



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 031/2017

376-387
(2)
SIGCMA

Cartagena de Indias D.T y C., Diecinueve (19) de Mayo de dos mil diecisiete (2017)

Acción	NULIDAD SIMPLE
Radicado	13-001-23-31-000-2010-00192-00
Demandante	JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIMAR
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Teoría de los móviles y las finalidades – indebida escogencia de la acción – Procedencia del estudio de legalidad de un acto administrativo que ha sido declarado con pérdida de fuerza ejecutoria – nulidad del acto administrativo que otorga concesión de playas – carga de la prueba.</i>

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a decidir, en primera instancia, el proceso de ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE, presentada por el señor JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIMAR

II.- ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – DIMAR, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.2. Pretensiones

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0356 del 25 de septiembre de 2009, proferida por la entidad demandada, por medio de la cual se dispuso otorgar una concesión a la Sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO CIA S EN C.

¹ Folios 2-14 c/no 1



SEGUNDA: Que en lo referente a la sentencia que ponga fin al proceso, se le de cumplimiento a lo establecido en el art. 176 y 177 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el abogado del demandante, que la tradición del inmueble proindiviso denominado VIVIANO, ubicado en el corregimiento de Punta Canoa, identificado con la matricula inmobiliaria No. 060-0044651, fue adquirido por el señor JOAQUÍN GÓMEZ ARZUZA y otros, mediante sentencia de fecha 15 de noviembre de 1967, en la cual se declaró la prescripción adquisitiva de dominio; la sentencia en mención fue protocolizada en la escritura pública 1064 del 16 de junio de 1968 en la Notaria Primera de Cartagena.

Sostiene, que el predio en mención, tiene los siguientes linderos: "por un lado partiendo del punto llamado "Boca de guayepo" en línea recta a dar el punto llamado "la Bajada del Pajal" lindando en toda la extensión de ésta línea recta con propiedad del señor HELADIO RODRÍGUEZ, por otro lado desde éste punto llamado "La Bajada del Pajal", por toda la costa del Mar Caribe, hasta punta del volcán, existente de dicho globo o lote de terreno, por otro lado, desde el punto (Punta del Volcán), por toda la Costa del Mar Caribe acoge o hasta llegar nuevamente a la "Boca de Guayepo", punto de partida.

Manifiesta, que el señor JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA, en su condición de tercero de buena fe, adquirió por compraventa, una cuota parte del lote de terreno multicitado a través de escritura pública 3027 de 1995 del 21 de junio, ante la Notaria Segunda de Cartagena; la compra se realizó al señor OLIVERIO ÁNGEL TATIS RICARDO, quien a su vez le compró al usucapiente JOAQUÍN GÓMEZ ARZUZA. La anterior transacción fue inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos de esta ciudad, en el folio de Matricula No. 060-44651.

Expone, que para la fecha de la presentación de la demanda, se encontraba en curso un proceso reivindicatorio en el Juzgado 12 Civil Municipal en contra del señor LUIS GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ, quien le compró al señor JOAQUÍN GÓMEZ ARZUZA, la posesión de un lote de mayor extensión (14 hectáreas) en el cual quedó englobado también el lote del hoy accionante. Adicionalmente se encontraba pendiente también un proceso penal en la Fiscalía 5 de delitos contra la administración pública y la Fiscalía 19 Local contra el señor LUIS GUILLERMO GONZÁLEZ GÓMEZ.



Los anteriores son los acontecimientos que la parte demandante relata en el acápite de los hechos, los cuales soportarían las pretensiones del actor; sin embargo, de la lectura integral del escrito de demanda, se concluye lo siguiente:

Que la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO S EN C., solicitó en concesión un bien de uso público, ubicado en el corregimiento de Punta Canoa, por lo cual, mediante auto del 8 de octubre de 1998, la Capitanía de Puerto de Cartagena ordenó la realización de las pruebas necesarias para resolver las oposiciones presentadas por los afectados con la solicitud, entre ellas, un peritazgo para obtener concepto sobre la evaluación de la zona costera comprendida desde la desembocadura del arroyo Guayepo hasta Punta Canoa.

Que, el 25 de septiembre de 2009, por medio de Resolución 0356, la DIMAR resolvió conceder la concesión referida.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la accionante, acusa como vulneradas las normas que a continuación se transcriben:

- Constitución Política de Colombia 2, 4, 13, 25, 48, 53
- Ley 44 de 1980
- Ley 113 de 1985
- Ley 100 de 1993
- Decreto 758 de 1990
- Acuerdo 49 de 1990
- Art. 6 del Código Civil
- Art. 40 del C.C.A.

El concepto de la violación se concreta a los siguientes argumentos:

Sostiene el apoderado de la parte demandante que, de la lectura del art. 84 del CCA., se puede concluir que son demandables por nulidad simple todos los actos administrativos que infrinjan normas legales, sin distinción alguna, por lo cual, en virtud de los arts. 228, 229 y 230 de la Carta Política, acude a la administración de justicia, para enjuiciar la Resolución 0356 del 25 de septiembre de 2009, la cual fue expedida de manera irregular y con falsa motivación.

Agrega, que la resolución mencionada es violatoria del debido proceso y del derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad privada de los propietarios del predio Viviano, quienes se vieron afectados con la



concesión realizada por la DIMAR sin tener en cuenta que dicho bien no es de uso público, sino privado.

Manifiesta, que la equivocación en la expedición del referido acto administrativo deviene de la solicitud presentada por JAIME GERDTS PORTO, representante legal de la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO CIA S EN C., frente a la cual, la Capitanía de Puerto de Cartagena dictó auto del 8 de octubre de 1998, decretando la práctica de las pruebas necesarias para resolver las oposiciones presentadas, entre ellas, ordenó la realización de un dictamen pericial a cargo del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas. Relata que, algunos propietarios del predio sobre el cual recaía la concesión interpusieron recursos y solicitaron ampliación del dictamen en mención; que, el 5 de mayo de 2009 la Capitanía de Puerto de Cartagena resolvió las oposiciones, ordenando continuar con la evaluación del expediente de concesión; y, finalmente, el 25 de septiembre, a través de Resolución 0356 la Dirección General Marítima-DIMAR otorgó la concesión a la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO CIA S EN C.

En cuanto al acto acusado, el accionante sostiene que no se le notificó la resolución que accedió a dar en concesión parte del predio que sería de su propiedad, y, por lo tanto, no tiene en su poder la constancia de la publicación, notificación o ejecución del acto administrativo, razón por la cual no tuvo acceso al contenido de la resolución.

