal sentido tenemos como primera medida, que los hechos que motivaron la actuación administrativa que culminó con el decomiso de mercancías de origen extranjero del demandante, ocurrió el 18 de marzo de 2005, fecha en la cual se habría dado la aprehensión de las mercancías por parte de la División de Fiscalización aduanera de la DIAN, según se deduce del respectivo formato o Acta No. 0054COMEX que se halla anexado a folios 7 A 11 del cuaderno de pruebas.

En consideración a lo anterior se tiene que el marco legal que se tendrá en cuenta será el contenido en el Decreto 2685 de 1999, norma vigente al momento en que sucedieron los hechos que generaron el pronunciamiento de la administración. Esta normatividad, regula el tema relacionado con las causales de aprehensión y decomiso de mercancías y seguidamente el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones aduaneras.

Así por ejemplo, el artículo 502 de este Decreto, se tipifican las causales de aprehensión y decomiso de las mercancías y para lo que en este asunto nos interesa, a la sociedad actora se le atribuyó la prevista en el numeral 1.3 que a la letra reza:

¹Corte Constitucional. Sentencia T-460 del 15 de julio de 1992 M P José Gregorio Hernández Galindo.

“ARTICULO 502. CAUSALES DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE MERCANCÍAS.

Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

(...)

1.3. Cuando las mercancías sean descargadas sin que el transportador haya entregado previamente el Manifiesto de Carga a la autoridad aduanera o, el Agente de Carga Internacional no entregue el Manifiesto de la Carga Consolidada, o cuando el transportador y/o el Agente de Carga Internacional no entreguen los documentos de transporte que les corresponda, dentro de la oportunidad prevista en el artículo 96 del presente decreto.”

En concordancia con la norma arriba transcrita le fue aplicada a la demandante el artículo 232 ibidem, norma que a la letra dice:

“Se entenderá que la mercancía no ha sido presentada a la autoridad aduanera cuando:

(...)

No sean informados en la forma y oportunidad previstas en el artículo 98 del presente decreto, los sobrantes en el número de bultos, o los excesos en el peso de la mercancía a granel, respecto de lo consignado en el Manifiesto de Carga o en los documentos que lo adicionen, modifiquen o expliquen...”

Por su parte el artículo 232-1 del decreto 2685 de 1999, también argumentado por la DIAN en los actos administrativos de decomiso indica lo siguiente:

“Se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando:

- a) No se encuentre amparada por una declaración de importación.*
- b) No corresponda con la descripción declarada*
- c) En la declaración de importación se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía*
- d) **La cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración de importación.***

*Sin perjuicio de lo establecido en los numerales 4 y 7 del artículo 128 del presente decreto, siempre que se configure cualquiera de los eventos señalados en el presente artículo, procederá la aprehensión y decomiso de las mercancías. **Cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración, la aprehensión procederá sólo respecto de las mercancías encontradas en exceso...**”*

Para esta Sala es clara la norma que tipifica como causal de aprehensión y decomiso de una mercancía, el hecho que la misma sea ingresada al territorio nacional en exceso, no pudiendo existir interpretación especial alguna, pues el hecho del ingresar una mercancía en exceso es una acción administrativamente sancionable con decomiso, claro está que como bien lo dice la norma el decomiso recaerá exclusivamente sobre la mercancía ingresada en exceso.

En el caso bajo estudio al revisar el material probatorio, en especial las declaraciones de importación presentadas (folio 45 a 47 del cuaderno de pruebas), y el recibo del repeso de la mercancía en la Sociedad Portuaria de Cartagena, y cotejar los pesos consignados en dichos documentos, se encuentra que evidentemente existe una diferencia en el peso de la mercancía importada, pues al momento del repeso se encuentra un peso mayor al presentado en las declaraciones de importación,

configurándose por ese solo hecho a juicio de esta Sala una causal de decomiso de mercancía.

Para la Sala al cotejar la norma con la situación fáctica que se presenta, no existe duda de la existencia de una causal de decomiso de mercancía, independientemente que la mercancía sea tenida como bulto o mercancía a granel, al existir un peso mayor el declarado, se presenta una causal de decomiso de mercancía, por consiguiente en ese aspecto los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho.

En lo procedimental y una vez establecida la configuración de una causal de aprehensión y decomiso de mercancía, dispone el artículo 504 ibídem que, la autoridad aduanera debe expedir un **acta** que contenga, el lugar y fecha de la aprehensión, la causal de la aprehensión, la identificación del medio de transporte en que se moviliza la mercancía, cuando a ello hubiere lugar, la identificación y dirección de las personas que intervienen en la diligencia y de las que aparezcan como titulares de derechos o responsables de las mercancías involucradas; la descripción de las mercancías en forma tal que se identifiquen plenamente; cantidad, peso cuando se requiera, precio unitario y precio total de la mercancía, las objeciones del interesado durante la diligencia, la relación de las pruebas practicadas por la Administración o aportadas por el interesado durante la diligencia de aprehensión.

Estos primeros pasos del procedimiento vemos que en el caso bajo examen, se cumplieron puesto que está acreditado en el expediente que la División de Fiscalización aduanera de la DIAN expidió el Acta de Aprehensión, donde se relacionó además las causales de aprehensión, se relacionaron en dicha acta las mercancías aprehendidas con su descripción, se consignó también la identificación de las personas que intervinieron en dicha diligencia y de las que aparezcan como titulares de derechos o responsables de las mercancías involucradas y también consta en el acta el avalúo de las mercancías que hizo la DIAN. (ver folios 7 al 12 anexo de pruebas.)

El otro argumento de nulidad presentado por el apoderado de la parte demandante, es el consistente en afirmar que no era viable sancionar a la actora con el decomiso de la mercancía, por cuanto fue la misma sancionada la que solicitó el reposo de la mercancía y evidenció la existencia de un sobrante de la misma, siendo este un acto de buena fe, el no debió ser sancionado, pues dicha sanción causa un grave perjuicio en el buen nombre de la sociedad.

El principio de la buena fe es un principio constitucional que obliga a que las autoridades públicas y a la misma ley, a que presuman la buena fe en las actuaciones de los particulares, y obliga a que tanto autoridades públicas como los particulares actúen de buena fe.

Recordemos lo que dice el artículo 83 de la constitución política colombiana, sobre el principio de la buena fe, dice: *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”*.

Sobre este principio, la Corte constitucional ha realizado interesantes exposiciones, y una de ellas contenida en la sentencia C-544 de 1994, que en su parte pertinente dice:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben probarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe.

Teniendo en cuenta lo anterior, a primera vista, el artículo transcrito parecería inútil. ¿Por qué se incluyó en la Constitución? La explicación es sencilla: se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe, y no su buena fe. En la exposición de motivos de la norma originalmente propuesta, se escribió:

"La buena fe, como principio general que es, no requiere consagración normativa, pero se hace aquí explícita su presunción respecto de los particulares en razón de la situación de inferioridad en que ellos se encuentran frente a las autoridades públicas y como mandato para éstas en el sentido de mirar al administrado primeramente como el destinatario de una actividad de servicio. Este mandato, que por evidente parecería innecesario, estaría orientado a combatir ese mundo absurdo de la burocracia, en el cual se invierten los principios y en el cual, para poner un ejemplo, no basta con la presencia física del interesado para recibir una pensión, sino que es necesario un certificado de autoridad que acredite su supervivencia, el cual, en ocasiones, tiene mayor valor que la presentación personal". (Gaceta Constitucional No. 19. Ponentes: Dr. Alvaro Gómez Hurtado y Juan Carlos Esguerra Potocarrero. Pág 3)

La norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas.

Es, pues, una norma que establece el marco dentro del cual deben cumplirse las relaciones de los particulares con las autoridades públicas. Algo que llama la atención de este principio constitucional, es que la buena fe se presume, es decir, la ley obliga a presumir que todo el mundo actúa de buena fe, luego, si alguien actúa de mala fe, algo muy común sobre todo en asuntos de negocios, habrá necesidad de cuestionar

esa presunción de buena fe, significando esto que es necesario entrar a probar que la otra parte ha actuado de mala fe.

El avisar a la administración de aduanas la existencia de un exceso en el total de mercancía importada, era un deber constitucional que tenía la sociedad importadora, y el procedimiento a seguir era el decomiso de la mercancía importada por parte de la administración de aduanas, no siendo el hecho de avisar el exceso de mercancía, una causal eximente de responsabilidad administrativa, ni una exoneración al decomiso de la misma, pues la consecuencia legal del ingreso al territorio nacional de mercancía no declarada es el decomiso de esta.

A juicio de esta Sala, no se puede librar la demandante del decomiso de la mercancía por el hecho de haber avisado tal situación a la administración de aduanas, pues precisamente ese hecho de poner en conocimiento a la DIAN tal situación, era un deber propio del actuar de buena fe que deben respetar tanto los particulares como el mismo Estado, por consiguiente no se podrá declarar la nulidad de los actos acusados por haber actuado la sancionada con buena fe, pues como se ha explicado era su deber actuar de esa forma.

Recapitulando, esta Sala puede concluir que el procedimiento legalmente previsto por el estatuto aduanero contenido en el decreto 2685 de 1999, para adelantar una aprehensión de mercancías y posteriormente definir la situación jurídica de éstas con decomiso, fue correcto y no se observa que hubiese existido violación del debido proceso ni si siquiera en su fase del derecho a la defensa, así que por lo menos en lo que tiene que ver con este aspecto del debido proceso no encuentra la Sala razón para declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, pues como ya se analizó la conducta en la que incurrió el importador de introducir al país una mercancía con un peso mayor al declarado, es causa sufriente para proceder a la aprehensión y decomiso de la mercancía introducida en exceso, no siendo tampoco a juicio de esta Sala una causal de nulidad, el hecho de haber solicitado la demandante el repeso de la mercancía, por lo que el solo hecho de ingresar al país una mercancía

sin que esta sea declarada lleva consigo como consecuencia legal el decomiso de la misma por parte de la administración de aduanas.

En conclusión esta Sala no encuentra los argumentos necesarios para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, por ello se negarán las pretensiones de la demanda.

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

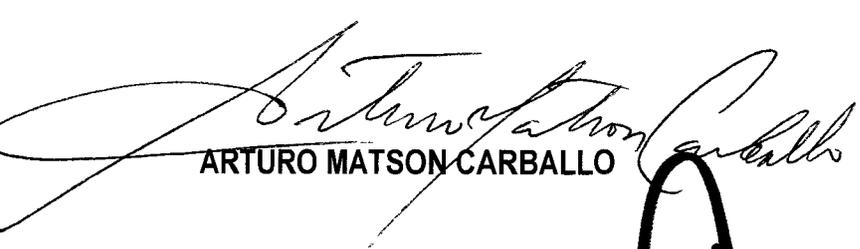
PRIMERO: Confirmar la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

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

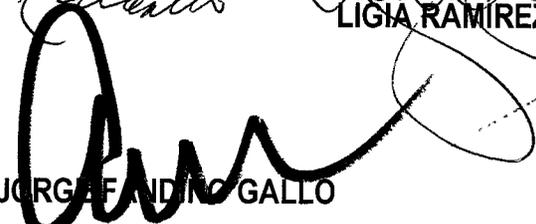
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

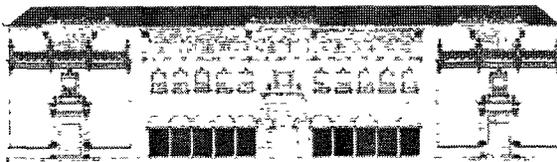
LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

Descongestion



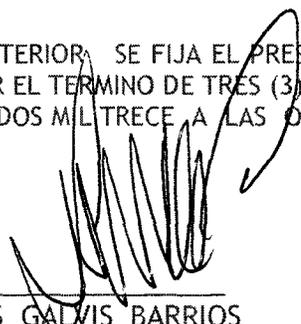
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1247
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE OTROS	: RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2007-00641-00
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 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. 400 a 439
(6.e).



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 273520131

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

TEMA: Privación Injusta de la Libertad

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 33 31 001 **2007 00641 00**

II. PARTES

Demandante: RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE Y OTROS

Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

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 la demanda de reparación directa interpuesta por el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE y OTROS contra la Nación - Fiscalía General de la Nación.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

“1. A través de oficio número 991/CBAFIN-3-ASJUR de fecha 19 de agosto de 2003, suscrito por el Capitán de Fragata de I.M. CESAR AUGUSTO CARDONA ORTIZ, en su condición de Comandante del Batallón de Fusileros de Infantería de Marina N°3, se solicitó al doctor JAIME CUESTA RIPOLL, Director Seccional de Fiscalías de Cartagena de esta época, su colaboración para la realización de diligencias de allanamiento y registro en el área urbana del corregimiento de Ñanguma, jurisdicción del Municipio de María la baja, programada para el día 20 de agosto de 2003.

2. El Capitán CESAR AUGUSTO CARDONA ORTIZ, efectuó la anterior solicitud, con base en una información suministrada por los señores DENYS MARÍA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, residentes del corregimiento de Ñanguma, a través de la cual, según su dicho se tuvo en conocimiento de la presencia de presuntos integrantes de las autodefensas en ese corregimiento.

3. En el referido oficio se relacionan los nombres, la dirección y la descripción física de las personas a quienes se tildan de delincuentes y respecto de quienes se debía adelantar la respectiva diligencia. Dentro de la precitada relación se incorpora en el numeral trece (13) el nombre, la descripción física y la dirección del señor RODOLFO JOIRO FREYLE, señalando además que este desempeña como colaborador informante.

4. De manera inmediata, el mismo día 19 de agosto de 2003, la Fiscalía General de la Nación, a través de la Unidad de Reacción Inmediata, encontrándose en turno la Fiscalía Novena Local de Cartagena, procede a

aprehender el conocimiento del asunto, declara abierta la investigación previa y ordena la práctica inmediata de la recepción de las declaraciones de los señores DENYS MARIA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, quienes sin dar razón de la ciencia de su dicho y simplemente repitiendo lo que estaba plasmado en el referido oficio 991 de 19 de agosto de 2003, manifiestan que el señor RODOLFO JOIRO FREYLE es colaborador informante de las autodefensas.

5. En las declaraciones precitadas nada se dice respecto al tipo de ayuda, de colaboración, o de información que suministra supuestamente el señor RODOLFO JOIRO FREYLE a las autodefensas, ni las circunstancias en las cuales prestaba este servicio y mucho menos cómo tuvieron los declarantes conocimiento de tales hechos.

6. El mismo día 19 de agosto de 2003, y con la simple información de los señores DENYS MARÍA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN Y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, se procedió a dar apertura de investigación penal contra el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, por el presunto delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR y CONFORMACIÓN DE GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY (PARAMILITARISMO)

7. En la misma Resolución del 19 de agosto de 2003, se ordenó la apertura de instrucción por los mismos cargos contra los señores UBER ENRIQUE BANQUEZ MARTINEZ, MILAGROS POLO TEHERAN, PEDRO MARIMÓN MARIMÓN, FILIBERTAO MADERO ROBLES, MADERO MERCADO alias chuchin, ONIEL MARIMÓN MARIMÓN, EVER SANDOVAL MORENO, JOSÉ RAMÓN POLO PATERNINA, MILI MARIMÓN VALENZUELA, hermanas BANQUEZ MARTINEZ, AURELINA MARIMÓN TEHERAN DIGNA e IGNACIO.

8. Dentro de la resolución de la apertura de la investigación penal se ordenó entre otras diligencias, la de escuchar en diligencia de indagatoria a varias personas, entre ellas al señor RODOLFO JOIRO FREYLE, para lo cual, se libró orden de captura inmediatamente y se remitió a la oficina de asignaciones para lo pertinente. Para efectos de la realización de la diligencia de allanamiento y registro y además la respectiva captura del señor RODOLFO JOIRO FREYLE se comisionó a la doctora ALEYDA CONSUEGRA SOLORZANO, Fiscal Seccional 47 de Cartagena.

9. El día 22 de agosto de 2003, en horas de la madrugada, la Fiscalía General de la Nación y la Infantería de Marina, procedieron a adelantar la diligencia de allanamiento y registro de la vivienda del señor RODOLFO JOIRO FREYLE y a la respectiva captura ordenada, no siendo encontrados en su vivienda, elementos de compromiso, que lo vincularan con algún tipo de ilícito, y mucho menos con actividades relacionadas con paramilitarismo.

10. El mismo día 22 de agosto de 2003 en horas de la mañana, el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, fue puesto a disposición de la Fiscalía General de la Nación, correspondiéndole su conocimiento a la Fiscalía Sexta Especializada, la cual se encontraba en turno, quien procedió a legalizar la captura y ordenó su encarcelación en la Cárcel de Ternera o en las instalaciones de la SIJIN, siendo puestos a disposición de la Cárcel de Ternera solo hasta el día 25 de agosto de 2003.

11. El día 28 de agosto de 2003, se procedió por parte de la Fiscalía General de la Nación, a través de la Fiscalía Sexta Especializada en turno, a recepcionar la indagatoria del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE en las instalaciones de la Cárcel Distrital de San Sebastián de Ternera de la Ciudad de Cartagena.

12. Por reparto, el conocimiento del instructivo correspondió a la Fiscalía Quinta Especializada de Cartagena y se radico bajo el número 127259.

13. Sin que existiera prueba distinta a las aseveraciones de los denunciantes, señores DENYS MARIA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, y sin ser estas suficientes para ello, y de manera injusta y arbitraria, basada en la supuesta "experiencia judicial", la Fiscalía Quinta especializada, decidió la situación jurídica del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, con resolución de fecha cinco (5) de septiembre de 2003, imponiendo al mismo, medida de aseguramiento de detención preventiva por el delito de concierto para delinquir en calidad de coautor.

14. En la misma resolución se impuso igual medida de aseguramiento a los señores EVER SANDOVAL MORENO, ONIEL MARIMÓN MARIMÓN, MILSON MADERO MERCADO, LEOCADIO MARIMÓN MARIMÓN, MILIS MARIMÓN VALENZUELA, por el mismo delito de concierto para delinquir en calidad de coautores. Sin embargo, existiendo las mismas pruebas, para todos los sindicados, y siendo que con base en ellas se adopta la referida medida de aseguramiento contra mi cliente y las demás personas precitadas, al Fiscal del conocimiento se abstiene de decretar medida de aseguramiento solo respecto de las señoras DIGNA ROSA ROMERO SERPA, y LUZ MARINA BANQUEZ ARTINEZ, siendo que esta debió ser la decisión que se debió adoptar en relación a todos los imputados, entre ellos el señor RODOLFO JOIRO FREYLE.

15. Contra la Resolución antes citada se presentó por parte de la defensora los respectivos recursos de ley, siendo estos resueltos sin fundamentos legales ni fácticos, de manera desfavorable al señor RODOLFO JOIRO FREYLE, confirmándose de manera injusta la decisión recurrida a través de las resoluciones de fecha dos (2) de octubre de 2003 en primera instancia y doce (12) de noviembre de 2003 en segunda instancia.

16. En aras de lograr la contradicción de las únicas pruebas de cargo existentes en el proceso se solicitó por parte de la defensora Del señor RODOLFO JOIRO FREYLE que se citara a los señores DENYS MARIA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA. De igual forma, para efectos de demostrar la inocencia del sindicado, se solicitó se decretarán los testimonios de los señores PEDRO TEHERNA, EDINSON MARIMÓN y WILFRAN JOIRO.

17. Con Resolución de fecha diecisiete (17) de septiembre de 2003 se ordenó la práctica de diversas diligencias, entre ellas:

- La ampliación de las declaraciones de los testigos de cargo, señores DENYS MARIA REYES DE MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN Y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA para el día nueve (9) de octubre de 2003;

-La recepción de las declaraciones de los señores PEDRO TEHERAN, EDINSON MARIMÓN y WILFRAN JOIRO, para el día dieciséis (16) de octubre de 2003, testimonios estos solicitados por la defensora del señor RODOLFO JOIRO FREYLE;

- Se solicita al CTI, SIA, a la SIPOL y al Ejercito, las anotaciones de inteligencia que poseyeran respecto a la presencia de agrupaciones paramilitares en el corregimiento de Ñanguma (Maria la baja), y los demás integrantes de esa agrupación y los actos delictivos que se le conociera. De igual forma solicitó a estas mismas entidades que se indicara todo lo relacionado con el individuo conocido como alias JUANCHO o UBER ENRIQUE BANQUEZ MARTINEZ y sus nexos con la agrupación autodefensas Unidas de Colombia.

- Se solicitó los antecedentes penales de los diferentes sindicados en el proceso, entre ellos los del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE;

- Se solicitó al Alcalde de Maria la baja informe sobre quien era en inspector de policía en Ñanguma, desde cuando ejercía esta función, sus datos personales y que se enviase a esa fiscalía copia de la designación como inspector.

- Se solicitó igualmente a la Tesorería del Municipio de Maria la baja informe sobre si el señor FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA poseía inmueble en el corregimiento de Ñanguma o algún predio rural;

-Se solicitó tarjeta dactilar de toso los procesados entre ellos el señor RODOLFO JOIRO FREYLE.

18. Con Resolución de fecha dos (02) de octubre de 2003 se decreta la práctica de los testimonios de los señores IRENE MARIMÓN PALENCIA, FERNANDO MOSQUERA, LUIS CARLOS ZAMBRANO y FELIPE PALOMINO para el 29 de octubre de 2003. De igual forma se citó a los señores ANIBAL CHAMS MARTINEZ, GABINO ROCHA, ARMELINA VASQUEZ, ALVARO JIMENEZ MARTINEZ, TULIO MAZA, para el cuatro (4) de noviembre de 2003.

También se decretó las declaraciones de los señores MERCEDES SANCHEZ, DIANA MANCILLA, EVERLIDES CONTRERAS y PEDRO SALGADO, para el día cinco (5) de noviembre de 2003. Y por último, se llamó a declarar a los señores GIOVANNI GUARDO, CARLOS MURILLO y FELIX VALENCIA, para el día 10 de 2003.

Todas las anteriores pruebas, solicitadas por los apoderados de los sindicatos en el proceso penal.

19. En respuesta a las solicitudes de información de inteligencia disponible presentada al CTI, SIA, a la SIPOL y al Ejército, se allegan al expediente informes provenientes del Departamento de Policía de Bolívar – Seccional de Inteligencia, remitido a través de oficio 1494/SIPOL DE BOL de fecha 01 de octubre de 2003. De igual forma del CTI S.I.A., se remite el informe N° 00445 de fecha 30 de septiembre de 2003. Dentro de los precitados informes se hace referencia a la existencia de un grupo paramilitar denominado “ Grupo de Autodefensas del Canal del Dique”, el cual tiene como área de influencia varios

corregimientos del municipio de María la baja. Sin embargo, en ninguno de ellos se hacen imputaciones al señor RODOLFO JOIRO FREYLE como integrante de esta agrupación, ni figura en ellos ningún indicio que implicara responsabilidad penal del señor RODOLFO JOIRO FREYLE o que lo vincularan de alguna forma con esas actividades. En relación a los demás detenidos, pro igual, no se señalaron en los informes que perteneciera a grupos al margen de la ley alguno.

20. De igual forma y con el fin de insistir en sostener su decisión adoptada, la Fiscal Quinta Especializada de Cartagena, ordenó que hicieran parte del proceso como prueba trasladada, diligencias y pruebas recaudadas en otros procesos independientes a aquel en el que se investigaba al señor RODOLFO JOIRO FREYLE, así como inspecciones judiciales sobre los expedientes de otros instructivos. Pero de igual forma, de ninguna de esas pruebas se desprendía responsabilidad penal contra el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, ni de ninguno de los demás detenidos.

21. Llegada la fecha y hora señaladas por la Fiscal el conocimiento para la práctica de la diligencia de ampliación de declaración de los señores DENYS MARIA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA (09 de octubre de 2003), solo compareció la señora DENYS MARIA REYES MARIMÓN.

22. En su declaración, la señora DENYS MARIA REYES MARIMÓN, no hace ninguna imputación a mi cliente, y solo se limitó a narrar hechos que había conocido de oídas por comentarios supuestamente de la gente del pueblo y del señor FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, su abuelo y también denunciante.

23. EN reiteradas ocasiones se solicitó por parte de la suscrita la ampliación de la declaración del señor FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, para efectos de

controvertirla, lo cual nunca fue posible durante la instrucción, ni en la etapa del juicio, porque a pesar de las diferentes citaciones que le fueron efectuadas, este nunca se hizo presente al proceso, tal como dan cuenta las constancias de su no asistencia elaboradas por la Fiscalía, los días 09 de octubre de 2003, 09 de marzo de 2004, 09 de julio de 2004, entre otras, constancias estas en donde figura la asistencia de la suscrita, en su condición de defensora del señor RODOLFO JOIRO FREYLE.

24. Dentro de la instrucción en razón al decreto de la práctica de pruebas testimoniales ordenadas por el fiscal del conocimiento, el día 17 de octubre de 2007, se reconocieron los testimonios de los señores PEDRO TEHERAN, EDINSON MARIMÓN Y WILFRAN JOIRO, los cuales de manera contundente y congruente dieron cuenta de la inocencia del señor RODOLFO JOIRO FREYLE.

25. De igual forma y en el mismo sentido declararon los señores FERNANDO MOSQUERA MARIMÓN, LUIS CARLOS ZAMBRANO MORENO e IRENES MARIMÓN PALENCIA, siendo este último, hermano y tío de los denunciados, quienes dieron fé de que el señor RODOLFO ALEJANDRO REYLE, es un agricultor, que no pertenecía a ningún grupo paramilitar y que era inocente de todo cuanto se le endilgaba. Adicionalmente señalaron que todo cuanto afirmaban los denunciados en contra del señor JOIRO FREYLE, era falso.

26. EL señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, siempre manifestó a la Fiscalía su inocencia, como se puede observar en su indagatoria y en su ampliación de indagatoria efectuadas los días 28 de agosto de 2003 y el 30 de marzo de 2004, respectivamente.

27. El día 07 de noviembre de 2003, la defensora del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, solicita la revocatoria de la medida de aseguramiento proferida en contra de éste, con fundamento en las nuevas

pruebas testimoniales aportadas al proceso, señaladas en los numerales anteriores. La referida solicitud, de manera injusta y sin que mediara fundamento legal ni fáctico para ello, fue resuelta desfavorablemente con auto de fecha 24 de noviembre de 2003.

28. a través de Resolución de fecha nueve (9) de julio de 2004, la Fiscal Quinta Especializada de Cartagena, declara parcialmente cerrada la investigación respecto de varios de los sindicatos, entre ellos el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, ordenándose permanecer el expediente en secretaría a disposición de las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, medio del cual, hizo uso la apoderada del señor JOIRO FREYLE para solicitar con base en las pruebas aportadas al proceso la preclusión de la investigación.

29. En el proceso adelantado contra el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, no existió nunca prueba que le permitiera presumir siquiera, ni deducir, a la Fiscalía, la culpabilidad de mi cliente, lo cual fue el fundamento principal de la solicitud de preclusión de la investigación a favor del sindicato.

30. El día 13 de agosto de 2004, se calificó el sumario seguido contra el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE y otros, con proferimiento de Resolución de Acusación sin beneficio de libertad provisional en su contra, sin que existieran pruebas diferentes a las aseveraciones infundadas de los denunciantes y sin que se hubiera hecho por parte del Fiscal del conocimiento un serio análisis valorativo de todas y cada una de las piezas procesales existentes hasta ese momento en el expediente.

31. En esta oportunidad, igualmente, sin justificación lógica ni valedera, que soportara tal decisión, la fiscal del conocimiento decide precluir la investigación solo a favor de las señora DIGNA ROSA ROEMRO SERPA y LUZ MARINA

BANQUEZ, siendo que en el expediente obraban en contra de todos los sindicatos las mismas pruebas y si no constituían pruebas valederas para endilgar responsabilidad penal en contra de unos sindicatos, tampoco debieron servirlo para los demás.

32. Con la actuación adelantada por la Fiscal Quinta Especializada de Cartagena, se vulneraron garantías constitucionales y legales del señor RODOLFO JOIRO FRYLE como el derecho a la igualdad, al debido proceso, el derecho a la defensa, entre otros, lo que degeneraron en una decisión arbitraria e injusta, como fue la adopción tanto de la medida de aseguramiento, como de la Resolución de acusación proferidas por la Fiscalía.

33. Anudado a la tozudez de parte de la Fiscal Quinta Especializada de tener como responsable al señor RODOLFO JOIRO FREYLE de todo cuanto se le incriminaba, tenemos la posición que en igual sentido siempre tuvieron los fiscales de segunda instancia que resolvieron todos los recursos interpuestos contra las providencias que se profirieron en contra del sindicato ya mencionado. En segunda instancia por igual se omitió el análisis de las pruebas obrantes en la foliatura y toda impugnación fue resuelta en contra del señor RODOLFO JOIRO FREYLE de manera injusta y sin soporte probatorio alguno. No se dio la aplicación del principio de la valoración de la prueba conforme a la sana crítica. Simplemente, hubo un eco en el vacío, es decir, sin ningún tipo de estudio valorativo sencillamente se confirmaron las injustas y arbitrarias decisiones del fiscal de primera instancia.

34. En la actuación que se adelantaba contra el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE no se cumplían con los requisitos sustanciales ni formales para decretar Resolución de Acusación sin beneficio de libertad provisional, pues no se encontraba demostrada la ocurrencia del hecho que se

le había imputado, ni existía confesión, ni mucho menos testimonios que ofrecieran serios motivos de credibilidad, indicios graves, documento, peritación o cualquier otro medio probatorio que señalara la responsabilidad de mi apadrinado.

35. Una vez en firme la Resolución de acusación proferida por la Fiscalía Quinta Especializada de Cartagena se remitió el expediente al Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias, el cual asumió el conocimiento de la referida investigación.

36. Dentro de la etapa de juicio, se fijó como fecha para la realización de la audiencia preparatoria el día 09 de febrero de 2005, dentro de la cual se decretó la práctica de la declaración jurada de los señores FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, IRENES MARIMÓN PALENCIA, JOSÉ MERCEDES MARIMÓN PALENCIA, VICTOR QUINTANA FERRERIRA, ROSEMBER ROMERO TEHERAN y LUIS CARLOS ZAMBRANO MORENO. Dentro de esta misma audiencia se señaló como fecha para la realización de la audiencia pública, el 13 de abril de 2005.

37. En el desarrollo de la audiencia pública del 13 de abril de 2005 se recepcionó la injurada de mi cliente, quien se ratificó en su inocencia. Igualmente, se recepcionaron las declaraciones de los señores IRENES MARIMÓN PALENCIA y ROSEMBERG ROMEROS TEHERAN y se recepcionó la declaración del señor LUIS CARLOS ZAMBRANO MORENO, ambos manifestaron conocer al señor RODOLFO JOIRO FREYLE, que el mismo es agricultor y que tiene una hoja de vida intachable la cual no la ensucia ni con peleas. Esta audiencia fue suspendida por lo avanzado de la hora. Se señaló como fecha para continuar con la audiencia el día 11 de julio de 2005.

38. El día 11 de julio de 2005, se continuó con la audiencia pública y se dio por agotado el período probatorio, por cuanto los señores JOSE EMRCEDES MARIMÓN PALENCIA y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, este último tantas veces citados a declarar, no comparecieron al despacho a rendir sus declaración jurada. Adicionalmente, se procedió a dar inicio a las intervenciones finales de los sujetos procesales, comenzando con la señora Fiscal Quinta Especializada; y luego con la intervención de los sindicatos, entre ellos el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, quien se mantiene en su posición de ser inocente. La audiencia pública fue suspendida nuevamente y se fijó para su conocimiento el 18 de agosto de 2005, prosiguiéndose en esta oportunidad con la intervención de algunos de los apoderados defensores, y fijándose para la intervención del apoderado defensor del señor RODOLFO JOIRO FREYLE, el día 24 de agosto de 2005, fecha para la cual se efectuó el pronunciamiento respectivo.

39. El 02 de septiembre de 2005 se solicitó por parte de la defensora del señor RODOLFO JOIRO FRYLE sustitución de la medida de detención preventiva en establecimiento carcelario por detención domiciliaria, la cual fue resuelta a través de Resolución de fecha 12 de septiembre de 2005 concediéndose la sustitución solicitada, previa la cancelación de caución prenda por valor de cincuenta mil pesos (\$50.000.00)

40. EL 30 de septiembre de 2005, el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias profirió sentencia a través de la cual se resolvió absolver al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE y a todos los demás procesados. Dentro de la misma providencia se les concedió la libertad provisional conforme el artículo 365, numeral 3º, señalando que las boletas de libertad se librarían una vez se surtieran las diligencias de compromiso respectivas, y si no eran requeridos por otra autoridad.

41. En la sentencia, el señor Juez Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias, hizo un estudio pormenorizado de las pruebas obrantes en el expediente conforme a la sana crítica; hecho este que fue omitido por la Fiscal Quinta Especializada, de haber hecho la funcionaria instructora un estudio valorativo como lo hizo el honorable Juez, otra habría sido su decisión en la etapa instructiva, pero ello fue imposible por su firme intención permanente de tener como culpable al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE de todo cuanto lo acusaban los señores DENYS MARIA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA.

42. A través de la referida sentencia, se estableció que una vez en firme la decisión adoptada en ella, se concedería la libertad definitiva a los procesados, se oficiaría a los organismos de seguridad del Estado en tal sentido y se archivaría la actuación.

43. La sentencia absolutoria quedó debidamente ejecutoriada el día 13 de octubre de 2005.

44. La libertad definitiva al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE le fue concedida el día 13 de octubre de 2005, dos (2) años, un (1) mes y veintiún (21) días después de su injusta detención.

45. La sentencia absolutoria hace un análisis pormenorizado de las pruebas de cargo allegadas al expediente, dejando claro que tal como lo señalaba la defensora del señor RODOLFO JOIRO FREYLE durante todo el proceso, es más desde la instrucción, que las mismas no constituían prueba para dictar medida de resolución de acusación, y por ende, mucho menos para proferir sentencia condenatoria.

46. Todos los aspectos señalados por el Juez Único Especializado del Circuito de Cartagena, fueron señalados por la defensora del señor RODOLFO JOIRO FREYLE, en sus diversos memoriales, en aras de obtener su libertad desde el inicio del proceso penal y al momento de alegar de conclusión en la oportunidad de la calificación del sumario, momento este en que se solicitó la preclusión de la investigación, por la no existencia de pruebas que enrostraran responsabilidad penal contra el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, pero muy a pesar de ello, sin existir razón para ello, fueron obviadas por la fiscal instructora, quien decidió de manera tozuda mantener privado de la libertad al sindicado, y peor aún, resolver el instructivo con resolución de acusación en su contra.

47. El señor RODOLFO JOIRO FREYLE, aquí demandante, nunca debió ser privado de su libertad y aún menos debió prolongarse su privación por espacio de más de dos años, por cuanto éste no cometió conducta punible alguna. Además, por cuanto, tal como se ha señalado en los hechos de esta demanda, nunca existió prueba en el proceso penal que permitiera justamente, imponer la detención preventiva de la cual fue objeto desde el 22 de agosto de 2003 hasta el 13 de octubre de 2005,

48. EN razón a la privación de la libertad que sufrió el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, se vio gravemente afectado en su vida, honra y bienes, por cuanto de manera injusta fue expuesto al escarnio público al imputársele la conducta delictiva de concierto para delinquir.

49. La captura de la cual fue objeto el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE fue ampliamente publicada por los medio televisivos y la prensa escrita a nivel nacional, por lo que se menoscabó gravemente su imagen y buen nombre.

50. Con la detención injusta del señor RODOLFO JOIRO FREYLE, sufrieron graves perjuicios también su madre, señora FELICIANA MARIMÓN DE JOIRO, sus hijos, señores WILFRAN JOIRO MARIMÓN, GEIMER JOIRO MARIMÓN, LEIFI JOIRO MARIMÓN, NELEYSI JOIRO MARIMÓN y sus hermanos señores MARIA DE LA CRUZ MARRUGO FREYLE, ANA ELVIRA MARRUGO FREYLE, ELSA MARRUGO FREYLE, CLAUDIS MARRUGO FREYLE, JOSE FRANCISCO MARRUGO FREYLE y HERNANDO JOSE BAYTER FREYLE.

51. En suma total de hechos, el señor RODOLFO JOIRO FREYLE fue involucrado injustamente en el proceso que se originó con ocasión de las declaraciones de los señores DENYS MARIA REYES MARIMÓN, ROQUE MARIMÓN MARIMÓN y FRANCISCO MARIMÓN PALENCIA, y fue mantenido privado de su libertad por la inadecuada actuación, por demás injusta, de la fiscal de conocimiento que ordenó su detención preventiva sin derecho a libertad provisional durante todo el proceso penal.

52. Como consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor RODOLFO JOIRO FREYLE, por el término de (2) años, un (1) mes y veintiún (21) días, fue sometido a la degradante situación a la que se ven abocados los presos en cualquier cárcel del mundo, viéndose separado del seno de su familia, de su trabajo, sufriendo penurias a la cuales nunca estuvo, ni ha estado acostumbrado.

53. Durante el tiempo en que se privó de la libertad al señor RODOLFO JOIRO FREYLE, a este se le impidió obtener lucro derivado de su oficio como agricultor, lo que evitó general ingresos para su subsistencia y la de sus familiares y dependientes, tal como hasta antes de la fecha de su captura lo había realizado.

54. LA VINCULACIÓN AL PROCESO PENAL REFERIDO Y LA POSTERIOR DETENCIÓN PREVENTIVA DE LA CUAL FUE OBJETO EL SEÑOR RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, generó que éste y sus familiares tuvieran que efectuar erogaciones para solventar los gastos de honorarios por concepto de defensa técnica requeridos en el proceso. Adicionalmente sus familiares debieron invertir en gastos de transporte, alimentación y de alojamiento para poder visitarlo en la cárcel y estar pendiente de sus necesidades, pues su esposa, hijos y una de sus hermanas no residen en esta ciudad.

55. Igualmente al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE se le ocasionaron cuantiosas pérdidas económicas por cuanto por no poder atender sus cultivos de maíz y yuca, por estar injustamente privado de su libertad, los mismos quedaron a la deriva y toda la cosecha que tenía sembrada se perdió, de igual forma no pudo efectuar más siembras de estos productos durante el tiempo de su detención, productos estos que viene cultivando desde hace muchos años en tierras arrendadas y en las de propiedad de su esposa.

56. A pesar de la libertad definitiva que le fue concedida al señor RODOLFO JOIRO FREYLE, éste y su familia ha tenido que soportar el señalamiento social que grava su propia situación con la sindicación de paramilitar, viéndose obligado a cargar con tal estigma en perjuicio de su integridad moral, personal y profesional.

57. En la actualidad las oportunidades laborales son nulas pro cuanto la ciudadanía entera conoció de su sindicación como paramilitar a través de diversos medios de comunicación, los cuales no podrán corregir el entuerto causados por la actuación injusta del Fiscalía General de la Nación, a través de sus funcionarios de turno. Lo anterior ha generado que el señor RODOLFO JOIRO FREYLE solo pueda trabajar en las tierras de su esposa, las cuales por

ser pequeña no genera los ingresos suficientes para su manutención y la de las personas con las que él tiene obligaciones alimentarias como son su esposa y su anciana madre.

58. La detención privativa de la libertad a la que fue sometido el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, generó respecto de sus esposa, hijos, hermanos y madre, graves problemas de tipo emocional y moral, y hoy son señalados en la picota pública como integrantes de una familia d paramilitares, lastre del cual no podrán desprenderse ni con la sentencia absolutoria, ni con el transcurso del tiempo.

59. El señor RODOLFO JOIRO FREYLE obtenía ingresos mensuales en su actividad de agricultor adelantado la siembra de productos en el terreno de propiedad de su esposa y de propiedad de terceras personas que le cedían cierta cantidad de hectáreas para que cultivara, y con los trabajos que adelantaba a propietarios de otras fincas en la región.

60. Con sus ingresos sostenía a su esposa y a su madre, lo cual no pudo hacer durante todo el tiempo de su detención, y aún en el presente no ha podido conseguir lo suficiente para satisfacer todas sus necesidades, como sí lo hacía antes del sometimiento al proceso penal del que fue víctima” (Sic)

V- PRETENSIONES

Textualmente son las siguientes:

“Que se reconozca y declare que LA NACIÓN COLOMBIANA – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, son responsables administrativa y extracontractualmente de los perjuicios materiales y morales causados al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE; a su madre MARIA MATILDE FREYLE BRITO, a su esposa FELICIANA MARIMÓN RAMOS, a sus hijos

WILFRAN GEIMER LEIFI y NELEYSI JOIRO MARIMÓN, y a sus hermanos MARIA DE LA CRUZ MARRUGO FREYLE, ANA ELVIRA MARRUGO FREYLE, ELSA MARRUGO FREYLE, CLAUDIA MARRUGO FREYLE, JOSÉ FRANCISCO MARRUGO FREYLE y HERNANDO JOSE BAYTER FREYLE, como consecuencia de la injusta y errada e ilegal DETENCIÓN PREVENTIVA SIN DERECHO A LIBERTAD PROVISIONAL por espacio de dos (2) años, un (1) mes y veintiún (21) días, de la cual fue objeto el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, por el injusto y errado actuar de la FISCAL QUINTA ESPECIALIZADA DE CARTAGENA dentro del proceso penal con radicación N° 127259.

2. En razón al reconocimiento y la declaración anterior, solicito que se condene a LA NACIÓN COLOMBIANA- FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar por concepto de reparación de los daños ocasionados al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, a su madre MARIA MATILDE FREYLE BRITO, a su esposa FELICIANA MARIMÓN RAMOS, a sus hijos WILFRAN, GEIMER, LEIFI y NELEYSY JOIRO MARIMÓN y a sus hermanos MARIA DE LA CRUZ MARRUGO FREYLE, ANA ELVIRA MARRUGO FREYLE, ELSA MARRUGO FREYLE, CLAUDI MARRUGO FREYLE, JOSE FRANCISCO MARRUGO FREYLE y HERNANDO JOSE BAYTAR FREYLE, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivados, pasados, actuales y futuros los cuales se estiman en UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MILLONES CINCUENTA Y UN MIL SESICIENTOS CUATRO PESOS CON CUATRO CENTAVOS MONEDA LEGAL (\$1.758.051.604,04) en la actualidad, conforme se relaciona en el acápite de "VALORACIÓN Y ESTIMACIÓN DE LOS DAÑOS OCASIONADOS" de esa demanda, debiéndose tener el precio del oro que certifique el Banco del República a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para efectos de actualizar la valorización y estimación de los daños ocasionados que se hayan relacionado en gramos oro, como es el caso de los daños morales subjetivados.

3. *Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo y se ordene el reconocimiento y pago de intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos o desde que se hayan generado los perjuicios, hasta cuando se de el cabal cumplimiento de la condena que imponga la sentencia que ponga fin a este proceso.*

4. *Ordenar que la parte demandada de cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.*

5. *Que se condene en costas a la parte demandada en los términos del artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modificó el artículo 171 del C.C.A.” (Sic)*

VI. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Nación- Fiscalía General de la Nación. (Folio 349-363)

El apoderado judicial de la Fiscalía General de la Nación, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, puesto que a su juicio los hechos en que se fundan no constituyen falla en el servicio, atribuible a la Fiscalía, y que como consecuencia de ello se dicte sentencia declarando que no le asiste responsabilidad u obligación alguna a su representada de resarcir los supuestos perjuicios demandados.

Argumenta además que con relación a la estimación que por parte de perjuicios de orden moral expresa y determina la parte actora en gramos oro, la posición jurisprudencial manifiesta que el nuevo parámetro de tasación de los mismos ha de ser en salarios mínimos mensuales legales vigentes, en palabras el H. Consejo de Estado, citando para el efecto sentencia de fecha 06 de septiembre de 2001, expedientes acumulados N° 13.232 y 15.646.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante:

El apoderado de la parte demandante dentro de la oportunidad legal y mediante escrito presentado el 11 de julio de 2013 visible a folios 369 a 380, se sostiene en los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y por tanto solicita que deben ser resarcidos los daños producto bajo el título de responsabilidad objetiva.

Aduce que a través de la pruebas que yacen en el expediente se puede comprobar las afectaciones morales sufridos tanto por la victima directa como por sus familiares, daños que debe ser resarcidos por la demandada.