Sostiene que la Resolución 0356 del 25 de septiembre de 2009 carece de motivación, y que a pesar de tratarse de un acto discrecional de la administración, no puede éste prescindir del deber de justificar y argumentar la decisión adoptada, toda vez que la misma debe responder al interés general, pues, a consideración del actor, el Estado le expropió, de manera arbitraria y fraudulenta, parte de su terreno, se lo concedió a una empresa privada; con lo cual violentó los artículos 4 y 19 del Decreto 1300 del 21 de mayo de 2003, los numeral 3.5 del artículos 6 de la Ley 1151 de 2007; el artículo 10 y 58 de la Ley 388 de 1997, entre otros.

2.5 Contestación

2.5.1 Contestación de la DIMAR²

La entidad accionada, DIMAR, a través de su apoderado judicial, contestó en tiempo la demanda, a través de su apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones del actor, y manifestando que las mismas carecen de

² Folio 115-129



soporte probatorio y legal, puesto que la Resolución 0356 del 25 de septiembre de 2009, se expidió con el lleno de los requisitos legales y sin violación de derecho alguno.

Expuso la entidad accionada que, por medio de la Resolución 0356 de septiembre de 2009, la autoridad Marítima concedió una concesión a la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO & CIA S EN C., sin embargo, dicho acto administrativo fue objeto de tutela resuelta por la Corte Suprema de Justicia, en la cual se decidió amparar los derechos de los tutelantes y ordenar la realización de una consulta previa a los raizales de la zona; por lo cual, en cumplimiento de la orden anterior, la DIMAR expidió la Resolución 0533 del 24 de octubre de 2013 en la que se declaró la pérdida de ejecutoria de acto administrativo objeto de demanda, por lo cual, la Resolución 0356 de septiembre de 2009 no se encuentra vigente. Agrega que, el área objeto de la precitada concesión nunca fue entregada a la sociedad Gerdts Porto por lo que esta nunca ejerció derechos de uso y goce de la misma.

En cuanto los hechos que sustentan la demanda, el defensor argumentó que la tradición del bien cuya propiedad se reclama, se remontan a 1968 cuando el Juzgado 5º Civil Municipal de Cartagena profirió la sentencia adquisitiva de dominio en favor del señor Joaquín Gómez Arzuza, y, en esa oportunidad, los linderos de dicho terreno se encontraban demarcados por el límite de la costa del mar desde la bajada al pajal, hasta la desembocadura de arroyo Guayepo, que aún existía; pero que, según los estudios realizados por el Instituto de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas, se determinó con aerografías la evolución de la zona, en donde se presentó un fenómeno de sedimentación que resultó en una llanura costera, que para la época de la sentencia, constituían aguas marinas, y que son áreas de uso público de jurisdicción de la nación; sin embargo, dicha área es reclamada hoy, por el demandante.

Añade, que el INCORA, hoy INCODER, en Resolución 0361 de junio de 1996, dispuso abstenerse de iniciar el procedimiento de clarificación de tierras relacionadas en la escritura pública No, 536 del 4 de Marzo de 1992 y No. 2397 de junio 21 de 1993, protegiendo los bienes de uso público, determinando, en dicho acto, que quedaban excluidos los predios correspondientes a la playa marítima colindante.

Agrega que el proceso de concesión se llevó a cabo con el cumplimiento del debido proceso, y con la publicación de los edictos correspondientes para que toda la comunidad de Cartagena tuviera conocimiento del proyecto y permitiendo que quienes se sintieran afectados hicieran la respectiva defensa de sus derechos.



2.5.2 Contestación de INVERSIONES GERDTS PORTO Y CIA S EN C³.

Esta entidad, que actúa como tercero interviniente en el proceso, realiza un pronunciamiento sobre los hechos expuestos en la demanda, manifestando que los terrenos que afirma el accionante no hacen parte del predio denominado VIVIANO, el cual fue adquirido por colonos conforme con las pruebas aportadas en el proceso 001-2010-00593-00 (mediante sentencia adquisitiva de dominio).

Agrega, que se equivoca el interesado al sostener que es propiedad privada, un bien que la DIMAR ha determinado que es de uso público; además, debe tenerse en cuenta que el predio en disputa, para la fecha en la que se produjo la sentencia del Juzgado 5° Civil Municipal de Cartagena, el 14 de mayo de 1969, aún se encontraba bajo el agua del Mar Caribe.

Como mecanismo de defensa, la tercera interviniente en este asunto propone las siguientes excepciones, de ausencia de conciliación previa, ausencia de violación de normas, competencia de la capitanía de puertos para proferir el acto demandado.

III. - TRÁMITE PROCESAL.

La demanda fue instaurada el 16 de marzo de 2010 (fl. 14), y admitida el 27 de agosto de 2010 en el Tribunal Administrativo de Bolívar, surtiéndose la fijación en lista entre los días 12 al 26 de agosto de 2014 (fl. 84 rev).

Las entidades enjuiciadas dieron contestación oportuna a la misma, mediante los escritos visibles a folio 99-104, y 115-129 del expediente de fecha 12 de junio de 2014 y 25 de agosto de 2014, respectivamente.

Con auto del 28 de enero de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar (fl. 315 c.2), oportunidad que fue aprovechada por los interesados y por el Ministerio Públicos así:

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Alegatos de la parte demandante⁴:

La parte demandante, por medio de escrito del 15 de febrero de 2016, presentó ante esta Corporación el escrito de alegaciones correspondiente,

³ Folio 99-104

⁴ Folio 335-341



manifestando que el acto acusado está viciado de nulidad por desviación del poder, falsa motivación y falta de competencia de la DIMAR para expedir la Resolución.

Argumenta que, existe desviación de poder porque a pesar de que la DIMAR conocía de la existencia de los predios de propiedad privada, los entregó en concesión a unos terceros. Además, existe falsa motivación del acto administrativo demandado, puesto que en su texto señala como soportes, el Decreto 2324 de 1984 y 1561 de 2002, en concordancia con la Ley 160 de 1994, los cuales regulan las situaciones en las que se puede entregar un bien de uso público en concesión, para que sea explotado por un particular, siendo la resolución, el título, pero omite adelantar el proceso aclaración de linderos y levantamiento topográfico.

Sostiene que la DIMAR no estudió la situación en particular del actor, y solo se limitó a expedir el acto de concesión sin tener en cuenta los intereses particulares que estaba lesionando. Que la Ley 160 de 1994, permite dar en concesión bienes baldíos, previo estudio serio, con lo cual se debe delimitar y desligar bienes de particulares.