Aduce finalmente que el título de imputación de la responsabilidad del estado es la privación injusta de la libertad, configurada está en la noción de daño antijurídico previsto en el artículo 90 de la Constitución Política, entendido este como aquel que la persona padece no está en la obligación jurídica de soportarlo. Alega además que la prisión se justifica en las personas que violen el ordenamiento penal, quienes queden obligados por ese hecho a soportar las penas que se le imponga como consecuencia de su conducta delictiva, pero que la misma se torna injustificada cuando al procesado que ha sido sometido a posición provisional demuestra su inocencia, tal como sucedió en el caso del señor Rodolfo Jairo Freiley.

Parte demandada

Mediante escrito visible a folio 381 a 384 del expediente se opone reitera los argumentos expuesto en la contestación y en la corrección adición de la demanda, solicitado que las pretensiones d al demanda sea despachadas desfavorablemente.

VIII. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de fecha 17 de enero de 2008. (Folio 377-378)

- El Proceso fue fijado en lista el 29 de abril de 2008.
- Mediante providencia de fecha 28 de septiembre de 2010, se abrió a pruebas el presente proceso (folio 491-493))
- Mediante auto de 24 de junio de 2013, se cierra el periodo probatorio se dio traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público (Folio 359)
- Finalmente el proceso entra al Despacho 001 de descongestión para su estudio de fondo.

IX.- CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO.

El Procurador delegado emitió concepto en el trámite de esta instancia solicitando que se accedan las pretensiones de la demanda, al considerar que en atención al precedente jurisprudencial, no es determinante al momento de endilgar la responsabilidad estatal, establecer si la entidad demandada, en este caso la Fiscalía actuó de manera cuidadosa o no, no siendo posible la exoneración de estas con la sola prueba de que su actuación fue prudente, diligente y en cumplimiento de sus deberes consagrados en la ley.

Por tal razón concluyó que se está en presencia de un claro daño antijurídico sufrido por el actor, a causa de una actuación de la Fiscalía General de la Nación y no hay otra consecuencia para esto que la procedencia de la reparación del daño.

X.- CONSIDERACIONES.

1. La competencia y la caducidad

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.

La acción fue presentada dentro del término de caducidad del artículo 136 numeral 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 el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena, en el proceso penal adelantado en contra del interesado señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, demandante dentro del presente asunto y que resuelve absolverlo de responsabilidad penal, fue proferida el día 30 de septiembre de 2005 y quedando ejecutoriada el días 13 de octubre de 2005. Teniendo en cuenta que la demanda se interpuso el día 08 de octubre de 2007, tal y como consta en el recibido de la demanda visible a folio 48, se puede 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.

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 morales y materiales que le han sido ocasionados a los demandantes, por la presunta privación injusta de la libertad, de que dice fue objeto el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, quien fue capturado el 22 de agosto del año 2003, por orden de captura impartida N° 0318301 por la Fiscalía Nacional- Unidad De Delitos contra la vida Fiscal Local 9 URI, en razón a la investigación por los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR Y CONFORMACIÓN DE GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY, privándolo de la libertad desde el momento de su captura, y remitido al Establecimiento penitenciario y Carcelario de Cartagena, posteriormente la Fiscalía Delegada Especializada N° 5 de Cartagena califica el mérito de la investigación y resuelve acusar al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE sindicado por el delito previsto en el artículo 340 del C.P inciso 2, modificado por la Ley 733 del 29 de enero del 2002.

Posteriormente El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena profiere sentencia absolutoria al demandante el día 30 de septiembre de 2005, obteniendo esta su ejecutoria el día 13 de octubre de 2005.

Por su parte la Nación- Fiscalía General de la Nación manifiesta que no le asiste la responsabilidad por el daño antijurídico sufrido por los demandante, puesto que el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, tenía el deber jurídico de soportar la investigación penal que se le adelantaba, pues la medida de aseguramiento fue proferida con fundamento en el acervo probatorio allegado en ese momento a la investigación penal.

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 el problema jurídico a resolver por esta Corporación 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 detención para efectos de investigación impartida en contra del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE por la Fiscalía Seccional Cartagena – Unidad de Reacción Inmediata – Fiscalía Local Novena (9) teniendo en cuenta que el investigado fue acusado y posteriormente absuelto del delito que se le imputaba por un Juez de la República con fundamento en el principio indubio pro reo.

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 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 aquella simplemente se predicaba de los funcionarios judiciales pero no directamente del 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 la Privación Injusta de la Libertad, a continuación se procederá a estudiar dicho régimen

4. DE LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

En relación a este régimen de responsabilidad por la 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 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 cual 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

¹ Consejo de Estado Sección Tercera. Sentencia de 12 de diciembre de 2005 Expediente 13558. Consejero Ponente Dr. ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

² ARTÍCULO 414. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave

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

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

³Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2007 Expediente 15498. Consejero Ponente Dr ENRIQUE GIL BOTERO

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 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.

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

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 iuspuniendi. 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).

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

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

*derecho a la libertad*⁷.”

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 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

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Expediente 13168, Consejero Ponente Dr. Mauricio Fajardo Gómez

*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 individuo inculcado. 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

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, CP Mauricio Fajardo Gómez, Radicación 25508

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 absolucón 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 antijuricidad, 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 absolucón, a diferencia de la primera, no se enmarca en ninguno de las 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 ultractiva 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.

“.....ii) Cuando se absuelva a la persona sindicada, en aplicación del in dubio pro reo¹⁰ -strictu 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

⁹Sobre el particular, consultar la sentencia de 4 de diciembre de 2006, expediente 13 168, M P Mauricio Fajardo Gómez

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 pueda resultar 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.

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 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.

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

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 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

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.

¹⁵ CONSEJO 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

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:

- *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*

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 Paquiyaui. 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 Reeducación del menor Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

- 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 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.

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

²⁰Corte Constitucional, Sentencia C-301 de 1993

“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.

“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. Negrillas fuera de texto

5. 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,

²¹Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 1996

²²Corte Constitucional, Sentencia C-634 de 2000

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 máspreciado 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 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(negrillas 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.

(...)

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia No.18.860 C.P ENRIQUE GIL BOTERO

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).

(...)

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

6. 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 iuranovit 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 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 RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, 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 RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, 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

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

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 sindicato 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 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.

7. DE LAS PRUEBAS APORTADAS

A continuación se relacionarán las pruebas aportadas al proceso.

7.1 Copia autentica de los registros civiles de las siguientes personas (FI50-60):

Wilfran Joiron Marimón

Geimer Joiro Marimón

Leifi María Joiro Marimón

Neleysi Joiro Marimón

Maria de la Cruz Marrugo Freyle

Ana Elvira Marrugo Freile

Elsa Cecilia Marrugo Freyle

Hernando José Bayter Freyle

7.2 Partida de nacimiento del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE (FI 62)

7.3 Partida de matrimonio de los señores RODOLFO JOIRO FREYLE y FELICIANA

MARIMÓN RAMOS (FI 61)

7.4 Partida de Bautismo de la señora MARIA MATILDE FREILE BRITO (FL 49)

Dentro del expediente penal allegado por el Juzgado Penal Especializado N° 5 de Cartagena se pueden extraer los siguientes documentos:

7.5 Certificación expedida por el Coordinador del Área jurídica y el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Cartagena, hacen constar que el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE no le aparecen sanciones disciplinarias durante el periodo comprendido desde el 25 de agosto de 2003 hasta el 30 de agosto de 2005. del establecimiento penitenciario de Santa Marta, en el que consta que el demandante fue recluido en ese establecimiento desde el 26 de agosto de 1998, hasta el de agosto de 2000. (FL 185)

7.6 Copia de la providencia de fecha 12 de septiembre de 2005, mediante la cual el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena, resuelve sobre la detención domiciliaria del demandante, concediéndole la sustitución de la detención preventiva que le venía impuesta y se le acepta la detención domiciliaria, con el pago de una caución (FL 186-191)

7.7 Diligencia de compromiso suscrita por el señor RODOLFO JOIRO FREYLE, de fecha 13 de septiembre de 2005, en el que se le fijan los parámetros de cumplimiento y se fija su residencia, para los efectos de la detención domiciliaria.

7.8 Orden de Captura N° 0318301 proferida por la Fiscalía en contra del señor RODOLFO JOIRO FREYLE (FI 81)

7.09 Orden de allanamiento a unos bienes inmuebles con la necesidad de capturar a unas personas proferida por la Unidad de Delitos contra la Vida – Fiscal Local 9 URI de fecha 21 de agosto de 2003. (FI 82-86)

7.10 Diligencia de allanamiento y registro en la vivienda del demandante, momento en el cual es capturado (FI 93)

7.11 Oficio N° 1584 e fecha 22 de agosto de 2003 mediante la cual el Fiscal 9 URI en turno, comunica al Director de la Cárcel Nacional de Sumariados de Ternera, que los capturados entre esos el demandante están sindicados por el delito de concierto para delinquir y conformación de grupos armados al margen de la ley, y quienes a partir de la fecha quedaban a disposición de la Unidad de Fiscalías Especializadas. (fl 94)

7.12 Diligencia de indagatoria rendida por el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE (FI 97-100)

7.13 Providencia de fecha 13 de agosto de 2004, mediante la cual la Fiscalía Delegada Especializada N° 5 de Cartagena, decide calificar el mérito del sumario y en consecuencia, proferir resolución de acusación sin beneficio de libertad provisional en contra del demandante (FL 259-271)

7.14 Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2005, proferida por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena de Indias, mediante al cual resolvieron absolver al demandante del delito imputado y en consecuencia le concede la libertad provisional (FL 349 -366)

7.15 Oficio N° 0846 de fecha 27 de octubre de 2005, mediante la cual el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena, orden la cancelación de la orden de captura que pesaba sobre el demandante (FI 367-368)

7.16 Certificado expedido por la Secretaría del Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena, mediante al cual pone de presente la fecha de la sentencia absolutoria, así como la fecha de la ejecutoria de la misma. (FL 369)

8. 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 1991²⁵ hasta la época²⁶, 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.²⁷

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.²⁸

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)

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454

²⁶ 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

²⁷ Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

²⁸ HENAO, Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 129.

Sobre la existencia de un evento dañoso, que en el presente caso lo constituye la privación de la libertad acaecida en la persona de RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, según se menciona en los hechos de la demanda y de lo probado en el proceso, la captura del demandante se produjo el día 22 de agosto del 2003, saliendo con libertad provisional el 05 de octubre de 2005, y cobrando la libertad definitiva con la ejecutoria de la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena de fecha 13 de octubre de 2005, es decir estuvo privado de la libertad por un total de 2 años 1 mes y 13 días, por orden de la Fiscalía Delegada Especializada N° 5 de Cartagena.

Para probar su dicho, el apoderado de la parte demandante acompañó con la demanda, copia autentica de las actuaciones adelantadas por la Fiscalía, entre esas la orden de allanamiento, la orden de captura y las diferentes resoluciones dictadas hasta su acusación formal y la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Cartagena de fecha 30 de septiembre de 2005. De igual manera tales actuaciones también se encuentra aportadas dentro del expediente penal requerido por este Tribunal, es decir que está demostrado en el proceso que el señor RODOLFO ALJANDRO JOIRO FREYLE, demandante dentro del presente asunto, efectivamente estuvo privado de la libertad.

En virtud de lo anterior, considera la Sala que esta suficientemente acreditado que el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, estuvo sujeto por orden de la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos, a la privación de su libertad, estando recluso en el establecimiento penitenciario y carcelario San Sebastián de Ternera de la ciudad de Cartagena, por espacio de 2 años, 1 mes y 13 días desde el 22 agosto de 2003 hasta el 05 de octubre de 2005.

Así las cosas, se comprueba la causación de un daño antijurídico contra el demandante, consistente en la privación de la libertad del señor RODOLFO

ALEJANDRO JOIRO FREYLE, la cual 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.

9. 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 sentencia²⁹:

“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

²⁹ Cfr. 11 de mayo de 2006, radicación 15626.

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.”

Aplicando esto al sub judice, observa la Sala que el hecho dañoso es exclusivamente atribuible a la NACIÓN– FISCALIA GENERAL DE LA NACION, pues fue ésta la que privó injustamente de su libertad al señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, al tener en ese momento como órgano investigador la facultad constitucional y legal de tomar las decisiones para ese efecto.

Encuentra la Sala que la privación de la libertad del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, fue determinada en forma única y exclusiva, por la Fiscalía Delegada Especializada N° 5 de la Ciudad de Cartagena, la que ordenó su captura y lo mantuvo recluido por más de 2 años hasta que el Juzgado único Penal del Circuito Especializado de Cartagena resuelve concederle la libertad provisional del demandante mediante providencia del 30 de septiembre de 2005; y en ese mismo sentido el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Cartagena, resolvió absolverlo de responsabilidad penal, considerando que no estaba plenamente demostrado que el sindicado haya realizado la conducta que se le imputa, y por lo cual se vio el funcionario en la obligación de aplicar el principio “indubio Pro reo”.

En el presente caso la medida de aseguramiento, se soportó en la valoración de medios de prueba que obraban en el expediente penal y que fueron regular y oportunamente recaudados, más específicamente por los testimonios de 3 personas residentes en el municipio de los acusados, quienes aseguraban que los mismos participaban de actividades de paramilitarismo, los precitados medios de pruebas fueron valorados por la Fiscalía siguiendo los postulados de la sana crítica, en

ejercicio de la labor que el ordenamiento jurídico establece, con el fin de formar libremente su íntima convicción, y con fundamento en ellos, estimó el investigador que en su momento se infería la existencia de indicios graves que comprometían la responsabilidad del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE en la comisión del hecho punible investigado, sin embargo todo concluyó con la absolución de la responsabilidad penal del investigado.

10. De los perjuicios:

En la demanda se pidió el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales.

10.1. Perjuicios materiales

En lo que se refiere a la configuración del daño material, como consecuencia de la privación injusta de la libertad del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, considera la Sala que debe la parte actora entrar a probar de qué manera ese hecho en mención, ha tenido efectos de manera concreta sobre el patrimonio de los actores.

Es importante recordar, que al pretender una indemnización por los perjuicios materiales ocasionados, se debe tener en cuenta dos conceptos, como lo son el daño emergente y el lucro cesante.

A- Daño emergente: El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”.

El daño emergente es entonces, la pérdida económica que se causa con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación. En otras palabras y, en consideración con el principio de reparación integral del daño consagrada en el

artículo 16 de la Ley 446 de 1998, solamente puede indemnizarse a título de daño emergente los valores que empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho generador del daño.

De acuerdo a lo anterior, el demandante solicita por concepto de daño emergente el pago de este concepto en dos modalidades de la siguiente manera:

“DAÑO EMERGENTE PASADO: representado en la suma de dinero que tuvo que cancelar a su defensores dentro del proceso penal tratado, la cual aún adeuda a terceras personas. Por tal concepto mi mandante tuvo que cancelar a la suscrita por honorarios profesionales, quien fue su defensora en el proceso penal contra él seguido, la suma de DOCE MILLONES DE PESOS M.L (\$12.000.000.00).

DAÑO EMERGENTE PRESENTE Y FUTURO: el cual se concreta en las sumas de dinero que deberá cancelar a la suscrita por concepto de honorarios profesionales dentro de la presente acción, a razón de un treinta por ciento (30%) de la suma pretendida. Debiendo cancelar por este concepto la suma de \$46.465.208,31.”

Sobre la petición elevada por este concepto, la Sala precisa que como primera medida en cuanto al daño emergente pasado que correspondería al pago de los honorarios profesionales de la abogada que siguió el proceso penal, no existe constancia del pago de tales honorarios, por lo que es menester que los dineros que se paguen por dicho concepto sean probados, es decir con certificación, consignación, paz y salvo o cualquier medio que demuestre que tales dineros salieron del haber del hoy demandante. Como quiera que el demandante no probó el detrimento que se le causó se negará el pago de tal concepto.

Con respecto de la petición de daño emergente presente y futuro, se precisa que tales emolumentos solicitados será negados como quiera que la interposición de la presente demandan obedece a la voluntad del actor quien, puede ejercerla o

simplemente abstenerse de interponerla, razón por la cual la entidad demandada no puede entrar a cancelar pago de honorarios por el presente proceso pues ya no corresponde a su actuar o en este caso a la privación de la libertad en sí misma.

Se observa igualmente que los familiares del demandante solicitan el pago de daño emergente como conceptos futuros esto correspondiente al pago del 30% que correspondería a honorarios profesionales, por la interposición de la presente demanda.

Al respecto de la solicitud y tal como se determinó para el directo afectado, tal concepto no se constituye en un verdadero daño emergente puesto que solamente puede indemnizarse a título de daño emergente los valores que empobrecieron a la víctima o que debieron sufragarse como consecuencia de la ocurrencia del hecho generador del daño.

En este caso y como quiera que lo reclamado por daño emergente no ha salido siquiera del patrimonio de los afectados y además no resulta causa directa del daño sino de su decisión libre de presentar tal demanda la Sala no encuentra acertado el reconocimiento de tales dineros, por tal razón al igual que al directo afectado lo reclamado por tales perjuicios se les negara a todos los familiares que lo reclamaron en esta demanda.

B- 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 demandante en razón de la privación de su libertad por el término de dos (2) años, un (01) mes y trece (13) días.

En las pretensiones de la demanda, el apoderado de la parte actora solicita que se le cancelen al afectado por la privación de la libertad, en la modalidad de lucro cesante pasado aduciendo que si bien el actor devengaba más de un salario mínimo legal, no cuenta con la posibilidad probatoria de acreditar los ingresos del actor razón por la cual solicita la aplicación de la presunción del mínimo durante los años que estuvo vigente.

Dentro del plenario al igual que en la investigación penal, se coinciden en afirmar que el actor realizaba actividades agropecuarias, mismas estas que generaban sus ingresos y en consecuencia siendo esto el sustento de sus necesidades y la de sus familiares.

En consecuencia, teniendo en cuenta que no existen pruebas eficientes sobre el monto de sus ingresos, la Sala dará aplicación a la presunción pro hómine desarrollada jurisprudencialmente según la cual una persona adulta en etapa productiva no puede devengar menos de un salario mínimo legal mensual³⁰, la Sala tomará como base de liquidación el salario para la fecha de esta providencia en razón a que el salario para la fecha de los hechos ya actualizado arroja un valor inferior al salario actual. Lo que significa que, teniendo en cuenta que el señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE estuvo privado de su libertad por un lapso de dos (2) años un (1) mes y trece (13) días, desde el 22 agosto de 2003 hasta el 05 de octubre del 2005, se tomará como base para establecer el monto de la condena el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento en que se dicta la presente sentencia el cual asciende a \$589.500 el mismo debe computarse desde el momento

³⁰ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCION TERCERA-Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ- (24) de febrero de dos mil cinco (2005)-Radicación número: 47001-23-31-000-1992-03252-01(14140)-Actora. MARIA PEDROZO DE GARCES-Demandado MUNICIPIO DE EL BANCO "Ahora bien, en relación con la cuantía del perjuicio aludido, como se ha observado, no obra en el proceso constancia del salario devengado por la demandante en la época de los hechos. Se dará, entonces, aplicación a la tesis ya sostenida por esta Corporación en otras oportunidades, presumiendo, con fundamento en el hecho probado de que la víctima se dedicaba a una labor productiva, que obtenía de su trabajo una suma equivalente al valor del salario mínimo.

que fue privado de la libertad hasta que el actor la recobro, adicionalmente a eso y como quiera que el retorno a la vida laboral luego de estar privado de la libertad no resulta de un momento a otro, se reconoce un adicional de 6 meses que corresponde al tiempo en que el actor seria laboralmente activo luego de la privación en sí misma para tal efecto se realiza el siguiente calculo:

El salario mínimo de 2013 = 589.500 aumentado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, para un total de ingreso promedio de \$736.875.00

FORMULA:

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

S= es la indemnización que se busca

Ra, es la renta actualizada que para ese asunto es de \$736.875

i, es la tasa de interés del 6% anual, efectivo mensual de 0.004867

N, es el periodo durante el cual se calcula la indemnización que como quedo visto anteriormente es desde el 22 de septiembre de 2003 al 5 de octubre de 2005, mas 6 meses, para un total de 30 meses y 10 días = 30.33 meses.

$$S = \$ 736.875 \frac{(1,004867)^{30,33} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$24.020.416.00$$

En este orden de ideas el Total a pagar por lucro cesante a favor del afectado es de **VEINTICUATRO MILLONES VEINTE MIL CUATROCIENTOS DIESISEIS PESOS (\$24.020.416,00).**

Respecto de la petición de lucro cesante presente entendido por el demandante como lo dejado de percibir desde que recibió la libertad hasta la presentación de la demanda, la Sala aduce que no se encuentra demostrado ni mucho menos

sustentado la razones de su petición pues no basta solo en afirmar que se ha dejado de laborar durante ese tiempo, puesto que el actor no sufrió lesiones que desmejoraran su capacidad laboral razón para entender que el mismo podría regresar a la vida laboral, según la fecha de nacimiento del actor vista en su partida de nacimiento Folio 62 del expediente a la fecha en que recobro su libertad tenía 57 años de edad, edad en la que se entiende que los hombres colombianos son activos laboralmente. Por tal razón se negará dicho concepto, adicional la Sala dentro del cálculo efectuado para su indemnización le reconoció seis meses adicionales al tiempo efectivo de su privación, tiempo prudente para que el actor asumiera nuevamente su actividad laboral.

Con respecto al lucro cesante futuro, sustentado como los dineros que no percibirá el demandante en razón al estigma social que sobre el recae, calculado por el 50% e la disminución de sus ingresos desde el día que recobro su libertad hasta la fecha probable de vida de un colombiano según lo establecido por el DANE.

Sobre esta última petición la Sala advierte que una de las características del daño es la certeza del mismo y que tal característica afecta directamente su vocación de reparable. En ese sentido la Sala no acoge la petición efectuada del demandante como quiera que el mismo como ya se precisó no quedo afectado para efectuar actividades laborales y por tanto no sería exorbitante una indemnización hasta su fecha probable de vida, constituyéndose casi en una pensión si estar el mismo, bajo los requisitos que al respecto se necesitan, por todo lo anterior se negará tal pretensión.