Agrega que, posteriormente, la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO y la DIMAR desarrollaron un acta de reversión de terreno del 19 de diciembre de 2013, en la cual se expuso, a espaldas del demandante, que los 226.096 Mt² serían dispersados como bien de uso público, que las obras programadas por la concesión no se habían realizado y que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia había ordenado hacer la consulta previa a la comunidad raizal.

Manifiesta que el inmueble en litigio data de una escritura pública por medio de la cual su antecesora ELEONORA ARZUZA GÓMEZ, adquirió por prescripción adquisitiva de dominio mediante sentencia del 14 de mayo de 1968, expedida por el juzgado 5 municipal de Cartagena. Igualmente sostiene que deben valorarse el certificado en el que el Distrito de Cartagena manifiesta que el actor adeuda una suma de \$143.265.623 por concepto de impuesto predial. Alega como violentados los art. 2, 209, 83, de la Constitución nacional.

4.2. Alegatos de la parte demandada DIMAR⁵:

La entidad accionada se manifestó por medio de escrito del 8 de febrero de 2016, en el que expuso los argumentos de sus alegaciones, y se ratificó en lo expresado en la contestación de la demanda.

⁵ Folios 316-322



4.2. Alegatos de la parte demandada, sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO:

Esta entidad no presentó alegatos.

4.4 Ministerio Público⁶:

El Ministerio Público conceptuó que debían negarse las pretensiones de la demanda, puesto que el acto administrativo demandado desapareció del mundo jurídico y este es un caso de sustracción de materia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Control de legalidad

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

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

5.2. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 132 numeral 1º del Código Contencioso Administrativo, por tratarse de la acción de nulidad Simple en contra de un acto administrativo proferido por una entidad del orden Distrital.

5.3. Problema jurídico.

Los problemas jurídicos dentro del sub lite se resolverán absolviendo distintos interrogantes, para ello se iniciará estudiando las excepciones que, de oficio haya advertido esta Corporación, y las que hayan sido propuestas por los apoderados de las entidades demandadas. Seguidamente, se realizará un estudio sobre la posibilidad que tiene esta jurisdicción de

⁶ Folio 358-361



estudiar la legalidad de un acto administrativo que ha desaparecido del sistema jurídico.

En el evento de no prosperar ninguno de los medios exceptivos antes mencionados, y de ser posible adelantar el estudio de legalidad del acto demandado, se procederá con el análisis de cada uno de los cargos planteados en la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala planteará varios interrogantes, así:

(i) El Despacho estudiará, de oficio, la excepción de Ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción y la consecuente caducidad acción. Y para ello la Sala se pregunta ¿Teniendo en cuenta la teoría de los móviles y finalidades, es la acción de nulidad simple procedente para pretender la nulidad de un acto administrativo que afecta intereses particulares, y, frente al cual se solicita un restablecimiento del derecho?

(ii) En el evento de quedar probado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la procedente en este caso conforme con la finalidad que busca el actor, se pregunta está Judicatura, ¿Existe caducidad de la acción? ¿Debía el actor agotar el requisito de conciliación prejudicial para demandar?

(iii) Si la respuesta a los anteriores interrogantes es favorable al actor, debe esta Corporación analizar si ¿es posible realizar el estudio de legalidad de un acto administrativo que no produce efectos y ha desaparecido del mundo jurídico?

(iv) Si se superan los obstáculos precedentes, se procederá a estudiar el caso de fondo, verificándose si existe nulidad de la Resolución 0356 de 2009, por desviación de poder, falsa motivación y falta de competencia.

5.4 Tesis de la Sala

Para la Sala, existe una indebida escogencia de la acción, puesto que se evidencia que el acto administrativo demandado es de carácter mixto, pero, los motivos que impulsan la acción son eminentemente particulares, por lo tanto debió demandarse a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho; sin embargo, no se halla demostrada excepción de caducidad de la acción, ni la de falta conciliación como requisito de procedibilidad.



Por otra parte, se observa que, sí es procedente adelantar el estudio de legalidad de un acto administrativo que no produce efectos y que ha desaparecido del mundo jurídico, toda vez que el decaimiento del acto administrativo tiene efectos a futuro y no desde el nacimiento de la resolución acusada, por lo cual, durante el tiempo que ésta estuvo vigente se pudieron producir perjuicios que deben ser resarcidos, lo que no aplicaría en el evento en el que se declare la sustracción de materia y consecuentemente la inhibición del juez frente a las pretensiones.

Sin embargo, en referente a los cargos de desviación de poder, falsa motivación y falta de competencia, advierte la Sala que los mismos no están probados, por lo tanto, se negaran las pretensiones de la demanda.

5.5. Excepciones

5.5.1 Inepta demanda por indebida escogencia de la acción - Antecedentes Jurisprudencial de la Teoría de los Móviles y Finalidades

Advierte este Tribunal que el señor JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA, ha interpuesto ante esta jurisdicción, una acción de nulidad simple, por medio de la cual exige que se declare la nulidad de la Resolución 0356 del 25 de septiembre de 2009, proferida por la DIMAR, y que otorgó a un particular la concesión de unos terrenos aledaños a una zona costera, entre los cuales, al parecer, se encuentra un área de propiedad privada perteneciente al hoy demandante.

Según lo afirmado por el interesado, el acto administrativo lesiona los intereses de la comunidad en general por cuanto carece de motivación; sin embargo, se observa que en la demanda se solicita el restablecimiento de los derechos del afectado, en los siguientes términos: que *"se excluya el predio de propiedad privada del señor JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA constante de tres hectáreas más 9.694 metros cuadrados, adquirida por compra a través de escritura Pública No. 2037 del 21-06-1995 ante la Notaria Segunda de Cartagena, como cuota parte del terreno denominado VIVIANO"*; adicionalmente, en la estimación razonada de la cuantía, se solicitó para el señor Gómez Zapata, que se le reconozca una indemnización de 5.000 SMLMV, por los perjuicios objetivos y subjetivos causados con la expedición del acto demandado.

En ese orden de ideas, debe tenerse en cuenta, que nuestro ordenamiento jurídico contempla dos formas de atacar judicialmente un acto administrativo considerado ilegal, pues, por una parte, se encuentra la acción de **Nulidad Simple** consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en el cual se establece que: *"Toda persona*



podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos [...] (cuando los mismos) "infrinjan las normas en que deberían fundarse, o cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió". Por otro lado, también se establece la **Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho** consagrada en el artículo 85 ibídem, el cual expone que "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

Ahora bien, para efectos de diferenciar entre una y otra acción, la Corte Constitucional, en sentencia C-199 de 1997, ha expuesto lo siguiente:

"La acción de nulidad se ejerce con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular. Es una acción pública, razón por la cual puede ser ejercida por cualquier persona. No existe término de caducidad, salvo las excepciones previstas en la ley. Los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición misma del acto anulado por la jurisdicción competente. Procede contra actos generales e individuales, siempre y cuando sólo se persiga el fin de interés general de respeto a la legalidad. No obstante, según jurisprudencia del Consejo de estado, la acción de nulidad sólo procede contra actos individuales cuando así lo ha previsto expresamente una ley.

Por el contrario, la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se ejerce no sólo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo. Esta acción sólo puede ser ejercida por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto. Para su ejercicio se requiere el agotamiento previo de la vía gubernativa a través de los recursos procedentes ante la misma administración (Decreto 2304 de 1989). Por regla general, tiene un término de caducidad de cuatro meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto definitivo. Cabe agregar que si la parte demandante es una entidad pública, la caducidad es de 2 años.

Respecto a la sentencia que se dicte es desarrollo de esta acción, ella produce dos clases de efectos: generales o erga omnes en cuanto a la declaratoria de nulidad y relativos o interpartes en cuanto al restablecimiento de los derechos violados, pues este solo beneficia y obliga a las partes que intervinieron en el proceso. Igualmente, como pueden haberse producido efectos en virtud de la sentencia que no es posible eliminar, en estos casos el restablecimiento del derecho se traducirá en una indemnización de perjuicios, en la modificación de una obligación fiscal o en la devolución de lo pagado indebidamente. Finalmente, por regla general sólo procede contra actos de carácter individual o subjetivo".



En cuanto a la forma de determinar cuál de las dos acciones es la procedente, en determinados casos, para demandar un acto administrativo particular o general, debe tenerse en cuenta las diferentes consideraciones expuestas por el H. Consejo de Estado, quien no ha tenido una tesis pacífica sobre este tema, fundamentándose principalmente en la teoría de los móviles y las finalidades.

Al respecto ha señalado nuestro máximo Tribunal Contencioso⁷:

"Lo primero que conviene decir es que, en general, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. A diferencia de la acción de simple nulidad, que puede ser ejercida por cualquier persona, en cualquier tiempo y sin necesidad de agotar vía gubernativa, la de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ejercerla la persona que crea que se le ha causado un perjuicio, esto es, aquélla que es la titular del derecho supuestamente desconocido por el acto administrativo y, por ende, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar. El interesado, asimismo, debe probar que agotó la vía gubernativa y ejercer la acción oportunamente, esto es, dentro del plazo previsto en la ley. Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiera causado. A contrario sensu, si el acto es de carácter general, la acción de simple nulidad sería adecuada para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en el último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto. Sin embargo, esta Corporación, en aplicación de la denominada teoría de los motivos y las finalidades, ha considerado que la acción de simple nulidad también procede excepcionalmente contra los actos particulares y concretos en los casos en que "la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento

⁷CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA
Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS 23 de agosto de 2012 Radicación
número: 25000-23-27-000-2011-00218-01(19130) Actor: GRANJA ECOLÓGICA LIMBALU LTDA.
Demandado: DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ



podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos [...] (cuando los mismos) "infrinjan las normas en que deberían fundarse, o cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió". Por otro lado, también se establece la **Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho** consagrada en el artículo 85 *ibídem*, el cual expone que "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

Ahora bien, para efectos de diferenciar entre una y otra acción, la Corte Constitucional, en sentencia C-199 de 1997, ha expuesto lo siguiente:

"La acción de nulidad se ejerce con el fin de defender el principio de legalidad, lo que constituye un propósito de interés eminentemente general y no particular. Es una acción pública, razón por la cual puede ser ejercida por cualquier persona. No existe término de caducidad, salvo las excepciones previstas en la ley. Los efectos de la sentencia se retrotraen a la expedición misma del acto anulado por la jurisdicción competente. Procede contra actos generales e individuales, siempre y cuando sólo se persiga el fin de interés general de respeto a la legalidad. No obstante, según jurisprudencia del Consejo de estado, la acción de nulidad sólo procede contra actos individuales cuando así lo ha previsto expresamente una ley.

Por el contrario, la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho se ejerce no sólo para garantizar el principio de legalidad en abstracto, sino que también con ella se pretende la defensa de un interés particular que ha sido vulnerado por la expedición del acto administrativo. Esta acción sólo puede ser ejercida por quien demuestre un interés específico, es decir, el afectado por el acto. Para su ejercicio se requiere el agotamiento previo de la vía gubernativa a través de los recursos procedentes ante la misma administración (Decreto 2304 de 1989). Por regla general, tiene un término de caducidad de cuatro meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto definitivo. Cabe agregar que si la parte demandante es una entidad pública, la caducidad es de 2 años.

Respecto a la sentencia que se dicte es desarrollo de esta acción, ella produce dos clases de efectos: generales o erga omnes en cuanto a la declaratoria de nulidad y relativos o interpartes en cuanto al restablecimiento de los derechos violados, pues este solo beneficia y obliga a las partes que intervinieron en el proceso. Igualmente, como pueden haberse producido efectos en virtud de la sentencia que no es posible eliminar, en estos casos el restablecimiento del derecho se traducirá en una indemnización de perjuicios, en la modificación de una obligación fiscal o en la devolución de lo pagado indebidamente. Finalmente, por regla general sólo procede contra actos de carácter individual o subjetivo".



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 031/2017

SIGCMA

En cuanto a la forma de determinar cuál de las dos acciones es la procedente, en determinados casos, para demandar un acto administrativo particular o general, debe tenerse en cuenta las diferentes consideraciones expuestas por el H. Consejo de Estado, quien no ha tenido una tesis pacífica sobre este tema, fundamentándose principalmente en la teoría de los móviles y las finalidades.