Con respecto al lucro cesante dejado de percibir por su señora esposa FELICIANA MARIMÓN RAMOS y su señor madre MARIA MATILDE FREYLE BRITO consistente en los dineros dejados de percibir por el privado de la libertad para su manutención la Sala advierte que no existe prueba alguna que demuestre que las mismas recibían dineros por tal concepto y tampoco resultaría descontarle al actor del mínimo presumido como devengado por este, para destino del cuidado de sus familiares

puesto que al momento de efectuarse los cálculos arrojaría en suma la misma cantidad indemnizada a este por concepto de lucro cesante. Por tal razón se negará igualmente tal solicitud.

10.2. 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 en reciente pronunciamiento 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 personas³¹. 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 dudarlo, el principal rasgo distintivo entre las formas de Estado absolutistas, totalitarias y el Estado de Derecho”³².

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 ajenos³³. Y se ha concluido que “cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda,

³¹Ver, 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.

³² Sentencia de 6 de marzo de 2006, exp 13 168.

³³ Sentencia de 6 de marzo de 2008, exp 16 075

la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precia de ser justa y democrática”³⁴.

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 social³⁵.

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.³⁶

³⁴ 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

³⁵ Ver, por ejemplo, sentencias de 7 de diciembre de 2004, expts 13 481 y 14.676

³⁶ 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

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 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.*³⁷ 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 libertad³⁸, 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 oportunidades³⁹. 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 colaterales. Así lo estableció el Consejo de Estado en providencia de 17 de julio de 1992, expediente número 6750⁴⁰:

“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

³⁷ Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en: “Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas” 2ª ed., Edit Civitas, Madrid, 2000, pág. 130.

³⁸ Entre otras, Sentencia de 14 de marzo de 2002, exp 12 076

³⁹ Sentencia de 20 de febrero de 2.008, expediente 15.980.

⁴⁰ 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 dosmil diez (2010), Radicación número: 25000-23-26-000-1996-02533-01(18894) Actor. NICOLÁS PADILLA MENDOZA Y OTROS.

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 adoptante, 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 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 *ibídem*, 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 aun 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 tornado 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 restitutoria 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 perjuicio⁴¹, siendo que para la mayor intensidad se reconoce el monto máximo de 100 SMLM⁴².

Para el *sub examine*, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE 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 2 años 1 meses y 13 días, y que al final fue absuelto del delito por el cual se le acusaba, en razón a que no se pudo desvirtuar su inocencia, estaba sujeto el demandante no solo a la angustia de la privación de su libertad si no a un descredito, 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

⁴¹Al 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.

⁴² Por regla general, la mayor intensidad se aprecia por la muerte de una persona.

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 (2 años, 1 mes y 13 días) es decir un total de 25,43 meses y multiplicarlo por el valor promedio indicado por el Consejo de Estado esto es 5.1 salarios por mes para un total de **129.693 Salarios Mínimos legales mensuales vigentes**. Este valor será el que se le reconocerá al señor RODOLFO ALJANDRO JOIRO FREYLE 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 RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, por lo que la indemnización será inferior, así:

Respecto de sus esposa e hijos la Sala observa que se probó el vínculo matrimonial existente con la partida de matrimonio correspondiente visible a folio 61 del expediente entre la víctima el señor RODOLFO ALJANDRO JOIRO FREYLE y la señora FELICIANA MARIMÓN RAMOS, de dicha unión se tiene como hijos de ambos a WILFRAN JOIRO MARIMÓN, GEIMER JOIRO MARIMÓN, LEIFI JOIRO MARIMÓN y NELEYSI JOIRO MARIMÓN tal como consta en los registros aportados visibles a folio 50- 54 del expediente.

Para tales efectos la Sala le concederá como perjuicios morales un total de **64,8465 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos a la esposa y a sus hijos**, atendiendo para ello la proporción antes referida en lo atinente a su cálculo, dado que los mismo no resultan ser víctimas directas de la privación de la libertad.

De la misma forma se encuentra certificado que la señora MARI MATILDE FREYLE BRITO es la madre del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE tal y como consta en la partida de bautismo del demandante visible a folio 62 del expediente.

También se encuentra acreditado el vínculo de consanguinidad del actor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE con los señores MARIA DE LA CRUZ MARRUGO FREYLE, ANA MARRUGO FREYLE, ELSA MARRUGO FREYLE, CLAUDI MARRUGO FREYLE, JOSÉ MARRUGO FREYLE Y HERNANDO JOSE BAYTER FREYLE, quienes reclaman en esta judicatura se le reconozca indemnización por perjuicios morales, en su calidad de hermanos de la víctima directa, según consta en los respectivos certificados, aportados en copia autentica, visibles a folios 56 a 60 del expediente.

Por consiguiente la sala considera que se encuentran legitimados materialmente en la causa por activa, los señores MARIA MATILDE FREYLE BRITO (Madre de la víctima) y MARIA DE LA CRUZ MARRUGO FREYLE, ANA MARRUGO FREYLE, ELSA MARRUGO FREYLE, CLAUDI MARRUGO FREYLE, JOSÉ MARRUGO FREYLE Y HERNANDO JOSE BAYTER FREYLE (Hermanos de la víctima) y se reconocerá el daño moral que sufrido por estos (madre y hermanos), relación ampliamente probada en el expediente, limitándose el Tribunal a lo deprecado en el libelo introductor conforme al principio de congruencia y diferenciando entre quienes padecieron directamente la privación injusta de la libertad y sus familiares; realizando un juicio de ponderación del valor de la condena económica teniendo en cuenta el lapso durante el cual se vio restringido el anotado derecho, es decir, 2 años, 1 mes y 13 días. Par tal efecto se le reconocerá por dicho concepto para cada uno de los antes mencionado

un total de **32,42 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los antes mencionados.**

Sobre la solicitud de estimar el daño moral objetivado y subjetivado, La Sala precisa que acoge la tasación adoptada para la reparación de este daño, posición adoptada recientemente por el Consejo de Estado y que fue citada con anterioridad. Resultando entonces que la forma de tasar tal perjuicio se debe efectuar de la manera que se realizó en líneas anteriores.

XI. 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 RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE, 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 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 RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE.

SEGUNDO. CONDENAR a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar las siguientes cantidades de dinero:

❖ **Por concepto de perjuicios materiales:**

La suma de VEINTICUATRO MILLONES VEINTE MIL CUATROCIENTOS DIECISEIS PESOS (\$24.020.416,00) Por concepto de Lucro Cesante.

❖ **Por concepto de perjuicios morales:**

La suma de **129.693 SMLMV**, a favor del señor RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE

La suma de **64,8465 SMLMV** a favor de cada una de las siguientes personas:

- Feliciana Marimón de Jairo (Esposa)
- Wilfran Jairo Marimón (Hijo)
- Geimer Jairo Marimón (Hijo)
- Leifi Jairo Marimón (Hija)
- Neleysi Jairo Marimón (Hija)

La suma de **32,42 SMLMV** a favor de Cada una de las siguientes personas:

- Maria Matilde Freyle Brito (Madre)
- María De La Cruz Marrugo Freyle (Hna)
- Ana Marrugo Freyle (Hna)
- Elsa Marrugo Freyle (Hna)
- Claudia Marrugo Freyle (Hna)
- José Marrugo Freyle (Hno)
- Hernando José Bayter Freyle (Hno)

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.

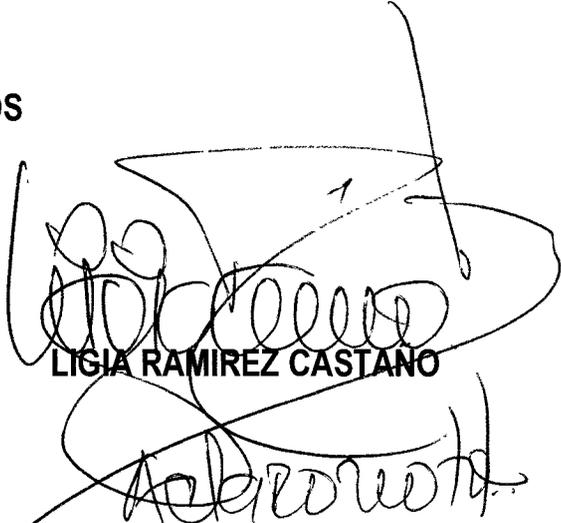
SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente

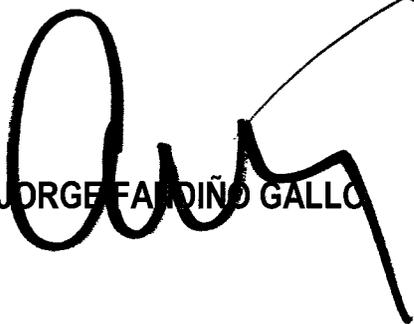
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LILIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

f. 440
(6.e)



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 : 13-001-23-31-001-2007-00641-00
Demandante : RODOLFO ALEJANDRO JOIRO FREYLE 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.

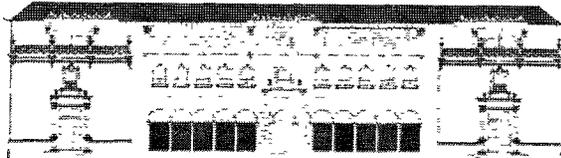
"... Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos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

Magistrada de Descongestión No. 002



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1248
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: AGENCOMEX LTDA SIA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-001-2006-01115-00
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 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
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN No. 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 201302004

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

TEMA: Liquidación Oficial de Corrección por error en la subpartida arancelaria
-Aplicación de Enmienda de la Organización Mundial de Aduanas en el tiempo-

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No.13- 001-23-31-001-2006-001115-00

II. PARTES

Demandante: AGENCOMEX LTDA SIA

Demandado: DIAN

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conforme la competencia otorgada por el Acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede esta Sala Especial de Descongestión a dictar sentencia de primera instancia

dentro del proceso promovido por la sociedad de intermediación aduanera AGENCOMEX LTDA, en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la DIAN- Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. Pretensiones

La parte actora por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la jurisdicción contenciosa administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código contencioso administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Resolución 2538 del 14 de diciembre de 2005, por la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena expidió Liquidación Oficial de Corrección mediante la cual reclasificó por la Subpartida Arancelaria 39.09.30.00.00 los isocianatos clasificados en las declaraciones de importación por la Subpartida Arancelaria 29.29.10.90.00, y Resolución No. 1294 del 17 de mayo de 2006, expedida por la División Jurídica de la misma Administración, por medio de la cual al resolver el recurso de reconsideración se confirmó en todas sus partes la resolución sancionatoria mencionada anteriormente.-

A título de restablecimiento del derecho solicita, que en el evento que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena haya forzado coactivamente al pago de la sanción objeto de este proceso, que se restituyan las sumas indebidamente cobradas, a valor presente, junto con sus respectivos intereses moratorios a la misma tasa de mora que cobra la DIAN, adicionando el lucro cesante respectivo, que se suspenda toda actuación administrativa derivada de este proceso. Además pide que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Por último pide que antes de proceder a la revisión de la legalidad de los actos administrativos demandados, se decrete la excepción de inconstitucionalidad de las expresiones del artículo 22 del Decreto 2685 de 1999 que en esta demanda se invocan por

esta vía excepcional y que constituyen el sustento de la actuación administrativa que por reclasificación arancelaria y los tributos de ella derivados se inició por la DIAN contra la sociedad AGENCOMEX LTDA SIA.

La excepción de inconstitucionalidad se invoca declarar, por existir incompatibilidad entre el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, que aunque señala a las SIAS la obligación de pagar los gravámenes, y el artículo 338 de nuestra C.N., que prohíbe designar por vía reglamentaria al sujeto pasivo de los tributos. Adicionalmente, existe incompatibilidad entre el artículo 22 en cita y los artículos 1, 3, 29, 95-9, 150-19, 189-11 y 363 de la C.P.

2. Hechos

Fueron narrados por el libelista de la siguiente forma:

“1. AGENCOMEX LTDA SIA, actuó como declarante en la nacionalización de los productos SUPRASEC 2904, SUPRASEC 2982, SUPRASEC 2981, RUBINATE 7500, RUBINATE 1790 y RUBINATE 5005 (en adelante LOS PRODUCTOS) clasificándolos arancelariamente por la subpartida 29.29.10.90.00, de acuerdo su naturaleza química, liquidando y pagando los tributos aduaneros correspondientes.

2. El 18 de agosto de 2005, la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena profirió el Requerimiento Especial Aduanero No. 268 mediante el cual propuso corregir 56 declaraciones de importación presentadas entre el 5 de mayo de 2004 y el 17 de marzo de 2005, indicando que los productos en ellas declarados deben ser clasificados por la subpartida 39.09.30.00.00, bajo la consideración de que son prepolímeros y resinas amínicas.

3. El 12 de septiembre de 2005, bajo el radicado No. 028283, AGENCOMEX LTDA SIA radicó ante la División de Fiscalización Aduanera de la Administración de Aduanas de Cartagena la respuesta al requerimiento especial aduanero No. 268.

4. El 14 de diciembre de 2005, la División de Liquidación profirió la Resolución No. 2538 que contiene la liquidación oficial de corrección de las 56 declaraciones de importación objeto de requerimiento especial. Esta liquidación oficial sostiene la tesis de que los productos no pueden ser catalogados como isocianatos (los demás) de la partida arancelaria 29.29 sino como resinas amínicas (las demás) de la subpartida 39.09.30.00.00.

5. El día 10 de enero de 2006, la compañía hoy demandante presentó dentro de la oportunidad legal el recurso de reconsideración.

6. El 17 de mayo de 2006 la División Jurídica expidió la Resolución 1294 de 2006 mediante la confirmó en todas sus partes el acto administrativo de clasificación, respaldando totalmente los argumentos de la División de Liquidación, quedando así finalizada la vía gubernativa.”

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

- Incorrecta clasificación por parte de la administración de aduanas.

La entidad demandante sostiene que los isocianatos tienen dos desdoblamientos en el arancel: i) el tolueno disocianato y ii) los demás isocianatos, denominándose los últimos “isocianatos no denominados”.

Sostiene que “la amplitud de la subpartida, (los demás) así como la denominación y naturaleza del producto (isocianatos) son elementos de los cuales los importadores han inferido, suficiente claridad, que los isocianatos distintos del Toluendiisocianato se clasifican en la partida 29.29.10.90.00.

Las compañías importadoras han nacionalizado sin solución de continuidad en el trato arancelario los productos atrás referidos, bajo la subpartida arancelaria 29.29.10.90.00., de acuerdo a su naturaleza química, liquidando y pagando los tributos

aduaneros correspondientes. No obstante, la Dirección de Aduanas recientemente decidió trasladarlos a la subpartida 39.09.30 del SA, que es específica para productos diferentes a los isocianatos (las resinas amínicas)."

Dentro del mismo cargo asegura que ha existido una violación directa del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de designación y Codificación de Mercancías, toda vez que *"la reclasificación de los productos desdeña abiertamente la prohibición de dar un alcance distinto a la partida 2929, al trasladarlos del grupo "demás isocianatos" a la partida 39.09 bajo consideraciones especulativas sobre su naturaleza, convirtiéndolos, primero en prepolímeros (tal como se afirmó inicialmente en el requerimiento especial aduanero) y luego trasladándolos a la partida que corresponde a las resinas amínicas. Es evidente que este "salto" en dos pasos requiere de una explicación forzada y poco convincente, que requiere obviar sin autorización legal las Reglas Generales de Interpretación del SA y el artículo 3 del Convenio del SA modificando el alcance de las partidas 29.29 y 39.09¹."*

De igual forma pone de presente la violación por omisión en la aplicación de las Reglas Generales para la Interpretación del Sistema Armonizado, al sostener que:

"Para el caso en concreto la clasificación debe centrarse en:

- i) En el análisis de los textos de las partidas 2929 y 3909.*
- ii) En el análisis de las Notas de las Secciones VI (Producto de las Industrias Químicas o de las Industrias Conexas) y VII (Plásticos y sus Manufacturas)*
- iii) En el análisis de las Notas de los capítulos 29 y 39 incluyendo las notas de subpartida.*

Deviene con absoluta claridad que las divisiones de Fiscalización Aduanera y Liquidación de las administraciones de aduana pueden revisar la clasificación arancelaria aplicando las Reglas Generales con absoluta independencia, y no, como

¹Sobre este punto, el apoderado de la parte demandante precisa que el derecho de la integración (OMC, CAN, SA o laOMA) no puede ser modificado por normas internas por cuanto tiene una jerarquía superior a las leyes nacionales y se debe aplicar con preferencia sobre las disposiciones internas)

se hizo en el presente caso, limitándose a la aplicación extensiva de una resolución de carácter particular que clasificó un producto a otra compañía, resolución en la que no aparece motivada la aplicación de las Reglas Generales, y en la mención de una “Enmienda” a las Notas Explicativas (NE) desconocida hasta el momento por el sector nacional así como por los mismos funcionarios que la mencionaron y aplicaron en los distintos niveles funcionales y jerárquicos.”.

Así mismo, manifiesta la existencia de una violación por omisión en la aplicación del texto de la partida 2929. Al sostener que: *“Por tratarse de ISOCIANATOS, LOS PRODUCTOS objeto de requerimiento deben ser clasificados como de la partida 2929 del Arancel de Aduanas, ya que ésta los comprende de manera expresa e indubitable en su TEXTO conforme al siguiente tenor literal:*

“29.29	Compuestos con otras funciones nitrogenadas
10	-Isocianatos
10.00	--Toluendiisocianato
90.00	--Los demás”

Sin lugar a duda alguna, el grupo ISOCIANATOS solo tiene dos desdoblamientos como muestran los componentes descriptivos de la partida 2929 a nivel de dos guiones: Toluendiisocianato y los demás isocianatos.

En la medida que los productos no corresponden al Toluendiisocianato, resulta elemental inferir, por eliminación, que son isocianatos posicionables en la subpartida 29.29.10.90.00.”

Finalmente señala con relación a éste primer cargo que: *“El capítulo 39 comprende las sustancias llamadas polímeros, semiproductos y las manufacturas de estas materias siempre que no estén excluidas por la Nota 2 del Capítulo, de donde fuerza concluir:*

i) Se incluyen en el capítulo 39 los polímeros, semiproductos y manufacturas de polímeros, excepto los excluidos por la Nota 2 del Capítulo.

ii) La nota 2 b excluye los isocianatos comprendidos con partida específica en el capítulo 29 (2929).

iii) Un isocianato, aunque se denomine isocianato polimérico como se usa en la jerga de la química por ser materia prima de los poliuretanos, es un isocianato y no una resina amínica y tampoco es un polímero.

iii) (sic) Estas consideraciones debieron haber sido resueltas en los actos administrativos demandados, sin embargo, acudieron a la reclasificación con base en los dos criterios ampliamente mencionados, como lo son el concepto técnico y la resolución de carácter particular.

- Indebida aplicación del alcance del convenio del Sistema Armonizado (SA).

Sobre el punto asegura que: “[E]l comercio internacional es un sector que exige una acentuada necesidad de seguridad jurídica, plasmada en el “orden rígido” del SA en lo que se refiere a las pautas de su modificación, regla que, mutatis mutantis, rige las modificaciones a las enmiendas a las Notas Explicativas, en cuanto pretendan hacerse valer a un particular con carácter vinculante. De suyo, no se compadece con la seguridad jurídica el intento de hacer valer a un importador una enmienda adoptada por el Comité, pero desconocida por los nacionales a quienes se pretende imponer.

(...) [N]o existe en Colombia disposición reglamentaria que haya adoptado la “Enmienda” en la que se basan la Resolución 08547 y el Concepto 1638 de la Subdirección Técnica Aduanera, razón por la que la motivación de este acto

administrativo carece de fundamento jurídico en la medida que la enmienda no es oponible a ningún colombiano por ausencia de adopción en la legislación interna y de divulgación en los términos del artículo 119 de la ley 489 de 1998 y el artículo 43 del C.C.A.”

- Falsa y errónea motivación por aplicación extensiva de una resolución de carácter particular.

Señala que: “Al omitir el análisis de las Reglas Interpretativas y el análisis de la Nota legal 39-3, devino la necesidad de adoptar exclusivamente la Resolución No. 08547 de la Subdirección Técnica como elemento probatorio que les permitió, según sus propias palabras “corroborar” la decisión de reclasificar los productos, convirtiendo esta resolución, que clasificó un POLIFENILENO ISOCIANATO por la subpartida 39.09.30.00.00, en el criterio fundamental de la clasificación de LOS PRODUCTOS, sin realizarla de conformidad con las Reglas Generales de Interpretación, como lo ordena el Convenio S.A.

No basta con afirmar que en una resolución de carácter particular se clasificó un producto idéntico o similar, pues inclusive, el acto particular tampoco desarrolla la aplicación de las Reglas de manera detallada sino que se limita a citar una respuesta de la OMA respecto de una consulta desatada para el producto allí mencionado y en la cual este organismo sugiere determinada posición arancelaria. No puede entonces afirmarse que LOS PRODUCTOS deben reclasificarse por la partida 39.09, porque según su criterio, son prepolímeros como el POLIFENILENO ISOCIANATO clasificado por la División de Arancel de la Subdirección Técnica mediante Resolución No. 08547 de 2004, pues tal decisión no corresponde con lo previsto en el Acuerdo del SA que ordena clasificar de acuerdo con las Reglas.

- Violación al principio constitucional de publicidad

Dicha violación se predica por cuanto la modificación de las Notas Explicativas, por la vía de las "Enmiendas" "[R]evela hasta el momento una indebida omisión reglamentaria, ya que en el supuesto de su conocimiento por parte de la autoridad aduanera y conociendo de antemano que sólo el Ministerio de Comercio e Industria de España se encuentra facultado para verterlas al idioma español y por esta vía ser susceptibles de publicación en Colombia para dar cumplimiento al artículo 10 de la Carta Política, la autoridad aduanera se abstuvo de darles publicidad en Colombia, razón suficiente para predicar, de manera incontrovertible, que no pueden ser decisiones vinculantes en nuestro país las que no son dadas a conocer a los usuarios por medio de actos administrativos de carácter general. Por esta razón de antemano sostenemos que la Resolución No. 8547 no es oponible ni siquiera a su destinatario particular pues se basa en decisiones del Comité del SA no adoptadas por la legislación colombiana.

- Aplicación del principio de igualdad ante la ley y aplicación del principio de certeza en el derecho aplicable

Respecto al cargo señala que: "[L]a falta de certeza por parte de la Administración en cuanto a la clasificación arancelaria, hecho que ha generado inseguridad jurídica frente a los usuarios, inseguridad y dudas que de acuerdo con los principios generales del derecho deben resolverse a favor del investigado, máxime cuando, respecto a la clasificación arancelaria del producto objeto de investigación, la misma ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS ha realizado Enmiendas a las Notas Explicativas y ha dado una nueva clasificación arancelaria al producto, y en la medida en que estas Enmiendas no se han instrumentado en la legislación colombiana, ni se han dado a conocer a los importadores, ni a los funcionarios de la DIAN.

De otro lado, como normas constitucionales transgredidas señala el artículo 29 al asegurar que "no se han respetado los acuerdos suscritos por Colombia, como el del

Sistema Armonizado, que obliga a la aplicación de Reglas Generales, a la adecuación típica entre la conducta sancionable y su correspondiente sanción. (...); el artículo 10 al tener como fundamentos los actos administrativos documentos que no se encuentran traducidos al idioma oficial (español).

Excepción de inconstitucionalidad

El apoderado de la parte demandante sostiene que el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999 vulnera las siguientes disposiciones constitucionales: artículo 338 por cuanto sustituye directamente al sujeto pasivo de la obligación tributaria aduanera relacionada con la importación, es decir, reemplaza a quien realiza “el hecho gravable” o el “hecho generador”, sin autorización legal, por su mandatario para realizar los trámites aduaneros; artículos 363 y 95.9: *“el agravio constitucional que causan las dos expresiones acusadas de inconstitucionalidad se advierte en la medida que el operador jurídico competente (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales) podría enfrentarse impotente a la realidad de que el cobro de los mayores tributos, por la vía de la Liquidación Oficial de Corrección, cuando se determina una nueva subpartida con mayor tarifa y por ende con una diferencia en los tributos declarados y pagados, es una acción parcialmente eficaz contra la Sociedad de Intermediación Aduanera que ofició como Declarante Autorizado, ya que éstas empresas, por regla general, no tienen la capacidad económica para satisfacer las pretensiones fiscales, pues en la mayoría de los casos solo poseen y amparan por medio de póliza el valor del patrimonio mínimo requerido para obtener la autorización de la Aduana.”*

En el mismo sentido, señala la violación de los artículos 29 y 83 de la Constitución Política al sostener: *“En caso que no exista clasificación oficial obligatoria debidamente publicada, muy al contrario de lo dispuesto genéricamente por la primera expresión del artículo 22 acusada, la responsabilidad por la incorrecta clasificación de una mercancía yace en cabeza del importador, y éste quien debe ejercer las acciones*

legales pertinentes contra el Declarante autorizado que haya contratado, si no atiende sus instrucciones o no clasifica idóneamente y su error le ocasiona menoscabo patrimonial, el cual sólo puede sobrevenir para el importador, necesariamente, en la forma de sanción administrativa por la incorrecta subpartida y por los intereses que deriven de la oportunidad en el pago; pero no en la forma de tributos, pues éstos jamás podrán desligarse de su responsabilidad, debiendo cancelarlos correctamente tanto en uno como en otro supuesto, es decir, cuando la subpartida haya o no sido declarada correctamente por su mandatario aduanero.

Es evidente que el declarante aduanero autorizado debe responder administrativamente por la incorrecta clasificación cuando exista clasificación oficial estrictamente aplicable, pero soportando una sanción administrativa técnicamente definida, merecida por su calidad de intermediario autorizado, cuya fijación es de competencia del Gobierno, y en este sentido, si lo tiene a bien el Honorable Tribunal, podía declarar la excepción de inconstitucionalidad condicionada a los aspectos que no tuvo en cuenta el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 2685 de 1999.”

B. LA CONTESTACION

El apoderado de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN- en escrito visible a folios 297 a 326, se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando entre otras, las siguientes razones de defensa en relación a los cargos formulados:

En primer lugar sostiene respecto a la incorrecta clasificación por parte de la administración de aduanas que “*La clasificación arancelaria de la mercancía se encuentra en el Arancel de Aduanas, a grosso modo se puede decir, que en general es un listado de productos, ordenado en forma estructurada y lógica, el cual necesita ser conocido para poder expedir clasificaciones.*

Que la Comisión de la Comunidad Andina mediante la Decisión 507, decidió aprobar el Texto único de la Nomenclatura Arancelaria Común de los Países Miembros de la Comunidad Andina (NANDINA) y las Unidades Físicas por subpartida Nandina. En Colombia a través del Decreto 2800 del 20 de diciembre de 2001, se adoptó como propio.”

Más adelante expone que el “En resumen el Sistema Armonizado contiene: Seis Reglas Interpretativas. Notas Legales, una serie de productos clasificados sistemáticamente y divididos en 21 secciones, 96 capítulos y 1241 partidas.

Mediante las primeras cinco reglas y con ayuda de las notas de secciones y de capítulo se establece la Partida Arancelaria; y con las notas de Subsección y la regla número seis se establece la subpartida.

Es decir, que las reglas interpretativas establecen los principios de clasificación aplicables al conjunto de la nomenclatura del Sistema Armonizado, salvo disposición expresa en contrario que se desprende del texto mismo de las partidas o subpartidas o de las notas de Sección o capítulo. Además prevén sin ambigüedad que la clasificación de las mercancías en el Sistema Armonizado debe efectuarse por etapas en forma que en cada caso se clasifique un producto en primer lugar en la partida apropiada de 4 cifras siguiendo una regla de la 1° a la 5ta sin mezclarlas y después ubicarla en la subpartida que resulte conveniente combinado si es necesario la regla de partida aplicable con la regla 6ta., y teniendo en cuenta los textos de las partidas y las notas de sección y de capítulo.

Por otro lado, una nomenclatura de mercancías no puede ser un instrumento absolutamente rígido. Toda vez que el Sistema Armonizado está diseñado para servir como marco de referencia para el comercio internacional y otras necesidades, que a su vez se encuentran en constante evolución, y por consiguiente deben estar al tanto de las exigencias actuales; las ENMIENDAS, se hacen con el fin de aclarar la aplicación

del sistema o con el objeto de simplificarlo y a los criterios de clasificación que sean necesarios.

Se precisa por tanto, que mediante Oficio No. 84908 del 16 de noviembre de 2005, la División de Arancel, definió que las mercancías denominadas comercialmente "Rubinate 7500, 5005, Suprasec 2904, 2981 y 2982 corresponden a compuestos de isocianatos y en consecuencia, se clasifican con las reglas generales interpretativas 1 y 6 del S.A., y la Enmienda a las notas explicativas del S.A., realizada por la Organización Mundial de Aduanas, en su Sección 33 de Mayo de 2004 en lo referente a los isocianatos puros de la partida 29.29, el MDI crudo o polimérico, sus características, composición y proceso de obtención de la partida 39.09; y los clasifica por la subpartida 39.09.30.00.00.

En cuanto al cargo de la indebida aplicación del alcance del convenio del sistema armonizado, sostiene que la misma no existe, puesto que se acataron los parámetros señalados por la OMA, y además no se ha creado una nueva subpartida, sino que atendiendo a la composición química y a la ficha técnica de los productos se determinó que esa era la clasificación correcta.

Agrega incluso que mediante memorando 735 de 19 de septiembre de 2003 se opinaba que los productos SUPRASEC 5005, RUBINATE 44, y Lupranate M 20 S, nombre comerciales asignados por diferentes fabricantes al "diphenilmethanediisocyanate", conocido también como MDI, que se estaban clasificando por la subpartida 2929.10.90.00, debían clasificarse por la 3911.90.00.00

Y que "mediante Resolución No. 8547 del 22 de septiembre de 2004, se clasificó una mercancía con nombre comercial y la misma composición química aquí recurrida por la subpartida 3909.30.00.00, resolución que fue notificada mediante publicación que se hiciera en el Diario Oficial de fecha 19 de octubre de 2004, página 12 de la Edición 45.706 (folio 142)."

Sobre el tercer cargo denominado "Falsa y errónea motivación por aplicación extensiva de una resolución de carácter particular", el vocero de la entidad demandada se permite remitir al Concepto Jurídico 61 de abril 15 de 2002, y en dicho concepto entre varias de sus consideraciones precisa que: *"[F]ijada una clasificación arancelaria por la Subdirección Técnica Aduanera mediante resolución de carácter particular, es decir oponible con ocasión de la notificación, únicamente a quien la solicitó, esto no es obstáculo para que dicha dependencia de oficio o a petición de parte, profiera una Resolución de carácter general que adopte la misma clasificación para que surta efectos a terceros, para lo cual entonces, se deberá publicar el acto en el Diario Oficial, reiterando, que en ausencia de Resolución de clasificación arancelaria de mercancías, la norma a aplicar es el Decreto que contiene el Arancel de Aduanas al momento de la operación."*

En cuanto al cargo de violación al principio constitucional de publicidad, reitera la entidad demandada que la Resolución No. 8547 no fue fundamento de la clasificación arancelaria efectuada en la Liquidación Oficial impugnada, sino el Arancel de Aduanas y sus reglas de interpretación. Manifiesta que está probado en el expediente administrativo que el Acto fue publicado en el Diario Oficial de fecha 19 de octubre de 2004, página 12 de la Edición 45.706.

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad ante la ley y la aplicación del principio de certeza en el derecho aplicable, sostiene que para la DIAN estaba mal clasificada la mercancía que acoge la Subpartida 3909.30.00.00, teniendo en cuenta las fichas técnicas suministradas por el declarante autorizado y lo señalado por la Organización Mundial de Aduanas en su sección 33 de mayo de 2004, que enmendó las Notas Explicativas del Sistema Armonizado, en lo referente a los isocianatos puros de la partida 2929, el MDI curdo o polimérico, sus características, composición y proceso de obtención de la partida 39.09 y los polímeros con grupos de isocianatos de la partida 39.11.

Otro de los cargos, la violación al principio de la seguridad jurídica, sostiene en primer lugar que tratándose de la clasificación arancelaria, el importador no tiene un derecho adquirido en la medida que mediante un control posterior y no estando en firme las declaraciones, su posición jurídica frente a la Administración es modificable. Agrega que de acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, el otorgamiento del levante a una declaración de importación no consolida un derecho definitivo a favor del importador y por lo tanto las declaraciones pueden ser revisadas en ejercicio de las facultades de fiscalización y control.

Finalmente a las normas constitucionales como supuestamente infringidas consideran que no se ha infringido el debido proceso ya que la Liquidación Oficial de Corrección se profirió acogiendo las disposiciones aduaneras vigentes. De otro lado, sostienen que la Organización Mundial de Aduanas, maneja para el convenio del Sistema Armonizado únicamente como idiomas oficiales el inglés y el francés, igualmente para las Notas Explicativas que elabore. Estas no requieren acto administrativo para su publicación, ya que tal como establece el convenio, es competencia del Consejo asegurar la interpretación uniforme de la nomenclatura, lo cual hace a través de las notas explicativas, que se pueden consultar directamente con el organismo.

Y en cuanto a la excepción de inconstitucionalidad, manifiesta la existencia de cosa juzgada por cuanto el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, fue demandado en ejercicio de nulidad simple ante el Consejo de Estado, y dicha Corporación consideró no declarar la nulidad de la disposición toda vez que el Presidente de la República no había excedido su competencia y podía establecer el régimen de responsabilidades de los sujetos que intervienen en las operaciones aduaneras.

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte Demandante:

El apoderado judicial de la parte accionante reitera los argumentos esbozados en el concepto de la violación de la demanda.

Parte Demandada:

De igual forma reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 130 Judicial II Administrativo, se pronunció de la siguiente manera:

“En el caso de autos estamos frente al principio de aplicación de vigencia de la ley o la norma en el tiempo.

Así, tenemos que con fundamento en la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad que conforman entre los siguientes artículos: 9, 53, 93, 94, 102 y 214, cuya función fundamental está orientada a servir de instrumento de recepción del derecho internacional, de tal suerte que se garantiza la coherencia de la legislación interna con los compromisos que ha adquirido el Estado colombiano en el ámbito mercantil de la globalización de las relaciones internacionales.

La Organización Mundial de Aduanas como organismo intergubernamental, tiene competencia exclusiva en materia de aduanas y, es el portavoz de la comunidad internacional en dicho campo, cuyo papel es indispensable en el desarrollo armónico e integral de las relaciones de todos los países en el campo arancelario, en procesos tendientes a la simplificación, armonización y automatización a nivel mundial.

Uno de sus objetivos se orienta a la necesidad de que los países miembros cumplan y hagan cumplir los acuerdos o convenios en aras de la eficiencia del comercio mundial.

Es por ello que frente a inconsistencias, incongruencias, dudas y demás el organismo consultor emita pronunciamientos que son de obligatorio acatamiento una vez agotadas las instancias en el ámbito internacional, conocidos como Enmiendas.

En el campo del Derecho Interno, se tiene que los conceptos emitidos por la DIAN en materia arancelaria así hayan sido proferidos para resolver un caso en particular, son de aplicación general previa su publicación en el Diario Oficial.

En el caso particular la Enmienda fue adoptada en la Sesión 33 de mayo de 2004.

Al consultar el Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de las Mercancías adoptado en Bruselas el 14 de junio de 1983 en su artículo 16 señala el procedimiento para la aplicación de las enmiendas, establece lo siguiente:

“(…)

4.- Las enmiendas aceptadas entraran en vigor para todas las partes contratantes en una de las siguientes fechas:

a.- el 1 de enero del segundo año que siga a la fecha de notificación, si la enmienda recomendada fue notificada antes del 1 de abril.

b.- el 1 de enero del tercer año que siga a la fecha de la notificación, si la enmienda recomendada fue notificada al 1 de abril o posteriormente.

La enmienda que nos ocupa fue adoptada en la Sesión 33 de mayo de 2004, encuadra en el literal b) de la norma en cita, por ende entra en vigor a partir del 1 de enero de 2007.

Las enmiendas al igual que una legislación de orden sustancial se aplican a partir de la fecha de su promulgación o a partir de la fecha en que se señale su vigencia y hacia el futuro.

El caso objeto de examen analiza nacionalizaciones de los años 2004 y 2005 y las Enmiendas no son de aplicación retroactiva, por ende no pueden servir de fundamento jurídico para asuntos anteriores referentes a RUBINATE 5005 cuyas nacionalizaciones sean presentadas con fecha anterior al 1º de enero de 2007.

En tal sentido, competía a la autoridad aduanera aplicar la partida arancelaria que estaba vigente para aquel entonces, según los estudios, conceptos y oficios que compilaban la posición institucional y, no la señalada por la Enmienda de la OMA tratándose de las mercancías declaradas y que fueron objeto de los actos administrativos objeto de la presente demanda, por cuanto su vigencia estaba supeditada a las reglas del convenio internacional, en donde su aplicación se daba en suspenso hasta el 1 de enero de 2007.

De lo anterior podemos concluir que le asiste razón al demandante en el sentido de que el acto administrativo no puede fundarse en la Enmienda porque la misma no había entrado en vigor por expresa determinación de las reglas del artículo 16 del Convenio Internacional en cita, situación por la cual se deben revocar los actos administrativos demandados.”

V. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia, fue presentada en la Oficina Judicial de esta ciudad el día 14 de Julio de 2006 y fue admitida mediante auto de 06 de septiembre de 2006 (folio 291), en el que se ordenó notificar personalmente al representante legal de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Una vez cumplidas todas las notificaciones se continuó con la etapa de fijación en lista, término dentro del cual la parte accionada dio contestación a la demanda mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2006, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda.

Vencido el término de fijación en lista, mediante auto de 11 de julio de 2007, se abrió el proceso a pruebas, de conformidad con lo establecido por el art. 209 del C.C.A., ordenando tener como tales las documentales aportadas con la demanda y contestación, además se ordenaron las pruebas solicitadas por las partes.-

Por auto de 31 de Mayo de 2010 (folio 344), se ordenó correr traslado a las partes por un término común de diez días, para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si lo solicitare.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el artículo 134D del Código Contencioso Administrativo, toda vez que, tanto la sede de la entidad demandada como el domicilio de la demandante, se encuentran ubicados en la ciudad de Cartagena.

De igual manera, tiene competencia esta Corporación para conocer del presente asunto, en virtud de lo establecido en el numeral 2 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, ya que la cuantía fue razonada por la actora en la suma de \$2.953.346.804.00, monto que para el año de presentación de la demanda (2006²) superaba los cien (100) salarios mínimos.

En consecuencia, este Tribunal es competente para conocer del presente asunto por razón del territorio y de la cuantía.

2. Actos administrativos acusados.

Resolución 2538 del 14 de diciembre de 2005, por la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena mediante la cual reclasificó por la Subpartida Arancelaria 39.09.30.00.00 los isocianatos clasificados en las declaraciones de importación por la Subpartida Arancelaria 29.29.10.90.00 y formula

² Para el año 2006 el salario mínimo vigente era de \$408 000

Liquidación Oficial de Corrección al declarante AGENCOMEX LTDA SIA a la mercancía amparada en las declaraciones de importación por ella presentadas.-

Resolución No. 1294 del 17 de mayo de 2006, expedida por la División Jurídica de la misma Administración, por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la resolución mencionada en el punto anterior.

3. SÍNTESIS DEL CASO.

La sociedad declarante AGENCOMEX LTDA SIA identificada con el NIT 890.403.420-1 del importador HUNTSMAN COLOMBIA LTDA., presenta demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho con la DIAN, con el fin de obtener la nulidad de las Resolución No. 2538 del 14 de diciembre de 2005, por medio de la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena reclasificó por la Subpartida Arancelaria 39.09.30.00.00 los isocianatos clasificados en las declaraciones de importación por la Subpartida Arancelaria 29.29.10.90.00 y formuló Liquidación Oficial de Corrección al declarante AGENCOMEX LTDA SIA a la mercancía amparada en las declaraciones de importación por ella presentadas; y la Resolución No. 1294 del 17 de mayo de 2006 que confirma la decisión anterior.

La sociedad demandante afirma que los productos objeto de la Liquidación Oficial de Corrección, son Isocianatos, y por tanto su clasificación arancelaria corresponde a la partida 29.29. Agrega además que los actos demandados se encuentran amparados en un Concepto Técnico de la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, y que dicho concepto se encuentra falsamente motivado por cuanto se basa en una Enmienda a las Notas explicativas, que no fue publicada oficialmente y por tanto no fue conocida por los funcionarios aduaneros ni traducida oficialmente, lo que en últimas se traduce a que no es oponible a terceros. Así mismo, aduce respecto al Concepto Técnico que se basa en un acto administrativo de

carácter particular, el cual no fue publicado en el Diario Oficial y no en una clasificación de carácter general obligatoria. Y finalmente sostiene en el punto, que la clasificación realizada no se fundamenta en el análisis de las Reglas Generales para la Interpretación del Sistema Armonizado, sino que sólo acude a su mención.

Respecto a la naturaleza de los productos que hacen parte de las declaraciones revisadas, dice que no existe nota legal alguna que en forma expresa los excluya de la partida 29.29, por tanto estos no pueden ser prepolímeros, y en el caso que lo fueran no existe texto de partida, ni nota de sección, capítulo o subpartida que los contenga distinta a la 2929 en la categoría de isocianatos.

De igual forma propone la excepción de inconstitucionalidad sobre las siguientes expresiones: “gravámenes” del inciso segundo “y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías” del inciso primero del artículo 22 Decreto 2685 de 1999, disposición sobre la cual se edifica el cobro a la sociedad aduanera. Fundamenta su petición de inconstitucionalidad al considerar que a las sociedades de intermediación aduanera se les ha impuesto la carga que debe ser asumida por el importador, y por tanto dicha situación vulnera el principio de equidad, toda vez que la empresa del servicio de intermediación no ha realizado el hecho generador ni se ha beneficiado del tributo dejado de cancelar. Además, sostiene que se ha infringido el artículo 29 y 83 Constitucional, ya que no se realizó distinción en cuanto a las responsabilidades originadas en el desacato de las tarifas arancelarias publicadas en el Diario Oficial y cuando la misma no hubieren sido publicadas; y aplicando la presunción de mala fe al aplicar la misma dosis punitiva a situaciones de distintas naturaleza.

De otro lado, la entidad demandada sostiene que lo tratado se contrae a un asunto eminentemente técnico sobre la mercancía importada y su clasificación arancelaria, por lo que acoge la posición de la Subdirección Técnica Aduanera a través de la División de Arancel.

De igual forma, afirma que en las resoluciones impugnadas se acataron los parámetros señalados por la OMA, y ésta no creó ninguna subpartida, sólo que atendiendo a la composición química y a las fichas técnicas de los productos determinó que la clasificación correcta era la (sic) 3909.30.00.00. Agrega que desde el año 2003, mediante memorando 735 de fecha septiembre 19 la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera opinaba que los productos de “*diphenilmethanediisocyanate*”, conocido como MDI debían clasificarse por la subpartida 3911.90.00.00.

Y que mediante resolución número 8547 del 22 de septiembre de 2004, se clasificó una mercancía con nombre comercial y la misma composición química en la subpartida 3909.30.00.00, la cual fue publicada en el Diario oficial de fecha 19 de octubre de 2004. Sobre dicha resolución precisa, que la misma sólo fue utilizada como fundamento complementario; el fundamento de la Liquidación Oficial impugnada se encuentra en el Arancel de Aduanas y en sus reglas de interpretación. Y sostiene que la publicidad de dicho acto y su oponibilidad debieron ventilarse en otro escenario procesal; afirma que se encuentra probado en el expediente administrativo que el Acto fue publicado en el Diario Oficial de fecha 19 de octubre de 2004³.

Finalmente en relación sobre la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la entidad demandante, propone la excepción de cosa juzgada debido a que la disposición fue demandada mediante Nulidad Simple ante el Consejo de Estado, absteniéndose dicho ente de declarar la nulidad al considerar que el Presidente de la República no había excedido su competencia constitucional.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público, interviniendo en el presente asunto conceptúa que debe declararse la nulidad de los actos administrativos demandados, toda vez que dichas resoluciones no pueden fundarse en la enmienda ya que la misma no había entrado en vigor por expresa determinación de las reglas del artículo 16 del Convenio Internacional, y lo hacía sólo hasta el 1º de enero de 2007.