Al respecto ha señalado nuestro máximo Tribunal Contencioso⁷:

"Lo primero que conviene decir es que, en general, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. A diferencia de la acción de simple nulidad, que puede ser ejercida por cualquier persona, en cualquier tiempo y sin necesidad de agotar vía gubernativa, la de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ejercerla la persona que crea que se le ha causado un perjuicio, esto es, aquélla que es la titular del derecho supuestamente desconocido por el acto administrativo y, por ende, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar. El interesado, asimismo, debe probar que agotó la vía gubernativa y ejercer la acción oportunamente, esto es, dentro del plazo previsto en la ley. Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiera causado. A contrario sensu, si el acto es de carácter general, la acción de simple nulidad sería adecuada para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en el último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto. Sin embargo, esta Corporación, en aplicación de la denominada teoría de los motivos y las finalidades, ha considerado que la acción de simple nulidad también procede excepcionalmente contra los actos particulares y concretos en los casos en que "la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento

⁷CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA
Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS 23 de agosto de 2012 Radicación
número: 25000-23-27-000-2011-00218-01(19130) Actor: GRANJA ECOLÓGICA LIMBALU LTDA.
Demandado: DIRECCIÓN DISTRITAL DE IMPUESTOS DE BOGOTÁ



del patrimonio económico, social y cultural de la Nación". Se permite demandar en acción de simple nulidad los actos administrativos de contenido particular cuando representen un interés superior y significativo para la comunidad en general, porque amenacen el orden público, social o económico del país. Es decir, en esos casos, la acción de nulidad contra actos administrativos particulares se mira apropiada para preservar exclusivamente la legalidad y la integridad del orden jurídico. En el caso particular, a pesar de que la sociedad Granja Ecológica Limbalú Ltda., denomina la acción como de simple nulidad, del contenido integral de la demanda y sobre todo de lo dispuesto en la liquidación oficial de revisión acusada, se deduce que no es cierto que la sociedad demandante sólo quiera discutir la simple legalidad de tal acto, pues el examen de legalidad necesariamente tendrá incidencia en los derechos subjetivos de dicha sociedad. La situación jurídica particular se traduce en la obligación que tiene dicha sociedad de pagar el impuesto de delimitación urbana. La Sala no encuentra que del acto particular demandado se derive un especial interés para la comunidad. Claramente, de ese acto se desprende un interés exclusivo para la sociedad Granja Ecológica Limbalú Ltda., no para la comunidad en general."

Así las cosas, se tiene que, la posición aceptada por la Corporación de Cierre, consiste en que la acción de simple nulidad procede frente a actos administrativos de carácter general, con la finalidad de proteger el orden jurídico abstracto; y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, procede contra los actos administrativos de carácter particulares y tiene por finalidad el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado. Sin embargo, de manera excepcional, los actos administrativos particulares pueden ser demandados a través de la acción de nulidad simple cuando éstos representen un interés superior y significativo para la comunidad en general.

Atendiendo las anteriores consideraciones, tenemos que en el caso que hoy ocupa nuestra atención, el apoderado de la parte demandante orienta sus pretensiones a obtener la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 356 de septiembre de 2009, por medio de la cual la DIMAR resolvió en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

"ARTÍCULO 1: Otorgar en concesión a la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO Y CIA. S. en C., un área de doscientos veinte y seis mil doscientos noventa y siete punto siete metros cuadrados (226,297.07 m2) distribuidos de la siguiente manera: cien mil noventa y seis punto dos metros cuadrados (100,096.02 m2) correspondientes a playas, y; ciento veinte y seis mil doscientos uno punto cinco metros cuadrados (126,201.05 m2) correspondientes a lagunas costeras, de conformidad con lo descrito en el numeral 6º del concepto técnico número CT-22-A-DILEM-ALIT-613 del 02 de septiembre de 2009, emitido por la División de Litorales y Áreas Marinas de la Dirección General Marítima, el cual forma parte integral de la presente resolución.

ARTICULO 2º: Fijar el término de la concesión en diez (10) años, el cual se contará a partir de la ejecutoria de la presente resolución. Una vez vencido el término, el área entregada en concesión y las obras construidas, revertirán a la Nación sin que haya de causarse con cargo a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General Nacional – Dirección General Marítima, suma alguna de dinero a favor de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 031/2017

SIGCMA

la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO Y CIA. S. en C., de acuerdo a las consideraciones de la presente Resolución.

PARÁGRAFO 1. Para efectos de revertir el área otorgada en concesión, bien sea por vencimiento del término de la misma o por otra causal diferente, la Dirección General Marítima determinará las condiciones en que se recibirá el terreno y las obras allí construidas.

PARÁGRAFO 2°. La concesión, que por medio de este acto administrativo se otorga bajo el principio de gratuidad, está sometida a las modificaciones del régimen jurídico, tarifario que implemente el Gobierno Nacional para la administración de los bienes de uso público bajo jurisdicción de la Dirección General Marítima".

El señor JESÚS GÓMEZ ZAPATA, sostiene en su demanda, que la resolución mencionada es violatoria del debido proceso, del derecho a la igualdad y el derecho a la propiedad privada de los propietarios del predio Viviano, quienes se vieron afectados con la concesión realizada por la DIMAR sin tener en cuenta que dicho bien no es de uso público, sino privado; considera que, el Estado le expropió, de manera arbitraria y fraudulenta, parte de su terreno y se lo concedió a una empresa privada; con lo cual violentó los artículos 4 y 19 del Decreto 1300 del 21 de mayo de 2003, los numerales 3.5 del artículo 6 de la Ley 1151 de 2007; el artículo 10 y 58 de la Ley 388 de 1997, entre otros. De igual manera argumenta, que el acto administrativo en mención carece de motivación, y que a pesar de tratarse de un acto discrecional de la administración, no puede éste prescindir de justificar y argumentar la decisión adoptada.

Ahora bien, lo primero en este evento es establecer la naturaleza del acto administrativo demandando, para así, proceder entonces a determinar qué tipo de acción es la procedente para atacarlo judicialmente.

Para esta Corporación, resulta evidente que la resolución objeto de estudio, se trata de un acto administrativo mixto puesto que contiene decisiones que afectan intereses particulares de las personas que se sienten afectadas con la concesión, y en especial el demandante, quien afirma que su predio era de propiedad privada y por ello la administración no puede otorgarle derechos a un tercero para que lo utilice⁸; y, a su vez, dichas disposiciones también tiene un contenido general, de interés de la sociedad por cuanto le otorga a una sociedad privada el derecho de uso sobre un bien inmueble que podría ser de uso público.

Frente a este tipo de actos administrativos, el Consejo de Estado ha expuesto lo siguiente:

⁸ También puede considerarse un acto administrativo particular frente a la sociedad beneficiaria del mismo, INVERSIONES GERDTS PORTO, en el evento en el que ésta se llegara a ver afectada por las decisiones que éste contiene.