³ Página 12 de la Edición 45.706 (Folio 142)

4. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la parte demandante y la parte demandada con relación a los cargos de violación, así como también el argumento planteado por el Agente del Ministerio Público, considera la Sala que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si los determinados productos SUPRASEC 2904, SUPRASEC 2982, SUPRASEC 2981, RUBINATE 7500, RUBINATE 170 Y RUBINATE 5005, denominados de ahora en adelante LOS PRODUCTOS, pertenecen a la partida arancelaria 39.09.30.00.00, correspondiente a Isocianatos de DifenilMetano (MDI) modificado o Prepolímeros como lo sostuvo la DIAN o a la partida 29.29.10.90.00 “isocianatos no denominados” –subpartida residual- como lo declaró la actora.

Dependiendo de la respuesta al problema jurídico anterior, determinar si es procedente o no decretar la Nulidad de las Resoluciones: No. 2538 del 14 de diciembre de 2005, por la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena expidió Liquidación Oficial de Corrección mediante la cual reclasificó por la Subpartida Arancelaria 39.09.30.00.00 los isocianatos clasificados en las declaraciones de importación por la Subpartida Arancelaria 29.29.10.90.00., y la No. 1294 del 17 de mayo de 2006, expedida por la División Jurídica de la misma Administración, por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la resolución mencionada en el punto anterior.

No obstante de forma preliminar se procederá a verificar el estudio de la excepción de inconstitucionalidad propuesta por la entidad demandante.

-SobreExcepción de inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad tiene su origen en el artículo 4º de la Constitución Política cuando ordena: “*La Constitución es norma de normas – En todo caso de inconstitucionalidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se*

aplicarán las disposiciones constitucionales". Esta norma, constitucional además, es concordante con lo dispuesto por los artículos 9° de la Ley 153 de 1887 y 5° de la Ley 57 del mismo año⁵

Como lo ha señalado la Sala, cuando se invoca la enunciada excepción, los argumentos deben estar encaminados a evidenciar que una ley (en sentido material), que ha sido utilizada en el proceso que se discute, es contraria a la Constitución Política, para lograr que se inaplique en el fallo que se profiera, sin afectar su vigencia general, es decir, con efectos únicamente inter-partes⁶.

También ha considerado que si bien debe existir armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, de no ser así, la Carta Política ordena en forma categórica que se aplique la norma constitucional en aquellos casos en que sea manifiesta, palmaria y flagrante la oposición entre el texto constitucional y la disposición cuya inaplicación se pretende, sin que sea necesaria una elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe⁷.

En efecto, sobre las condiciones para dar cabida a la excepción, la Corte Constitucional ha realizado las siguientes precisiones:

"Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

⁴ Art 9 Ley 153 La constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente, toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente "

⁵ Art 5 Ley 57 de 1887 "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella "

⁶ Sentencia del 26 de octubre de 2009, Exp 16718, C P Dra Martha Teresa Briceño de Valencia

⁷ Sentencia del 4 de mayo de 2006, Exp 14576, C P Dra María Inés Ortiz Barbosa

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como “repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí”.

*En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste **no puedan regir en forma simultánea**. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe (...)”⁸. (Subraya fuera del texto)*

Y es que, al dar paso a la excepción de inconstitucionalidad se sacrifica el principio constitucional consagrado en el artículo 230 que indica que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. Además, esa ley se presume constitucional y es obligatoria para todos los habitantes del País. Por ello, se requiere que se dé la condición de ser un quebrantamiento evidente, grave y ostensible.

Alega la parte demandante que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad al considerar que los dos apartes del artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, son violatorios de los artículos 1°, 3°, 29, 83, 95.9, 150-19, 189-11338, 363, de la Constitución Política, pues el mismo prevé de una forma anti técnica al sujeto activo de la infracción, por ende, pasivo de la sanción, y que en ese entendido tal circunstancia contraría los principios de seguridad jurídica y taxatividad protegidos por el ordenamiento Constitucional.

Para tal efecto considera el demandante que son inconstitucionales las expresiones “y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías”, y la expresión “gravámenes” contenidas en el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C – 600 de octubre 21 de 1998

Alega la parte demandante que la segunda expresión realiza una traslación del impuesto ya que lo hace recaer en una persona diferente a la que debe recibir su impacto por ser el realizador del hecho generador; y en cuanto a la segunda expresión sostiene que la norma no distinguió los distintos eventos de responsabilidad que se presentan en la actuación del declarante cuando el tratamiento de la sanción debe ser diferente cuando se esté en presencia de clasificaciones oficiales definidas mediante acto administrativo de la Subdirección Técnica, del que se imponga cuando no exista clasificación arancelaria oficial

Al respecto de la excepción esgrimida la Sala considera que la misma no tiene vocación de prosperidad por las razones que a continuación se expondrán:

El Decreto 2685 de 1999 en su artículo 22 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 22. RESPONSABILIDAD DE LAS SOCIEDADES DE INTERMEDIACIÓN ADUANERA.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera que actúen ante las autoridades aduaneras, serán responsables administrativamente por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus representantes acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como por la declaración de tratamientos preferenciales, exenciones o franquicias y de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán directamente por los gravámenes, tasas, sobretasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarantes autorizados.

Las Sociedades de Intermediación Aduanera responderán en las controversias de valor, únicamente cuando declaren precios inferiores a los precios mínimos oficiales, o cuando declaren precios diferentes a los consignados en la factura aportada por el importador con los ajustes a que haya lugar.”

A su vez el artículo los artículos constitucionales disponen:

“Art. 1° Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Art. 3°La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

Art. 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)

Art. 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

Art. 95.5. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano: 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

Art. 150-19. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos.

Art. 189-11. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Art. 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. (...)

Art. 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad.

En párrafos anteriores la Sala precisó que para que se aplique la excepción de inconstitucionalidad es menester que se encuentre demostrado la flagrante discordancia entre la norma legal y el texto constitucional, razón por la cual al no evidenciarse tal violación no es procedente su inaplicabilidad.

Respecto de las expresiones aducidas por el demandante esta Corporación no encuentra que de manera alguna que la misma contrarié la norma constitucional pues, la expedición del Decreto 2685 de 1999 por parte del Presidente de la República, se realizó bajo los parámetros fijados por la Constitución; el alto mandatario ostentaba la facultad de precisar las obligaciones que se encontraran a cargo de las Sociedades de Intermediación Aduanera lo que permitía el cumplimiento de los fines y principios establecidos en el Estatuto Aduanero.

Recordemos que en asuntos aduaneros las Sociedades de Intermediación Aduanera cumple una función auxiliar de la administración aduanera y su propósito es facilitar las operaciones frente a la DIAN razón por la cual el mismo Decreto 2685 de 1999 prevé sus intrínsecas obligaciones y sus responsabilidades frente a sus particulares funciones.

De cara a esa circunstancia es perfectamente posible que para efectos de agilidad y por manejo de las normas que gobiernan los asuntos aduaneros, los importadores en general recurran a este tipo de sociedades en aras de agilizar tales procedimientos, así pues que como es factible que el importador agilice su trámite también lo es que el trámite lo realice una SIA por mandato del importador y de esa manera adquiera la calidad de declarante, así pues el régimen de obligaciones contenidas en el artículo mencionado guarda relación directa con la lógica comercial y los que pretende es que dado que las sociedades de intermediación tienen responsabilidades específicas cumplan a cabalidad las mismas.

Así las cosas el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, lo que hace es determinar los deberes a cargo de las SIAS y la responsabilidad directa en cuanto al pago de los gravámenes para el caso que nos ocupa, lo cual no viola derecho alguno y por el contrario de antemano salvaguarda principios constitucionales como el de la seguridad jurídica.

Precisado lo anterior, Sala se adentrará a estudiar sobre el fondo del asunto.

5. ANTECEDENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES APLICABLE AL CASO.

El Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, es adoptado en Colombia como un instrumento para clasificar arancelariamente y de manera uniforme las mercancías objeto de procesos de comercio exterior.

El Sistema Armonizado fue incorporado mediante la **Ley 646 de 2001**, al aprobarse el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación de Mercancías-Sistema Armonizado-. En dicho convenio el Sistema Armonizado se define como la nomenclatura que comprende las partidas, subpartidas y los códigos numéricos correspondientes, las notas de las secciones, de los capítulos y de las subpartidas, así como las Reglas Generales para la interpretación del Sistema Armonizado que figuran en el anexo del Convenio.

La nomenclatura presenta en forma sistemática las mercancías que son objeto de comercio internacional; agrupa estas mercancías en secciones, capítulos y subcapítulos, con títulos tan concisos como ha sido posible, indicando la clase o naturaleza de los productos que en ellos se incluyen.

El sistema está constituido por reglas generales de interpretación, notas de sección, notas de capítulos y notas de partidas ordenadas de forma sistemática, las cuales, a

su vez, se encuentran subdivididas en subpartidas que permiten la clasificación de las mercancías de acuerdo con el grado de elaboración o procesamiento y su función⁹.

Dentro de los antecedentes jurisprudenciales que profundizan sobre el asunto encontramos la sentencia de fecha veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011), mediante la cual el H. Consejo de Estado, bajo la ponencia del Consejero HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS –número interno 16090- presenta un nuevo cambio jurisprudencial en cuanto al carácter de acto general que ostenta el acto de clasificación arancelaria de un bien o servicio, y se expone la evolución normativa que se ha efectuado sobre la Clasificación Arancelaria, sosteniendo lo siguiente:

“Ahora bien, clasificar una mercancía implica ubicarla en la nomenclatura del Arancel de Aduanas que “(...) es un instrumento económico con el que se regula el intercambio comercial de un País con otros países”. Ese instrumento comprende todas las mercancías susceptibles de comercio internacional a las que se les asigna un código numérico que las identifica de manera unívoca e inequívoca.

La nomenclatura que a nivel mundial rige actualmente es el Sistema Armonizado que corresponde a un modelo desarrollado en 1988 por la Organización Mundial de Aduanas OMA.¹⁰

Este sistema creó un estándar uniforme multi-propósito y de lenguaje común para la clasificación de los bienes que se comercian a nivel mundial. No sólo tiene aplicación para el cobro de impuestos de importación, sino que es utilizado para elaboración de estadísticas de comercio internacional, monitoreo de productos controlados y establecimiento de políticas arancelarias, entre otras. La nomenclatura que se diseñó

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera ponente CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ Bogotá D C , dieciséis (16) de junio de dos mil once (2011) Radicación número 08001-23-31-000-2003-00824-01(17467) Actor: MONOMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S A. Demandado DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

¹⁰ La primera y más antigua nomenclatura estadística uniforme en ser aprobada por una convención internacional fue la adoptada en la Segunda Conferencia Internacional sobre Estadísticas Comerciales, celebrada en Bruselas en 1913 Esta convención fue firmada por 29 países Posteriormente se elaboró la “Nomenclatura de Ginebra”, cuya primera versión quedó terminada en 1931 y fue revisada en 1937 Este fue el antecedente del Convenio de Bruselas del 15 de diciembre de 1950 sobre la Nomenclatura para la Clasificación de las Mercancías en los Aranceles de Aduanas, modificado por el Protocolo de Enmienda de 1955

En Colombia, mediante la Ley 646 de 2001 se aprobó el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de designación y Codificación de Mercancías de Bruselas de 1983 y el Protocolo de Enmienda al Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, dado en Bruselas en 1986

y que se mantiene actualizada es lo suficientemente amplia y estructurada para clasificar a cada mercancía en una y sólo **una subpartida arancelaria**. Para ello, existen las notas legales, reglas generales de interpretación del sistema armonizado, nomenclaturas, las notas explicativas, el índice de criterios y el índice alfabético. Adicionalmente, el Arancel está organizado de manera progresiva con arreglo al grado de elaboración: materias primas, productos en bruto, productos semi elaborados y productos terminados. Sin embargo, a medida que el grado de elaboración aumenta, la **clasificación obedece a la función que caracteriza a la mercancía**.

Para los países miembros de la Comunidad Andina, por Decisión 249 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se aprobó la Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA), basada en la citada nomenclatura del Sistema Armonizado, aprobado como texto único mediante Decisión 381 del 28 de noviembre de 1995. La NANDINA es actualizada cada año para introducir las modificaciones de interés subregional y las que se derivan de los acuerdos de la Organización Mundial de Aduanas o de los compromisos internacionales¹¹.

Cada País Miembro utiliza la NANDINA como base para la elaboración de los Aranceles Nacionales, para lo cual debe respetar todas las Reglas Interpretativas, Notas legales, Notas Complementarias, textos de partidas y de subpartidas y códigos de ocho dígitos que la componen. Si bien los Países Miembros pueden crear, para la elaboración de sus Aranceles, Notas Complementarias Nacionales y desdoblamientos a diez dígitos, no pueden **contravenir la NANDINA**¹².

En Colombia actualmente rige el Decreto 4589 de 2006 por medio del cual se adoptó el Arancel de Aduanas expedido para dar cumplimiento a la Decisión 653 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que adoptó en la Nomenclatura NANDINA, la Cuarta Recomendación de Enmienda al Sistema Armonizado, que entró a regir el **1º de enero de 2007**. Este Decreto derogó el Decreto 4341 de 2004.

¹¹ La última actualización y modificación se realizó mediante Decisión 722 del 27 de noviembre de 2009 de la Comunidad Andina

¹² Artículos 3º y 4º de la Decisión 381 del Acuerdo de Cartagena, derogada por la Decisión 507 de 2001, derogada a su vez por la 570 y ésta a su vez por la 653

Por otra parte, mediante la Decisión 572 la CAN adoptó el arancel integrado ARIAN¹³, sistema que recoge la nomenclatura Nandina y sus actualizaciones, así como las subpartidas de los países miembros (código a 10 dígitos)¹⁴” (Resalto fuera del texto).

De esta manera encontramos que el Arancel de Aduanas contiene una serie de reglas que deben ser observadas a fin de lograr la verdadera clasificación de las mercancías que son objeto de importación.

Por tanto, se deberá acudir a los ítems previamente establecidos en aras de lograr la verificación que la partida escogida ha sido la correcta.

6. CASO CONCRETO.

6.1. Hechos relevante probados

Para resolver el problema jurídico planteado considera la Sala pertinente resaltar lo acreditado en el expediente:

1. En virtud del contrato de intermediación aduanera existente entre HUNTSMAN COLOMBIA LTDA y la SIA AGENCOMEX LTDA, se presentaron 56 declaraciones con fechas desde el 05/05/2004 hasta el 11/03/2005; en dichas declaraciones se clasificó la mercancía en la subpartida arancelaria No. 29.29.10.90.00, (Folios 28 a 71 y 81 a 93 del expediente administrativo) y se hizo la siguiente descripción:

“Compuestos con otras funciones nitrogenadas. Isocianatos. Los demás nombre comercial RUBINATE 505 nombre genérico metildifenildiisocianato (methylenediphenyliisocyanate). Calidad industrial. Concentración 100%. Presentación de la materia prima Líquido viscoso de color café Composición principio activo 4-4 Difenilmetano Diisocianato, contenido NCO 30.7% participación principio activo. 96% ingredientes inertes 5% Empaque tambor x 250 k. n. Producto a fabricar.

¹³ Decisión que fue derogada por la Decisión 657 de 2006 que empezó a regir a partir del 1º de enero de 2007.

¹⁴El ARIAN, aprobado por medio de la Decisión 657, es un sistema que permite recoger, validar e incorporar a una base de datos toda la información y normativa que generan los órganos de decisión de la Comunidad Andina, mediante las aperturas, en los casos en que sea necesario, de las Subdivisiones de la Nomenclatura Común Andina (NANDINA), para designar las mercancías que sean objeto de reglamentaciones específicas www.comunidadandina.org.

Espuma Depoliuretano. Uso del producto final. Para el aislamiento de neveras, refrigeradores y cuartos fríos. Fabricante y país. Huntsmanpolyurethanes- EE.UU. 117000.00 K.N. (468) TAMBORES PUBA 029/04/ DOM 7503/2004¹⁵.”

2. En la referida declaración de importación fue cancelado un impuesto arancel del 0% y un 16% de IVA.

3. Mediante Memorando No. 735 del 19 de septiembre de 2003, la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera, informa que se importando productos denominados: Desmodur 44 V 20 L, Suprasec 5005, Rubinate 44 y Lupranate M 20 S, los cuales son nombres comerciales asignados por diferentes fabricantes al “DIPHENILMETHANE DIISOCYANATE” conocido también como MDI; opinando que estos productos deben clasificarse en la Subpartida 3911.90.00.00 del Arancel de Aduanas, por tratarse de un prepolímero constituido por una mezcla de Diisocianato de difenilmetano POLIMÉRICO Y OLIGÓMEROS, el se hace reaccionar con compuestos polihidroxilados para obtener una gran variedad de poliuretanos. Y solicitan se realicen las importaciones por la subpartida arancelaria correcta.

4. A la Sociedad demandante le fue formulado Requerimiento Especial Aduanero No. 000268 del 18 de agosto de 2005 por medio de la cual se le ordenaba corregir a la División de Liquidación de la Administración las declaraciones de importación que la Sociedad demandante había presentado bajo la subpartida 29.29.10.90.00¹⁶. (Folio 152)

5. Mediante Resolución No. 002538 del 14 de diciembre de 2005, la demandada corrigió las subpartidas arancelarias y formuló Liquidación Oficial de Corrección, por incurrir en error en la clasificación arancelaria de la mercancía descrita en la declaración en las distintas declaraciones de importación, y en la que se clasificó en la

¹⁵ Folio 29 (Rubinate 505) Para las siguientes declaraciones la descripción de la mercancía se tiene en los Folios 32 (Suprasec 2904), 36 (Suprasec 2981) - 41 (Rubinate 7500) - 43 (Suprasec 2982).

¹⁶El auto de apertura de expediente corresponde al No 50389 de fecha 21/07/05, y el radicado No RA 2005 2005 50389

subpartida 29.29.10.90.00 , cuando por sus características le correspondía clasificarse en la subpartida 39.09.30.00.00, según la interpretación de las reglas generales de la Nomenclatura Común Nandina. Como valor a pagar se determinó al suma de \$2.953.346.804.(Folio 267 del expediente administrativo)

Con relación a las consideraciones tenidas en cuenta por la entidad demandada se resaltan las siguientes:

“4. Consultando en el arancel de aduanas, se tiene los desdoblamientos de la subpartida arancelaria declarada por el importador (29.29.10.90), clasificándola como un isocianato puro (...)

Sin embargo, de acuerdo a la composición técnica de la mercancía en cuestión y de conformidad con el arancel de aduanas se puede concluir que corresponden a compuestos de isocianatos que deben ser clasificados por la Subpartida Arancelaria 39.09.30.00.00, en virtud de las Reglas Generales Interpretativas 1 y 6 y la Nota Legal 39-3, del mencionado texto arancelario y a la enmienda a las notas explicativas del Sistema Armonizado, realizada por la Organización Mundial de Aduanas. en su Sesión 33 de Mayo de 2004; debiendo liquidarse un gravamen del 15% y un iva general del 15%

Más adelante se expone en dicha resolución lo siguiente:

En aras de determinar la correcta clasificación arancelaria del producto en estudio, el Jefe de la División de Arancel, da respuesta a la consulta realizada en estudio al respecto, mediante Oficio No. 6100047-1638 del 16/11/2005 en el cual manifiesta (visible a folio 249):

*“Me permito informarle que en las Condiciones Generales del Capítulo 39 de las **Notas Explicativas** del sistema armonizado se definen los términos “polímeros” “prepolímeros”, “polímeros modificados químicamente”, “copolímeros y mezclas de polímeros” y en las Notas Explicativas de la partida 39.09 se define resinas amínicas”.*

Ahora bien, nótese que la DIAN, en la referida Resolución señala que “Me permito informarle que en las Condiciones Generales del Capítulo 39 de las **Notas Explicativas** del sistema armonizado se definen los términos “polímeros” “prepolímeros”, “polímeros modificados químicamente”, “copolímeros y mezclas de polímeros” y en las **Notas Explicativas** de la partida 39.09 se define resinas amínicas.”(Subrayas fuera del texto) Con lo anterior queriéndose significar que la nueva clasificación elaborada contiene como fundamentos las Notas Explicativas del Sistema Armonizado y no simplemente las notas legales del Arancel de Aduanas.

6.2 Conclusión

De acuerdo a lo expuesto, la Sala encuentra que se hace menester verificar si el fundamento contenido en los actos enjuiciados corresponde a la correcta interpretación del Sistema Armonizado; de ésta manera nos remitimos a las “Reglas Generales para Interpretación de la Nomenclatura” que aparecen en el literal A del numeral III del artículo 1° del Decreto 4341 de 2004 y del Decreto 2800 de 2001, normas aplicables para el caso en estudio. Se precisa que en el presente asunto, las declaraciones presentadas por la entidad demandante se realizaron bajo la vigencia del Arancel de Aduanas correspondiente al Decreto 2800 de 2001 (para las efectuadas antes del 1° de enero de 2005) y del Arancel de Aduanas correspondiente al Decreto 4341 de 2004 (para las declaraciones efectuadas a partir del 1° de enero de 2005).

Las reglas interpretativas a que se hace referencia, establecen:

“III. NORMAS SOBRE CLASIFICACIÓN DE MERCANCÍAS.