“Si bien es cierto el carácter mixto de este tipo de actos permite que sean demandables tanto en acción de simple nulidad, como de nulidad y restablecimiento del derecho, quien pretenda algo más que la simple desaparición de los efectos jurídicos del acto, como sería el caso de indemnizaciones por perjuicios, necesariamente debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento, dentro del término de caducidad.

Como consecuencia, se desprende que cuando en acción de nulidad y restablecimiento del derecho se demande el acto general, sólo es enjuiciable en aquélla parte que directa y específicamente afecte los derechos particulares invocados por el actor, y sólo en relación con ellos; de modo que, en relación con las demás personas que puedan resultar afectadas y en lo que el acto tiene de general, no es impugnabile en forma parcial por el mismo actor, por vía de dicha acción.

Las disposiciones generales, consideradas por separado y que no guarden relación directa con el actor, no son atacables por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino mediante la acción de simple nulidad”⁹.

En lo que se refiere a los móviles que determinan la presente acción se encuentra en realidad lo que se busca con la presente acción, es proteger el interés de un particular, frente a la supuesta violación del derecho de propiedad que recae sobre parte de un lote de terreno denominado Viviano, puesto que se vio afectado con el estudio que realizó la DIMAR para determinar que el área en discusión pertenecía a la Nación y por lo tanto fueron dados en concesión a la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO, por medio de la Resolución 356 de septiembre de 2009.

Se tiene entonces, que ninguno de los argumentos planteados por el interesado, hace referencia a una violación del interés general o abstracto de la comunidad, más bien, se refieren es a la supuesta violación del derecho a la propiedad privada por cuanto considera que la entidad demandada “expropió de manera ilegal” parte del terreno que pertenecía a particulares afectándolo a él y a otros propietario, por ello, debe declararse la nulidad del acto administrativo en discusión, y, además, debe pagársele una indemnización por los perjuicios que se le ocasionaron, los cuales ascienden a la suma de 5.000 SMLMV.

En este caso en particular, la eventual declaratoria de nulidad, generaría un restablecimiento del derecho del hoy demandante, que se traduciría en que sobre el predio no existiría ningún acto administrativo que considere como propiedad del Estado Colombiano, el área de terreno que el accionante asegura es de su propiedad, y dicho terreno, tampoco sería

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: Dr. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Bogotá, D.C., ocho (08) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-24-000-2010-00048-01.



dado en concesión a la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO; pero adicionalmente, solicita que esta Corporación realice un reconocimiento por concepto de indemnización por los daños causados.

Encuentra esta Corporación que, el hecho de que la demanda haya sido presentada como nulidad simple, no impide que, de conformidad con las pretensiones realizadas por el actor, se estudie como nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando la misma haya sido presentada dentro del término de caducidad de la acción contemplado en el art. 132 del CCA

Así las cosas, una vez establecido que la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, este Tribunal se detendrá entonces, en el segundo problema jurídico, relativo a la caducidad de la mencionada acción.

5.5.2 Caducidad de la acción

Sobre la caducidad de la acción nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo, ha señalado¹⁰:

"El numeral 2º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 señaló el término de caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en los siguientes términos: "la de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de publicación, notificación, comunicación, o ejecución del acto, según el caso...". Para que opere el fenómeno jurídico de la caducidad, sólo bastan el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción, y una vez iniciado el término, con la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso, lo que ocurra de ahí en adelante no tiene la facultad para modificar el plazo perentorio señalado por la ley. En consecuencia, una vez ocurrida la caducidad, la actuación administrativa queda en firme y para el afectado ya no tiene incidencia alguna la declaratoria de nulidad de la normatividad en que se fundó, como sí la tiene para quienes demandaron oportunamente, pues para éstos no se consolidó la situación jurídica sino que sigue el proceso hasta que se profiere el fallo definitivo. La declaratoria de nulidad de un acto administrativo general si bien tiene efectos retroactivos, no implica que se afecten los actos particulares que se hayan expedido con base en la norma anulada, si de otro lado se han utilizado los medios jurídicos para controvertir la decisión y se ha resuelto sobre ella o simplemente porque se han vencido los plazos para su

¹⁰Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 14 de mayo de 2009, sección segunda Subsección "A" Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón.



impugnación con anterioridad a la fecha del fallo, pues éste no tiene como consecuencia revivir términos que otras disposiciones consagran para su discusión administrativa o jurisdiccional o para que el acto quede en firme..."

En este caso, partiendo del hecho que la acción procedente es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, atendiendo que el acto demandado data del 25 de septiembre de 2009 y la demanda fue interpuesta el 16 de marzo de 2012, se destaca, sin mayores elucubraciones, que la acción en comento estaría caducada, lo que impediría un pronunciamiento de fondo frente al tema.

Ahora bien, se advierte que el acto demandado a pesar de encontrarse notificado a la sociedad INVERSIONES GERDTS PORTO, según constancia visible a folio 20 del expediente, no existe prueba en el plenario que dé cuenta de su publicación en el diario oficial para efectos de informar a la comunidad sobre su existencia, tal y como lo dispuso la misma resolución 0356 del 2009 en su artículo 6°.

Se tiene que, el accionante manifiesta en la demanda, que desconocía el contenido de la resolución en comento, por cuanto la misma no le fue notificada; lo anterior, trae como consecuencia que no se pueda establecer a partir de qué fecha debe contabilizarse el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no se tiene certeza de cuál fue la fecha en la que actor tuvo conocimiento de la resolución demandada, y a partir de allí contabilizar el plazo para demandar establecido en el art. 132 del CCA.

Respecto a este tema, el H. Consejo de Estado ha explicado que:

"El examen preliminar debe hacerse a partir de la confrontación de la fecha de notificación, comunicación o publicación el acto, según el caso, con la fecha de presentación de la demanda. De modo que si de esa confrontación se concluye, sin mayor esfuerzo, que ha operado la caducidad habrá que rechazarse de plano la demanda. Sin embargo, el juez no puede exceder el análisis a puntos que constituyen el fondo del asunto, pues entraría a decidir una cuestión de fondo que no es procedente al momento de admitir la demanda sino en el fallo.

Ahora bien, la Sala en oportunidades anteriores¹¹ ha sido del criterio que en los casos en los que en la demanda se controvierte la notificación de los actos acusados, no procede el rechazo de plano de la demanda, pues para decidir sobre la caducidad de la acción deberá tramitarse el proceso, para que en el fallo se defina si la acción se presentó de manera oportuna.

¹¹ Cfr. autos del 29 de octubre de 2009 (expediente N° 17811) y del 13 de abril de 2005 (expediente N° 14960), C.P. Héctor J. Romero Díaz, y del 1° de diciembre de 2000, C.P. Daniel Manrique Guzmán (expediente N° 11326).