A. REGLAS GENERALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NOMENCLATURA

La clasificación de las mercancías en la Nomenclatura se regirá por las reglas siguientes:

1. *Los títulos de las Secciones, de los Capítulos o de los Subcapítulos sólo tienen un valor indicativo, ya que la **clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas** y de las Notas de Sección o de Capítulo y si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas, de acuerdo con las Reglas siguientes:*

2. a) *Cualquier referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que éste presente las características esenciales del artículo completo o terminado. Alcanza también al artículo completo o terminado, o considerado como tal en virtud de las disposiciones precedentes, cuando se presente desmontado o sin montar todavía.*

b) *Cualquier referencia a una materia en una partida determinada alcanza a dicha materia incluso mezclada o asociada con otras materias. Asimismo, cualquier referencia a las manufacturas de una materia determinada alcanza también a las constituidas total o parcialmente por dicha materia. La clasificación de estos productos mezclados o de estos artículos compuestos se efectuará de acuerdo con los principios enunciados en la Regla 3.*

3. *Cuando una mercancía pudiera clasificarse, en principio, en dos o más partidas por aplicación de la Regla 2 b) o en cualquier otro caso, la clasificación se efectuará como sigue:*

a) *la partida con descripción más específica tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más genérico. Sin embargo, cuando dos o más partidas se refieran, cada una, solamente a una parte de las materias que constituyen un producto mezclado o un artículo compuesto o solamente a una parte de los artículos en el caso de mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, tales partidas deben considerarse igualmente específicas para dicho producto o artículo, incluso si una de ellas lo describe de manera más precisa o completa;*

b) los productos mezclados, las manufacturas compuestas de materias diferentes o constituidas por la unión de artículos diferentes y las mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, cuya clasificación no pueda efectuarse aplicando la Regla 3 a), se clasificarán según la materia o con el artículo que les confiera su carácter esencial, si fuera posible determinarlo;

Cuando las Reglas 3 a) y 3 b) no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta.

4. *Las mercancías que no puedan clasificarse aplicando las Reglas anteriores se clasificarán en la partida que comprenda aquellas con las que tengan mayor analogía.*

5. *Además de las disposiciones precedentes, a las mercancías consideradas a continuación se les aplicarán las Reglas siguientes:*

a) los estuches para cámaras fotográficas, instrumentos musicales, armas, instrumentos de dibujo, collares y continentes similares, especialmente apropiados para contener un artículo determinado o un juego o surtido, susceptibles de uso prolongado y presentados con los artículos a los que están destinados, se clasificarán con dichos artículos cuando sean del tipo de los normalmente vendidos con ellos. Sin embargo, esta Regla no se aplica en la clasificación de los continentes que confieran al conjunto su carácter esencial;

b) salvo lo dispuesto en la Regla 5 a) anterior, los envases que contengan mercancías se clasificarán con ellas cuando sean del tipo de los normalmente utilizados para esa clase de mercancías. Sin embargo, esta disposición no es obligatoria cuando los envases sean susceptibles de ser utilizados razonablemente de manera repetida.

6. *La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada legalmente por los textos de estas subpartidas y de las Notas de*

subpartidas así como, mutatis mutandis, por las Reglas anteriores, bien entendido que solo pueden compararse subpartidas del mismo nivel. A efectos de esta Regla, también se aplican las Notas de Sección y de Capítulo, salvo disposición en contrario.”

La frase si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas, contenida en la Regla 1., está destinada a precisar, sin lugar a equívoco, que el texto de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo tiene prioridad sobre cualquier otra consideración para determinar la clasificación de una mercancía.

Definido lo anterior, es procedente analizar el texto de las partidas y subpartidas en discusión, teniendo en cuenta lo estipulado en las reglas generales de interpretación y en las notas legales de cada capítulo, con el fin de precisar si al producto (Los Productos) le corresponde la subpartida 29.29.10.90.00, acogida por la demandante o la 3909.30.00.00, defendida por la Administración.

La partida 2929: **Compuestos con otras funciones nitrogenadas**

Subpartida 10	-Isocianatos
Subpartida10.00	--Toluendiisocianato
Subpartida90.00	--Los demás

Subpartida 29.29.10.90.00 los demás. (Entendiéndose los demás isocianatos).

La partida 3909: **Resinas amínicas, resinas fenólicas y poliuretanos en forma primaria.**

Subpartida 30.00.00 –Las demás resina amínicas.

Subpartida 39.09.30.00.00 las demás resinas amínicas.

Y de acuerdo a las fichas técnicas presentadas por el declarante, efectivamente se encuentra que el producto corresponde a metildifenildiisocianato

(methylenediphenyliisocyanate, el cual es definido mediante la Enciclopedia Libre – Wikipedia- Como:

*Metileno difenildiisocianato, más a menudo abreviado como MDI, es un aromático **diisocianato**. Existe en tres isómeros, 2,2 '-MDI , 2,4 '-MDI y 4,4 '-MDI , sin embargo, el isómero 4,4 'es el más ampliamente utilizado. Este **isómero** es también conocido como MDI puro. MDI **reacciona con polioles** en la fabricación de poliuretano. Es el diisocianato que más se produce, lo que representa el 61,3% del mercado mundial en el año 2000.¹⁷*

Con relación a las Notas legal del Capítulo 39, tenemos que se consagran las siguientes:

En las partidas 39.01 a 39.11 sólo se clasificarán los productos de las siguientes categorías obtenidos por síntesis química:

a) las poliolefinas sintéticas líquidas que destilen una proporción inferior al 60% en volumen a 300°C referidos a 1.013 milibares cuando se utilice un método de destilación a baja presión (partidas 39.01 y 39.02);

b) b) las resinas ligeramente polimerizadas del tipo del tipo de las resinas de cumarona-indeno (partida 39.11);

c) los demás polímeros sintéticos que tengan por lo menos 5 unidades monoméricas, en promedio;

d) las siliconas (partida 39.10);

e) los resoles (partida 39.09) y demás prepolímeros.

Aplicando las Reglas Generales de Interpretación antes señalada, atendiendo al texto legal contenido para cada partida y subpartida, se concluye que los productos declarados corresponden efectivamente a la partida señalada por el demandante, esto en aplicación de la Reglas 3ª, al determinar que “la partida con descripción más

¹⁷ Consultado hoy en la página de internet es.wikipedia.org/wiki/Diisocianato_de_difenilmetano

específica tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más genérico”, puesto que su esencia corresponde a Isocianato, estando dicho elemento determinado específicamente en el Arancel Aduanero, muy a pesar que dicho material pueda ser combinado con polioles en la fabricación de poliuretano.

Ahora bien, remitiéndonos a las Notas Explicativas conforme lo realizó la entidad demandada, observamos que en las notas explicativas del Capítulo 39 se precisa¹⁸:

39.09 RESINAS AMINICAS, RESINAS FENOLICAS Y POLIURETANOS, EN FORMAS PRIMARIAS.

3909.10 – Resinas ureicas; resinas de tiourea.

3909.20 – Resinas melamínicas.

3909.30 – Las demás resinas amínicas.

3909.40 – Resinas fenólicas.

3909.50 – Poliuretanos.

Esta partida comprende:

1) Las resinas amínicas

Proceden de la condensación de aminas o amidas con aldehídos (formaldehído, furfural u otros). Las más importantes son los productos de condensación del formaldehído con la urea o la tiourea (resinas ureicas y resinas tioureas), con la melamina (resinas melamínicas) o con anilina (resinas de anilina).

Estas resinas se utilizan para la fabricación de artículos de plástico transparente, translúcido o con varios colores y poseen un hermoso brillo; se emplean para obtener por moldeo utensilios de mesa, artículos de fantasía u objetos para usos electrotécnicos. En disolución y dispersión (emulsiones o suspensiones) (modificadas

¹⁸ VERSIÓN ÚNICA EN ESPAÑOL DE LAS NOTAS EXPLICATIVAS DEL SISTEMA ARMONIZADO (VUENESA) NOTAS EXPLICATIVAS QUE INCORPORAN LA CUARTA ENMIENDA DEL SISTEMA ARMONIZADO <http://www.x.com.pe/Descargas/vuenesa.pdf> Versión publicada en el Diario Oficial de México del día lunes 2 de julio de 2007, bajo el auspicio del Convenio Multilateral sobre Cooperación y Asistencia Mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas de América Latina, España y Portugal (COMALEP)

o no con aceites vegetales, ácidos grasos, alcoholes u otros polímeros sintéticos), se utilizan como adhesivos, aprestos para textiles, etc.

De acuerdo a dicha modificación encontramos, que ha surgido como nueva clasificación arancelaria de Los Productos, los **Poliuretanos**, pero atendiendo a la esencia de las **notas explicativas**, observamos que éstas incorporan la cuarta enmienda del sistema armonizado, y por tanto debe tenerse en cuenta la vigencia de dicha Enmienda (cuarta modificación) para lograr precisar si era aplicable o no al momento de presentarse las declaraciones de importación por la entidad demandante.

De los actos administrativos enjuiciados, se desprende la Enmienda en mención fue adoptada en la Sesión 33 de mayo de 2004. Al consultar el Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de las Mercancías adoptado en Bruselas el 14 de Junio de 1983 en su artículo 16 señala el procedimiento para la aplicación de las enmiendas, y el mismo dispone lo siguiente:

“(…)

4.- Las enmiendas aceptadas entrarán en vigor para todas las partes contratantes en una de las fechas siguientes:

a.- el 1 de enero del segundo año que siga a la fecha de notificación, si la enmienda recomendada fue notificada antes del 1 de abril.

b.- el 1 de enero del segundo año que siga a la fecha de notificación, si la enmienda recomendada fue notificada el 1 de abril o posteriormente

(…)” (Resaltado fuera del texto).

Como quiera que la enmienda fuera adoptada en la Sesión 33 de mayo de 2004, se ajusta a lo estipulado en el literal b) de la norma en cita, por ende entra en vigor a partir del 1º de enero de 2007.

Las enmiendas al igual que una legislación de orden sustancial, se aplican a partir de la fecha de su promulgación o a partir de la fecha en que se señale su vigencia y hacia el futuro.

En el caso objeto de estudio, al analizar las declaraciones realizadas desde mayo 2004 a marzo 2005, encontramos que la modificación no puede ser aplicada ya que las enmiendas no poseen como característica la de ser aplicadas en forma retroactiva, y por consiguiente no puede sustentar jurídicamente los actos demandados, ni la Resolución 08547 de 2004 (-expedida en virtud de lo dispuesto en el artículo 236 del Decreto 2685 de 1999¹⁹-) como lo pretende demostrar la entidad demandada, ya que dicho ente toma como fundamento de la nueva clasificación arancelaria una enmienda que aún no se encontraba vigente, como lo hemos explicado.

En este sentido, las resoluciones cuestionadas no debieron aplicar el nuevo arancel establecido a partir de la Cuarta Enmienda al Sistema Armonizado, y por el contrario, la autoridad aduanera debió aplicar la partida arancelaria vigente al momento de presentarse las declaraciones de importación, de acuerdo a los estudios, conceptos y oficios que compilaban la posición institucional y no por la señalada por la Enmienda de la Organización Mundial de Aduanas, por cuanto su vigencia se encontraba supeditada a las reglas del Convenio Internacional, en la cual se aplicación se daba en suspenso hasta el 1º de enero de 2007

Así las cosas, resulta acertada la liquidación privada del demandante en la cual declaró la mercancía importada por la subpartida arancelaria 29.29.10.90.00 correspondiéndole un arancel del cero por ciento (0%) y un IVA del dieciséis por ciento (16%), y por consiguiente resulta evidente la prosperidad del cargo nulidad

¹⁹ A solicitud de los particulares, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá efectuar mediante resoluciones, clasificaciones arancelarias de conformidad con el Arancel de Aduanas Nacional. Adicionalmente, cuando la citada entidad considere necesario armonizar los criterios que deban aplicarse en la clasificación de mercancías, según el Arancel de Aduanas Nacional, efectuará de oficio, mediante resolución motivada, clasificaciones arancelarias de carácter general. Para los efectos previstos en este artículo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales reglamentará lo relativo a la expedición de las mencionadas clasificaciones arancelarias. Contra las clasificaciones arancelarias no procederá recurso alguno.

propuesto por la parte actora en cuanto a la falsa motivación de los actos administrativos demandados, lo cual se traduce en la declaratoria de Nulidad de la Resolución No. 2538 del 14 de diciembre de 2005, por la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena expidió Liquidación Oficial de Corrección mediante la cual reclasificó por la Subpartida Arancelaria 39.09.30.00.00 los isocianatos clasificados en las declaraciones de importación por la Subpartida Arancelaria 29.29.10.90.00, y la Resolución No. 1294 del 17 de mayo de 2006, expedida por la División Jurídica de la misma Administración, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad demandante.

Lo anterior por cuanto al momento de la presentación de las 56 declaraciones de importación con fecha desde mayo de 2004 a marzo de 2005, le era aplicable a la mercancía importada la subpartida arancelaria 29.29.10.90.00, partida que fue aplicada en ese momento de manera correcta por parte del importador, y no la subpartida 39.09.30.00.00, como en efecto pretende la DIAN, ya que ésta última subpartida fue considerada como la aplicable a ese tipo de mercancía, pero con posterioridad a la presentación de las declaraciones, no pudiendo la Administración de Aduanas vulnerar la seguridad jurídica del importador.

Por último, en cuanto a la condena en costas, no se accederá a su declaración teniendo en cuenta que en lo contencioso administrativo 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-

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala especial de descongestión No. 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR la **NULIDAD** de la Resolución No. 2538 del 14 de diciembre de 2005, por la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena expidió Liquidación Oficial de Corrección mediante la cual reclasificó por la Subpartida Arancelaria 39.09.30.00.00 los isocianatos clasificados en las declaraciones de importación por la Subpartida Arancelaria 29.29.10.90.00, y la Resolución No. 1294 del 17 de mayo de 2006, expedida por la División Jurídica de la misma Administración, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad demandante.

SEGUNDO- Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se ordena a la DIAN -en el evento que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena haya forzado coactivamente al pago de la sanción-DEVOLVER a la sociedad AGENCOMEX LTDA SIA las sumas cobradas.

TERCERO: Los saldos que resulten a favor de AGENCOMEX LTDA SIA correspondientes a los dineros pagados en ejecución de las resoluciones antes mencionadas, deberán actualizarse debidamente, conforme a la siguiente fórmula:

$$Va = Vh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor actualizado Va, se determina multiplicando el Valor histórico Vh, que es lo que se debe devolver a la sociedad demandante, desde la fecha de causación, por el guarismo que resulte de dividir, el índice de precios al consumidor vigente a la

fecha que la DIAN devuelva los dineros pagados con ocasión de la sanción (índice final), entre el índice de precios al consumidor vigente a la fecha en que se debió aceptar la declaración.

CUARTO: Reconocer intereses moratorios a la sociedad AGENCOMEX LTDA SIA, de conformidad con los artículos 863 y 864 del Estatuto Tributario.

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá dentro los términos previsto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

OCTAVO: Publíquese en la Gaceta Oficial del Tribunal Administrativo de Bolívar.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

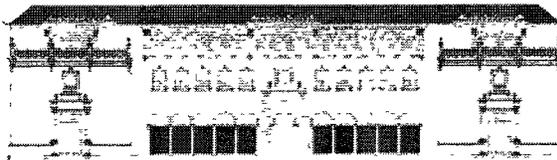
Constancia el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS,


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTANO


JORGE FANDINO GALLO



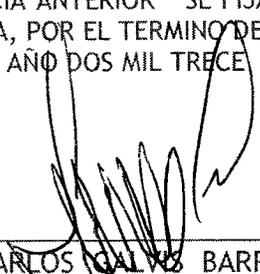
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1249
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: AMADA ESTRADA DE JULIO
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2007-00179-01
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. 267-2013

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

TEMA: Incremento Pensional – Ley 6ª de 1992 y Decreto 2108 de 1992

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: No. 13-001-33-31-002-2007-00179-01

II. PARTES

Demandante: AMADA ESTRADA DE JULIO

Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR

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 seis (6) de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

1. *“Que es nulo el oficio sin número de fecha 17 enero 17 de 2007, expedida por el Departamento de Bolívar- Secretaria de Talento Humano- Fondo Territorial de Pensiones, mediante el cual se dice que se encuentra cancelado el reajuste ordenado por la ley 6ª y el Decreto Reglamentario 2108 de 1992.*

2. *Que consecuentemente, se ordene al Departamento de Bolívar a reajustar la mesada de la señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO a partir del año de 1993 y como consecuencia de este reajuste se le devuelvan los reajustes de las mesadas y primas no reajustadas desde que el derecho se hizo exigible y hasta que efectivamente se lleve a cabo la orden.*

3. *La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C.C.A., aplicando los reajustes de valor (indexación) desde que la ley lo ordenó 1993 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*

4. *La Gobernación de Bolívar, dará cumplimiento a la sentencia en los términos del art. 176 del C.C.A.*

5. *Si no se efectuara el pago en forma oportuna, la entidad liquidara los intereses comerciales y moratorios como lo explica el art. 177 del C.C.A.”*

2. HECHOS

1.- *La señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, mediante resolución No. 233 de fecha 19 de enero de 1988 del Departamento de Bolívar, le fue reconocida su Pensión Vitalicia de Jubilación a partir del 04 de Septiembre de 1987.*

2. *La Ley 6ª de 1992, en cuyo art. 116 dispuso el ajuste a las pensiones, refiriéndose al Sector Público Nacional, para dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en los art.*

46, 48 y 53 de la Constitución Nacional y demás normas concordantes y aplicables, estableció un reajuste y su Derecho Reglamentario 2108/92 dispuso los requisitos tales como el haberse pensionado por el estado con antelación a 1998.

3. El Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 21 de noviembre de 1996, de acuerdo con el principio fundamental consagrado en el art. 4° de la Constitución que reza: "en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra Norma Jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales", declaro inaplicable la expresión "del Orden Nacional" contenida en el art. 1° del Decreto 2108 de 1992, por ser contraria al art. 13 de la Carta Magna (Consejo de Estado, expediente 15723) y así dio cabida a que todas las entidades del estado Regionales, Departamentos, Territoriales y Distritales accedieran al derecho.

4. Mediante interposición de un Derecho de petición de fecha 28 de noviembre de 2005 mi cliente a través mío solicitamos al Departamento de Bolívar, se diera aplicación de la norma referida y el consecuente reajuste a su pensión de jubilación.

5. Mediante oficio sin número de fecha enero 17 de 2007, el señor Gobernador de Bolívar, por intermedio de sus dependencias manifiesta que la señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, fue reajustado, e incluso manifiesta que arrojó en acumulado en dinero a favor de mi apadrinado y solo se limita a concluir que esta reajustada la mesada y que ya la ley fue declarada inexecutable, lo que en fallos de los Tribunales Administrativos, Juzgados y hasta el Consejo de Estado consideran que no implica que las entidades de previsión social o los órganos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos que no habían sido realizados al momento de notificar las sentencias, por ineficiencia de la misma entidad, pues de un lado el derecho de los pensionados al reajuste, es una situación jurídica consolidada que goza de protección Constitucional (art. 58 Derechos Adquiridos) y por otro está el principio de la efectividad de los derechos (art. 209). La

ineficiencia de las autoridades no puede ser razón válida para desconocer los derechos de los particulares pues el Decreto 2108 de 1992 ordena una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes del primero de enero de 1989.

6. Sin embargo teniendo en cuenta el Certificado de mesadas recibidas por la Señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, durante los años 1992 a 2006. Certificado expedido por la misma Gobernación de Bolívar, nos demuestra que el aumento pensional del 14% que le corresponde y que debió llevarse a cabo entre los años 1994 a 1995 no se hizo ni siquiera en los años posteriores.

7. además la señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, declara no haber recibido NUNCA suma alguna por concepto de pago por el reajuste de la ley 6ª y el Decreto 2108 de 1992.

8. Es un hecho notorio los graves inconvenientes que el no pago de este reajuste le ha causado la judicialidad de los mismos a las arcas del Departamento de Bolívar, por ello se hace indispensable al demostrar la falta de pago del reajuste obligatorio siendo que este además fue cancelado por el Ministerio de Educación Nacional desde el año 1993.

9. El Ministerio de Educación Nacional en Oficio 0308 de fecha 21 de febrero de 1997, en el tercer párrafo da las instrucciones a la Dra. Miriam Polo Gomes Jefe de la División del Fondo Territorial de Pensionados con derecho aplicándoles el porcentaje anual (7%) 1994 y (7%) 1995 de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2108 y para definir la mesada del 97 aplicarles con posterioridad el IPC del 96 (21.63), por ello no entenderemos por que no se ve reflejado este reajuste oficiosamente legal en las mesadas certificadas.

10. Mi poderdante ha dejado de devengar en su mesada un dinero que le hubiere podido facilitar en gran medida su vejez, con un mejor estatus económico las

facilidades en salud, transporte, alimentación y recreación serian evidentes, por el contrario esa falta de conciencia de la Gobernación para solucionar lo evitable a tiempo a desmejorado la calidad de vida de mi cliente quien a su edad sufre pensando en morir sin llegar a disfrutar de su derecho adquirido desde el año 1993 y que a la fecha le sigue negando.

11. Con la producción del acto demandado queda agotada la vía gubernativa.

12. La señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO me ha conferido poder especial, amplio y suficiente para el ejercicio de la presente demanda.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

- Decreto 2108 de 199.
- Ley 6ª de 1992.

Se transgredieron las disposiciones constitucionales de la Igualdad en especial por hacer parte del grupo social más débil el anciano, los derecho a pesar de haber sido adquiridos por mi apadrinado, por cumplir con los requisitos de ley para que su estatus social mejorara tal y como lo proclama el espíritu de la ley 6a., se crea buscando la igualdad entre los abismos que se establecieron entre los pensionados de año 1989 en adelante con los que dejaban atrás.

La protección de la pensión tiene en el derecho Colombiano un estado de protección absoluto, contra todo tipo de ataque está la ley en entera disposición de salva guardar este derecho, por ello esta violación al pensionado es flagrantemente un atentado a la seguridad social que el estado está en obligación de defender y por ello acudimos a usted señor(a) Juez, como garante de la ley para que determine si el pensionado está siendo vulnerado en sus derechos y se corrija inmediatamente pues no está demás decirle de la vulnerabilidad del grupo social que ahora estoy defendiendo.

B. LA CONTESTACION

La entidad demandada, contesta oportunamente la demanda, manifestando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la misma, señala la entidad que en el año 1997 la Gobernación de Bolívar por conducto del Fondo Territorial de Pensiones y en virtud de una orden impartida por el Ministerio de Educación Nacional, procedió a la revisión de todas las pensiones de los Docentes Nacionalizados del Departamento de Bolívar, con el fin de proceder a su reajuste de conformidad con la ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992 a quienes tuviesen el derecho. Fue así, como en ese mismo año, a la señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, se le reajusto su pensión y se le canceló por concepto de diferencias pasionales (sic) un retroactivo por valor de (\$1.092.348.64), tal y como quedara demostrado en curso del proceso.