Empero, en esta ocasión la Sala debe precisar que esa tesis es aplicable en los casos en que exista duda razonable sobre la caducidad de la acción. Esto es, la tesis opera cuando no sólo se alega la indebida o falta de notificación de los actos, sino cuando se advierte prima facie que hay razones serias para dudar del acaecimiento de la caducidad de la acción. En esos casos, habrá de preferirse la admisión y no el rechazo de la demanda, pero siempre que en la demanda se cuestione objetivamente, no caprichosamente, no subjetivamente, la falta o indebida notificación de los actos administrativos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que haya serias dudas sobre la fecha de notificación del acto definitivo. En ese caso estaría en discusión la fecha en que opera la caducidad y, por ende, deberá admitirse la demanda.

En todo caso, el sólo hecho de que se alegue la indebida o falta de notificación de los actos administrativos no es per se una justa causa para que se prefiera la admisión de la demanda y no el rechazo de la demanda. Se trata, pues, de aquella indeterminación fáctica que se funde en razones objetivas, que impidan tener claridad sobre la caducidad de la acción. De no ser así, se abriría la puerta para que meramente se formulen cargos en los que se cuestione la notificación de los actos acusados con el único propósito de impedir el rechazo de la demanda".

En el caso de marras, se tiene que no existe en el plenario, ningún indicio que de cuenta de cuando tuvo conocimiento el accionante sobre la existencia de la Resolución 356 de septiembre de 2009, pues si bien en el art. 6 del mencionado acto administrativo se le impuso a la sociedad INVERSIONES GERDST PORTO, la obligación de publicar la decisión en referencia en el Diario Oficial, no existe en el proceso prueba de cuando esto se llevó a cabo.

En ese orden de ideas, ante la imposibilidad objetiva de verificar la resolución en mención, debe entenderse que existe una duda razonable frente a dicho aspecto, lo que impide la declaratoria de caducidad de la acción.

5.5.3 Inepta demanda por no agotar el requisito de conciliación prejudicial

De acuerdo con el Consejo de Estado, "La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos, mediante el cual las partes que integran un conflicto solucionan sus diferencias¹², con la intervención de un tercero calificado y

¹² Corte Constitucional, sentencia C-165 de 29 de abril de 1993. "La conciliación es no solo congruente con la Constitución del 91, sino que puede evaluarse como una proyección, en el nivel jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la Carta en su integridad. Porque, siendo la jurisdicción una forma civilizada y pacífica de solucionar conflictos, lo es más aún el entendimiento directo con el presunto contrincante, pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir". Corte Constitucional, sentencia C-598 de 2011. "La conciliación como mecanismo de resolución extrajudicial de resolución de conflictos se ha definido como 'un procedimiento por el cual un número determinado de individuos, trabados entre sí por causa de una controversia jurídica, se reúnen para componerla con la intervención de un tercero



neutral, el cual llevará y dirigirá la celebración de la audiencia de conciliación"¹³. Frente a la Conciliación como requisito procesal para la presentación de la demanda, la Corte Constitucional ha señalado que "Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales. (...)La conciliación repercute de manera directa en la efectividad de la prestación del servicio público de administración de justicia, al contribuir a la descongestión de los despachos judiciales. En efecto, visto que los particulares se ven compelidos por la ley no a conciliar, pero si a intentar una fórmula de arreglo al conflicto por fuera de los estrados judiciales, la audiencia de conciliación ofrece un espacio de diálogo que puede transformar la relación entre las partes y su propia visión del conflicto, lo que contribuye a reducir la cultura litigiosa aún en el evento en que éstas decidan no conciliar"¹⁴.

La Ley que regulaba el tema de la conciliación como requisito previo para la presentación de la demanda, era la Ley 640 de 2001, vigente para la fecha de presentación de esta demanda; dicha norma, en su texto exponía:

ARTICULO 35. Modificado por el art. 52, Ley 1395 de 2010 **Requisito de procedibilidad**. En los asuntos susceptibles de conciliación, la conciliación extrajudicial en derecho es requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones civiles, contenciosas administrativas, laborales y de familia, de conformidad con lo previsto en la presente ley para cada una de estas áreas. Ver el art. 13, Ley 1285 de 2009.

ARTICULO 36. **Rechazo de la demanda**. La ausencia del requisito de procedibilidad de que trata esta ley, dará lugar al rechazo de plano de la demanda.

ARTICULO 37. Modificado por el art. 2 del Decreto Nacional 131, y la Ley 1285 de 2009 **requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo**. Antes

neutral –conciliador- quién, además de proponer fórmulas de acuerdo, da fe de la decisión de arreglo y [sic] imparte su aprobación. El convenio al que se llega como resultado del acuerdo es obligatorio y definitivo para las partes que concilian'. La nota característica de este mecanismo de resolución de conflictos es la voluntariedad de las partes para llegar a la solución de su controversia, pues son ellas, ayudadas por el conciliador que no tiene una facultad decisoria, quienes presentan las fórmulas de acuerdo con las que se espera poner fin a sus divergencias. Es, entonces, un mecanismo de autocomposición porque son las partes en conflicto y no un tercero, llámese juez o árbitro, quienes acuerdan o componen sus diferencias".

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00303-01

¹⁴ Sentencia C-1195 de 2001



de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. [...]

PARÁGRAFO 1°. Este requisito no se exigirá para el ejercicio de la acción de repetición.

La obligatoriedad de la conciliación como requisito previo para demandar, también fue acogida en la Ley 1285 de 2009 cuyo artículo 13 estableció:

Artículo 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: "Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, **siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.**

De acuerdo con la norma antes transcrita, para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de reparación directa y la acción de controversias contractuales, debe inicialmente agotarse el requisito de conciliación prejudicial, so pena del rechazo de la demanda; sin embargo, dicha obligación siempre iba a estar supeditada al hecho de que en el caso objeto de controversia fuera un asunto de aquellos que se puedan conciliar.

Al respecto, el Decreto No. 1716 del 14 de mayo de 2009, "Por medio del cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001", determina lo siguiente:

"Artículo 2°. Asuntos susceptibles de conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Podrán conciliar, total o parcialmente, las entidades públicas y las personas privadas que desempeñan funciones propias de los distintos órganos del Estado, por conducto de apoderado, sobre los conflictos de carácter particular y contenido económico de los cuales pueda conocer la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que los sustituyan.

Parágrafo 1°. No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:

- Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.
- Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.
- Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL No. 002
SENTENCIA No. 031/2017

SIGCMA

Parágrafo 2º. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles".

Respecto de lo expuesto, el Consejo de Estado ha manifestado que "son conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y todos aquellos que de manera expresa determine la ley de conformidad con los artículos 64 y 65 de la Ley 446 de 1998. Así mismo, se advierte que la conciliación tiene cabida, entre otros asuntos, en los de naturaleza cognoscitiva, cuyo objeto radica en terminar el proceso, total o parcialmente, antes de que se profiera sentencia, tal como lo dispuso el legislador en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998"¹⁵.

En el caso bajo estudio, encuentra este Tribunal que el señor JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA, inició en contra del DIMAR una acción de nulidad simple, cuya finalidad era la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual la accionada le otorgó la concesión de un lote terreno a un particular, aduciendo que dicho bien es de uso público, cuando en realidad, según su dicho, el lote es privado y le pertenece. Además de lo anterior, solicita que se le reconozcan los perjuicios que dicho acto administrativo le generó.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el requisito la conciliación prejudicial no es exigible para las acciones de nulidad simple, que era la acción inicialmente incoada por el señor JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA, por lo tanto, este requisito no le fue exigido en el momento en el que se profirió el auto admisorio de la demanda. Ahora bien, de acuerdo con el estudio realizado en esta providencia, es claro para este Tribunal, que lo demandado por el actor en verdad obedece es a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y no a una acción de nulidad simple; y, como quiera que, además de la nulidad de la resolución que dispuso la concesión, se solicita un resarcimiento económico, concluye esta Corporación, que las pretensiones del actor son conciliables conforme con los presupuestos determinados en Ley 640 de 2001, Ley 1285 de 2009 y Decreto 1716 de 2009.

Observa esta judicatura que la demanda en comento no satisface el requisito de la conciliación prejudicial, evento éste que fue advertido por el Ministerio Público en el escrito visible a folio 40-45, en el cual expuso, que debía declararse la nulidad del auto admisorio de la demanda, toda vez que la demanda debía corresponder a una acción de nulidad y

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00303-01



restablecimiento del derecho y no se había aportado la constancia de conciliación. Sin embargo, esta Corporación, en su momento, decidió no estudiar de fondo dicha solicitud, aduciendo que el procurador no estaba facultado para presentar nulidades procesales.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, el Consejo de Estado es claro en exponer que, aunque el juez está obligado a realizar el estudio de los requisitos de la demanda en el auto admisorio de la misma, ello no le impide que, al finalizar el proceso se verifique el cumplimiento de la demanda en forma, de oficio o a petición de partes.

Al respecto, el Consejo de Estado ha expuesto que:

"[L]a Sala recuerda que la "demanda en forma" es un requisito procesal que debe ser controlado por el Juez y por las partes durante la etapa de la admisión de la demanda o en la contestación a la misma a través de la formulación de las respectivas excepciones previas. En efecto, las partes pueden ejercer el control de las cuestiones de carácter procesal que surgen al inicio del proceso a través de los instrumentos que consagra el ordenamiento jurídico, esto es, mediante el ejercicio de los recursos ordinarios, con la interposición de un incidente de nulidad, o con la formulación de excepciones procesales (denominadas excepción previas). En lo atinente a la actuación del juez, la Sala resalta que además del análisis previo realizado en la etapa de admisión, de conformidad con el artículo 306 del CPC, hoy artículo 282 del CGP, éste tiene el deber de reconocer oficiosamente en la sentencia un hecho que constituyen una excepción cuando lo halle probado. En este contexto, para la Sala no le asiste razón al recurrente cuando afirma que por el hecho de haberse admitido la demanda se entendió subsanada la falta de acreditación del requisito de procedibilidad de la conciliación, por cuanto el control de los presupuestos procesales de la demanda no solo se puede realizar al momento de la admisión de la misma sino también en la sentencia, de oficio o petición de parte, cuando se resuelven las excepciones previas formuladas, de conformidad con el artículo 170 del CCA aplicable al caso sub examine. Finalmente y sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima pertinente poner de relieve que las decisiones ilegales no atan al juez y ni cobran ejecutoria, tal y como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia; en este sentido, en cualquier momento del proceso, el juez puede y debe adoptar a decisión que corresponda de conformidad con los poderes de saneamiento que el ordenamiento jurídico establece"¹⁶.

En mérito de lo expuesto, esta Corporación declarará probada la excepción de inepta demanda, por ausencia del requisito de conciliación prejudicial, propuesta por el apoderado de INVERSIONES GERDTS PORTO Y CIA S EN C., y bajo ese entendido, se denegarán las pretensiones de la demanda.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 47001-23-31-000-2009-00303-01.



VI.- COSTAS

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

VIII.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARASE probada la excepción de inepta demanda, por ausencia del requisito de conciliación prejudicial, propuesta por el apoderado de INVERSIONES GERDTS PORTO Y CIA S EN C.,

SEGUNDO: En consecuencia, **DENIEGANSE** las pretensiones de la demanda instaurada por JESÚS MARÍA GÓMEZ ZAPATA, contra la DIMAR y la sociedad INVERSINES GEDRTS PORTO, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

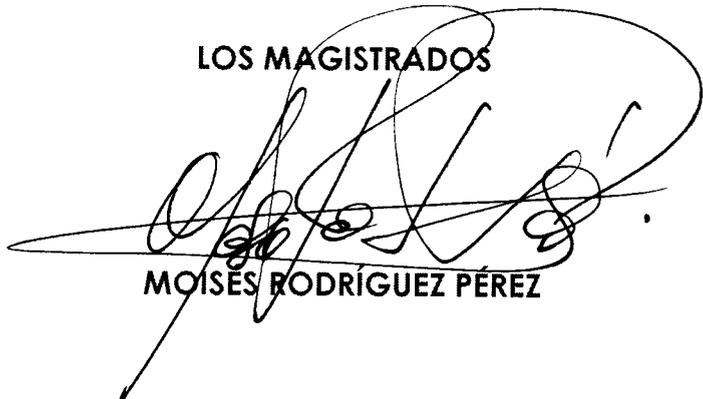
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

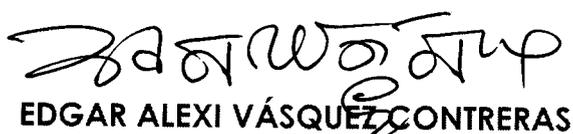
CUARTO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No 33 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

100

100

100