Así mismo señala la demandada, que además de los ya expuestos en otros apartes de esta contestación, expone los siguientes hechos y razones en que se fundamenta la defensa y que dan lugar a que se rechacen de plano todas las pretensiones de la demanda en atención a que en la actualidad todas ya se encuentran satisfechas por parte de mi defendida.

Además de lo anterior la entidad demandada propone las siguientes expresiones:

- Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.
- Pago.
- Prescripción de los reajustes de las mesadas pensionales.
- Buena fe.

V. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias negó las pretensiones de la demanda, manifestando que de la lectura dada al oficio de fecha 17 de enero de 2007, se desprende con total claridad que no existe una negación del

derecho al reajuste reclamado por la actora, sino todo lo contrario, la demandada asevera haber realizado el reconocimiento y pago de las diferencias derivadas del aludido reajuste en tanto que, el Fondo Territorial de Pensiones sostuvo que “ *en nuestros archivos se registra la nómina de cancelación de diferencias pensionales del reajuste decretado por la ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario 2108 de 1992 a su apadrinada; arrojando una suma a su favor de \$1.092.348,64, por ser ella jubilada docente nacionalizada, de donde se concluye que su mesada pasional (sic) se encuentra debidamente reajustada y actualizada...*”

Consideró el a-quo que era deber de la accionante probar con base en las mesadas percibidas que dicho reajuste no habría sido reconocido o en su defecto, de haberse dado el mismo, no generaba incidencia en los efectos fiscales de su mesada pensional.

Finalmente señaló el a-quo, que en el expediente no obra certificación o copia de las colillas de pago de los valores de las mesadas recibidas por la accionante con antelación y con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2108 de 1992, medio de prueba indispensable para desvirtuar la afirmación contenida en el acto acusado, por lo que, no se desvirtúa la presunción de legalidad de que está revestido el acto acusado, conllevando a esa instancia a negar las suplicas de la demanda.

VI. LA APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandante sustenta el recurso de apelación, manifestando que el a-quo en sus consideraciones deja de observar y tener en cuenta varios elementos de la demanda y de las pruebas allegadas con esta, que desvirtúan sus elementos de juicio frente al derecho de la actora al reajuste solicitado, nos exige un comportamiento sobre el cual si tuvimos la precaución de defender con pruebas y que él tampoco de manera oficiosa busco corroborar para encontrar la verdad verdadera de este caso que se le pone de presente.

Señala además, que se demuestra la equivocación del señor Juez de primera instancia al inobservar estos elementos que le permitían un juicio de valor diferente al

dado, declaramos bajo la gravedad del juramento prestado con la presentación de la demanda que no se ha llevado a cabo el reajuste del decreto 2108 de 1992, que no se recibió por parte de la demandante dinero alguno por concepto de diferencias de la aplicación de este reajuste, se anexa como prueba.

Así mismo señala que la entidad demandada no demuestra que realmente llevo a cabo el reajuste en la mesada de la demandante, ni que le entregó un dinero.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador 22 Judicial II para asuntos administrativos delegado ante esta Corporación, solicitó confirmar la sentencia apelada.

Este Ministerio, manifiesta que se percibe que de las pruebas aportadas, no demuestran el no reajuste de la pensión de jubilación, por otra parte manifiesta este Ministerio Público que la prueba recae sobre quien alega algo, ya que el principio establece que quien alega debe probar. El que afirma algo debe acreditar lo que afirma mediante un hecho positivo, si se trata de un hecho negativo el que afirma deberá acreditarlo mediante un hecho positivo.

En síntesis, la obligación de probar dependerá de la situación adquirida por las partes en un proceso, cada una de ellas deberá probar los hechos sobre los que funda su defensa.

Es por ello que esta Agencia del Ministerio Público, está de acuerdo con las consideraciones que tuvo el a-quo, para haber denegado las pretensiones de a accionante, por no haber probado el no pago del reajuste pensional, y al no haber solicitado pruebas para que este fuera desvirtuado.

VIII. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- El recurso fue admitido por auto de fecha 27 de Junio de 2013.
- Posteriormente por auto de 30 de Julio de 2013 se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, y al Ministerio Publico para que emitiera concepto.
- Finalmente mediante informe secretarial de fecha 29 de junio de 2012 ingreso al Despacho para la elaboración del proyecto de sentencia.

IX. CONSIDERACIONES.

1. Competencia:

De conformidad con el artículo 133 Inc. 1º del C. C. A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia de fecha 6 de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias.

2. Síntesis del caso.

La señora AMADA ESTRADA DE JULIO, le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación a partir del 4 de septiembre de 1987, mediante resolución No. 233 de fecha 19 de enero de 1988, por parte del Departamento de Bolívar, sin embargo manifiesta que la ley 6 de 1992, en su artículo 116 dispuso el ajuste a las pensiones refiriéndose al sector público nacional, para dar efectivo cumplimiento a lo señalado en los art. 46, 48 y 53 de la Carta Superior, estableciendo un reajuste por parte del decreto 2108 der 1992 para quienes adquirieron el status con antelación a 1989.

Así mismo la demandante presentó derecho de petición de fecha 28 de noviembre de 2005, la actora le solicitó al Departamento de Bolívar se diera aplicación a la norma referida y el consecuente reajuste a su pensión de jubilación, siendo esta petición resuelta mediante oficio sin número de fecha 17 de enero de 2007, el Gobernador de Bolívar manifestó a la accionante que su mesada había sido reajustada, incluso, sostuvo que tuvo un acumulado en dinero en favor de la actora, limitándose a concluir que esta reajustó la mesada.

Por su parte la entidad demandada considera que las pretensiones de la demanda deben ser despachadas en forma desfavorable, en razón de que en el año 1997 la Gobernación de Bolívar por conducto del Fondo Territorial de Pensiones y en virtud de una orden impartida por el Ministerio de Educación Nacional, procedió a la revisión de todas las pensiones de los Docentes Nacionalizados del Departamento de Bolívar, con el fin de proceder a su reajuste de conformidad con la ley 6ª de 1992 y su Decreto Reglamentario 2108 de 1992 a quienes tuviesen el derecho. Fue así, como en ese mismo año, a la señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, se le reajustó su pensión y se le canceló por concepto de diferencias pasionales (sic) un retroactivo por valor de (\$1.092.348.64), tal y como quedara demostrado en curso del proceso.

El Juez de primera instancia negó a las pretensiones de la demanda, pues considera que era deber de la accionante probar con base en las mesadas percibidas que dicho reajuste no había sido reconocido o en su defecto, de haberse dado el mismo, no generaba incidencia en los efectos fiscales de su mesada pensional.

Así mismo señaló el a-quo que no obra en el proceso certificación o copia de las colillas de pago de los valores de las mesadas recibidas por la accionante con antelación y con posterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2108 de 1992, medio de prueba indispensable para desvirtuar la afirmación contenida en el acto acusado.

Finalmente, la apoderada judicial de la parte demandante sustenta el recurso de apelación, manifestando que el a-quo en sus consideraciones deja de observar y tener en cuenta varios elementos de la demanda y de las pruebas allegadas con esta, que desvirtúan sus elementos de juicio frente al derecho de la actora al reajuste solicitado, nos exige un comportamiento sobre el cual si tuvimos la precaución de defender con pruebas y que él tampoco de manera oficiosa buscó corroborar para encontrar la verdad verdadera de este caso que se le pone de presente.

3. Acto administrativo demandado.

- Acto administrativo contenido en el Oficio sin número, de fecha 17 de enero de 2007, emanada de la Gobernación de Bolívar- Talento Humano- Fondo Territorial de Pensiones, mediante la cual aseguran que el Reajuste Pensional a que tiene derecho la señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, en desarrollo de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, fue cancelado.

4. Problema Jurídico a resolver

Vistos los argumentos expuestos por el recurrente, así como los expuestos por el Juez a-quo en la sentencia apelada, la Sala considera que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si en el caso sub judice, estuvo o no acertada la decisión del a-quo de negar las pretensiones de la demanda en cuanto al reajuste de la pensión de jubilación contenido en el artículo 116 de la ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario 2108 de 1992, y si el análisis probatorio realizado por el a quo estuvo acertado.

En aras de resolver el problema jurídico planteado, y en atención a los argumentos del apelante, la Sala en primer lugar establecerá cual es el marco normativo que regula el reajuste pensional contenido en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto Reglamentario No. 2108 de 1992, para así determinar las normas aplicables en la solución del caso concreto.

A- Marco normativo

Ley 6ª de 1992

Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se otorgan facultades para emitir títulos de deuda pública interna, se dispuso un ajuste de pensiones del sector público nacional, del siguiente tenor:

“Artículo 116. Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno

nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989.

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

Decreto 2108 de diciembre 29 de 1992

Mediante el Decreto 2108 de 1992, en desarrollo de las facultades conferidas por el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, el Gobierno nacional ajustó las pensiones de jubilación del sector público en el orden Nacional.

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

AÑO DE CAUSACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN	% DEL REAJUSTE APLICABLE A PARTIR DEL 1° DE ENERO DEL AÑO		
	1993	1994	1995
1981 y anteriores 28% distribuidos así:	12.0	12.0	4.0
1982 hasta 1988 14% distribuidos así:	7.0	7.0	--

ARTICULO 2o. Las entidades de previsión social o los organismos o entidades que están encargadas del pago de las pensiones de jubilación tomarán el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de 1992 y le aplicarán el porcentaje del incremento señalado para el año de 1993 cuando se cumplan las condiciones establecidas en el artículo 1°.

El 1° de enero de 1994 y 1995 se seguirá igual procedimiento con el valor de la pensión mensual a 31 de diciembre de los años 1993 y 1994 respectivamente, tomando como base el porcentaje de la columna correspondiente a dichos años señalada en el artículo anterior.

Estos reajustes pensionales son compatibles con los incrementos decretados por el Gobierno Nacional en desarrollo de la Ley 71 de 1988.

ARTICULO 3o. El reconocimiento de los reajustes establecidos en el artículo 1° no se tendrá en cuenta para efectos de la liquidación de mesadas atrasadas.

ARTICULO 4o. Los reajustes ordenados en el presente decreto comenzarán a regir a partir de las fechas establecidas en el artículo 1° y no producirán efectos retroactivos.”

Las anteriores normas fueron declaradas inexecutable por la sentencia C-531 de 1995, por ser violatorio al principio de unidad de materia. En dicha sentencia la corte expresó que:

“Es a la Corte a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe y protección de los derechos adquiridos, la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable. En efecto, de un lado, el derecho de estos pensionados al reajuste es ya una situación jurídica consolidada, que goza entonces de protección constitucional. Mal podría

entonces invocarse una decisión de esta Corte, que busca garantizar la integridad de la Constitución, para desconocer un derecho que goza de protección constitucional. De otro lado, en virtud del principio de efectividad de los derechos y eficacia y celeridad de la función pública, la ineficiencia de las autoridades no puede ser una razón válida para desconocer los derechos de los particulares. Nótese en efecto que tanto el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 como el Decreto 2108 de 1992 ordenaban una nivelación oficiosa de aquellas pensiones reconocidas antes de 1989 que presentaran diferencias con los aumentos de salarios, por lo cual sería discriminatorio impedir, con base en esta sentencia de inexequibilidad, que se haga efectivo el incremento a aquellos pensionados que tengan derecho a ello”.

De lo anterior se tiene que, a través del artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, se ordenó el reajuste de pensiones de jubilación del sector público del orden nacional, por los años 1993 a 1995, con el fin de compensar las diferencias con los aumentos de salarios y pensiones. Dicho reajuste aplicaba a quienes se les hubiera reconocido su pensión con anterioridad al 1º de enero de 1989.

Respecto al campo de aplicación del Decreto 2108 de 1992, el Consejo de Estado manifestó que, el decreto mencionado se aplica a todos los pensionados del Estado, sin distingo alguno. En sentencia del 11 de diciembre de 1997, expediente 15723, Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, Actor, Sociedad de Pensionados de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, implicó la expresión “del orden nacional” contenida en el artículo 1º del Decreto 2108 de 1992, por considerar que tal discriminación violaba el derecho a la igualdad, lo que significa que el citado artículo 1º del Decreto 2108, durante su vigencia y según los efectos señalados en los párrafos precedentes, gobernó la situación de los pensionados de los órdenes nacional y territorial.

Conforme a lo anterior, se concluye que el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario rigieron desde su expedición hasta el 20 de noviembre de 1995 fecha en que fueron retirados del ordenamiento jurídico por la declaratoria de

inexequibilidad¹, pero siguen teniendo efectos para quienes sin distingo alguno adquirieron, bajo su vigencia, el derecho al reajuste pensional.

5. Caso Concreto

Los reajustes pensionales consagrados en la ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 son retribuciones justas para aquellos que se pensionaron antes de 1988, puesto que los aumentos pensionales que se decretaron con anterioridad al 1º de enero de 1989 presentaban diferencias frente a los aumentos salariales que al ser aplicables únicamente a los servidores del sector público del orden nacional se establecía una discriminación a favor de los pensionados de los otros ordenes, que se encuentran en las mismas condiciones a los del orden nacional, por lo que constituye una violación al principio constitucional de igualdad.

Es decir, este tuvo fundamento como una manera de compensar las diferencias entre los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público, efectuados con anterioridad al año 1989.

Para el caso en concreto, se tiene entonces que a la demandante, mediante resolución No. 233 del 19 de enero de 1988, se le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del día 5 de septiembre de 1987, en cuantía de (\$70.617.46), tal y como se evidencia a folio 8 y 9 del expediente.

De conformidad con el art. 116 de la Ley 6ª de 1992 y en su decreto reglamentario 2108 de 1992, los únicos requisitos que se exigen para ser acreedor al reajuste de la pensión de jubilación, es que la pensión haya sido reconocida con anterioridad al 1º de enero de 1989, y que haya existido diferencia entre el aumento del salario y de la pensión.

En el caso sub examine, se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 233 del 19 de enero de 1988, se le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de jubilación a la señora Amada Estrada de Julio a partir del 5 de septiembre de 1987.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-531 del 20 de noviembre de 1995

De lo anterior se concluye que, en razón a que la demandante adquirió su derecho pensional antes del 1º de enero de 1989 y que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado antes citada, el Decreto 2108 de 1992, se aplica sin distingo alguno a empleados de carácter nacional o territorial, resultan aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y su decreto reglamentario, a la señora Amada Estrada, teniendo derecho al reajuste de su pensión.

Por otra parte, es pertinente que ese derecho no se discute por la demandada, y sin embargo, el a-quo en su sentencia niega las pretensiones de la demanda, por considerar que la demandante era quien tenía el deber de probar con base en las mesadas percibidas que dicho reajuste no le había sido reconocido, toda vez que la entidad aquí demandada reconoce haber efectuado el reconocimiento y pago del reajuste pensional señalado anteriormente, argumento que en esta instancia, ésta Sala no comparte, en razón de que la demandante al hacer la afirmación de que nunca recibió suma alguna por concepto de pago por el reajuste de la ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992, la Sala considera que esta afirmación de la actora, constituye una negación indefinida, por lo cual de conformidad con lo previsto por el artículo 177 del C.P.C., se invierte la carga probatoria, es decir, que le corresponde es a la entidad demandada, demostrar que tal y como ella misma lo manifiesta, esta sí reconoció y pago los reajustes pensionales a favor de la demandante, de conformidad con la ley 6ª de 1992 y el Decreto Reglamentario 2108 de 1992.

Sobre este tema ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

*“Las afirmaciones o negaciones indefinidas son aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta: que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno. En estos casos, de acuerdo a las reglas generales sobre la carga de la prueba, el fardo probatorio se invierte, correspondiéndole a la parte demandada probar el supuesto de hecho contrario”.*²

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA Consejero ponente ALVARO LECOMPTÉ LUNA Santafé de Bogotá, D.C. siete (7) de octubre de mil novecientos noventa y dos (1992) Radicación número 4442 Actor JOSE GUILLERMO PULIDO MEDINA Demandado TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Así mismo otra Jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, señalo:

“Está de acuerdo la corporación con él a-quo respecto a que la demanda se fundamenta en negaciones indefinidas, se trata de hechos que han podido ocurrir en numerosos lugares y en un largo espacio de tiempo, que dificulta gravemente el suministro de la prueba sobre los mismos, lo que trae como consecuencia que se invierta la carga de la prueba sobre esos hechos, pues correrá a cargo del demandado demostrar que sí reúne los requisitos, si es que quiere desvirtuar lo dicho en el libelo, para quien resulta más fácil aportar la prueba al respecto, por tratarse de hechos personales.”³

Por consiguiente, esta Sala teniendo en cuenta que la parte demandada en su contestación de la demanda, con relación a la afirmación hecha por la demandante, de que nunca ha recibido pago alguno por concepto de reajuste pensional conforme a la ley 6ª de 1992 y Decreto 2108 de 1992, solamente se limitó a manifestar que a la señora Amada de Jesús Estrada de Julio, se le reajustó su pensión y se le cancelaron las diferencias de los reajustes decretados por la referida Ley y su Decreto reglamentario, pero nunca demostró por medio de pruebas veraces que esta entidad efectivamente hubiese realizado los reajustes de ley correspondientes, toda vez que era ella quien estaba reconociendo que sí reajustó y pago estos conceptos de ley, por tanto, tenía el deber y la obligación de controvertir de manera idónea la afirmación hecha por la demandante, hace entonces que esta Sala tenga por cierto este hecho, manifestado por la demandante, el cual afirma que nunca recibió por parte de la entidad demandada, el reajuste de ley correspondiente.

Se tiene entonces que, en el sub lite es procedente revocar la sentencia de primera instancia, declarando la nulidad del acto acusado, para en su lugar conceder las pretensiones de la demanda, por cuanto según lo demostrado y lo analizado en párrafos precedentes, le asiste derecho a la actora al reconocimiento y pago de los

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de fecha cinco (5) de noviembre de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía

reajustes pensionales consagrados en la ley 6ª de 1992 y el Decreto reglamentario 2108 de 1992.

No obstante lo anterior, precisa esta Corporación que si bien las prestaciones derivadas del derecho pensional no prescriben, si lo hacen las mesadas pensionales, por lo que se procede entonces a estudiar si en el presente caso ha operado dicho fenómeno.

En efecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 *“por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado, y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”*, y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 *“por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968”*, a saber:

“Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción pero solo por un lapso igual. (Nota: El aparte señalado en negrilla fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-916 de 2010).”

“Artículo 102. Prescripción de acciones.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.”

Conforme con lo establecido en las disposiciones trascritas, cuando se trate de prestaciones periódicas, se debe tener en cuenta que la prescripción de las mesadas es de tres (3) años a partir de su causación.

Por lo tanto no se puede ordenar en esta sentencia que la entidad demandada reconozca y pague a la accionante el reajuste pensional desde que se generó el derecho, tal como lo pide en las pretensiones de la demanda, sino que en virtud de la prescripción trienal, se deben tener en cuenta los tres (03) años anteriores a la presentación de la solicitud, la cual se elevó en el presente caso, el día veintiocho (28) de noviembre de dos mil cinco (2005). (fl. 8)

Por otra parte, observa esta Sala a folio 57 del expediente, se observe memorial en donde la apoderada de la parte demandante, informa al despacho que la señora Amada Estrada de Julio, (demandante), falleció, anexando a folio 58, Registro Civil de Defunción de la misma, en donde consta que la señora Amada Estrada de Julio falleció el día 9 de enero de 2009, por tanto el reconocimiento y pago del reajuste pensional señalado anteriormente será reconocido y pagado hasta el día de su deceso.

Así las cosas, se ordenará reconocer y pagar el reajuste pensional en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2108 de 1992, con efectos fiscales a partir del veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002), hasta el día 9 de enero de 2009, día en que falleció la señora Amada de Jesús Estrada de Julio, según consta en el acta de defunción visible a folio 58 del expediente.

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.

X. DECISION

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día seis (6) de marzo de dos mil trece (2013) por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, que negó a las pretensiones de la demanda presentada por Amada Estrada de Julio mediante apoderado judicial, contra el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de Acto administrativo contenido en el Oficio sin número, de fecha 17 de enero de 2007, emanada de la Gobernación de Bolívar-Talento Humano- Fondo Territorial de Pensiones, mediante la cual aseguran que el Reajuste Pensional a que tiene derecho la señora AMADA DE JESUS ESTRADA DE JULIO, en desarrollo de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto Reglamentario 2108 de 1992, fue cancelado, por tanto no era procedente su petición.

TERCERO: CONDENAR a título de restablecimiento del derecho al Departamento de Bolívar, a reconocer y pagar a la señora Amada Estrada de Julio, el reajuste de su pensión de jubilación, de conformidad con lo expuesto en la Ley 6ª de 1992 y su

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”*.

Decreto Reglamentario 2108 de 1996, con efectos fiscales a partir del veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002), hasta el día 9 de enero de 2009, día en que falleció la señora Amada de Jesús Estrada de Julio, en un veintiocho por ciento (28%) distribuido entre los años mil novecientos noventa y tres (1993) a mil novecientos noventa y cinco (1995), de la siguiente manera:

1993	1994	1995
12.0 %	12.0 %	0.4 %

El reajuste del valor se hará en los términos del artículo 178 del C.C.A y de acuerdo a la fórmula sentada para eventos por el Consejo de Estado, en donde,

$$R= RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (Vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

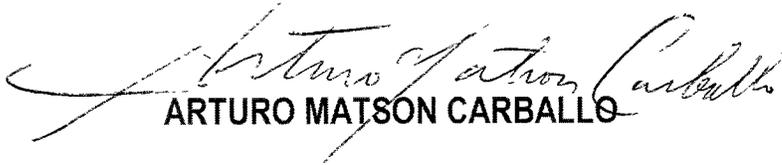
CUARTO: DECLARAR prescritas las mesadas anteriores al veintiocho (28) de noviembre de dos mil dos (2002).

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE FANZIÑO GALLO

ABC

Las anteriores firmas, corresponden a la sentencia de fecha 27 de Septiembre de 2013. Demandante: Amada Estrada de Julio. Demandado: Departamento de Bolívar, expediente: 13-001-33-31-002-2007-00179-01