



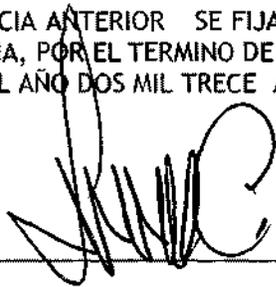
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1314
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: YACAIRA LOMINET PANTOJA Y OTROS
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2008-00173-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA: TREINTA Y UNO(31) DE OCTUBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

315
G-4

Página 1

SALA DE DECISION No. 004

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

Sentencia N° **286** / 2013

1º instancia.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-33-31-003-2008-00173-00
Clase de proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: YACAIRA LOMINET PANTOJA Y OTROS
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR – CONTRALORIA
DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR

Tema: Juicio de responsabilidad fiscal

La Sala de decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., los señores YACAIRA LOMINET PANTOJA, JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, los menores CARLOS ALBERTO ORTEGA LOMINET y MARIA ALEJANDRA ORTEGA LOMINET, los señores JOSE LUIS ORTEGA ALVAREZ, TEOLINDA ISABEL ALVAREZ RODRIGUEZ y JAIME ENRIQUE ORTEGA OCHOA, con citación y audiencia del DEPARTAMENTO DE BOLIVAR y la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR, reclaman la declaración de nulidad de los siguientes actos administrativos que contienen el fallo de responsabilidad fiscal dictado en contra del demandante JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, a saber:

- Resolución S/N de mayo 17 de 2007 expedida por el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar, que contiene el fallo con responsabilidad fiscal contra el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, Alcalde del Municipio de Córdoba (Bol.), dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 553.
- Resolución S/N de fecha junio 22 de 2007, expedida por el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar, que contiene el auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior y lo confirmó en su totalidad.
- Resolución de agosto 1º de 2007 expedida por el Contralor Departamental de Bolívar, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, confirmando el mismo.
- Decreto No. 506 de septiembre 7 de 2007, expedido por el Gobernador del Departamento de Bolívar, por medio del cual se acata el fallo de la Contraloría Departamental de Bolívar.

A título de restablecimiento del derecho, reclaman los demandantes se condene al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR y a la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR a reconocer y pagar los perjuicios morales y materiales causados a su patrimonio en la modalidad de perjuicios morales, daño emergente y lucro cesante.

Como soporte de sus pretensiones los actores informan los siguientes hechos:

1. Que el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ fue elegido como Alcalde Municipal de Córdoba Bolívar, para el periodo constitucional de enero 1º de 2003 a diciembre 31 de 2007.
2. Que tomó posesión de dicho cargo el día 1º de enero de 2004.
3. Que en su contra se interpusieron varias quejas ante la Contraloría Departamental de Bolívar por presuntos malos manejos administrativos, hechos que fueron investigados dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 553.
4. Que el día 25 de mayo de 2007, el señor Nicolás Becerra presentó queja ante la Contraloría Departamental de Bolívar, por presuntos hechos

constitutivos de responsabilidad fiscal en contra del demandante, hechos entre los cuales se encontraban unos que ya eran investigados en el proceso de responsabilidad fiscal No. 553.

5. Que dicha queja fue radicada el 25 de mayo de 2007 bajo el No. 583 de 2007 y, dos días hábiles después, el 27 de mayo de 2007 se profirió auto de apertura de responsabilidad fiscal en contra del señor ORTEGA ALVAREZ, el 31 de mayo de 2007 se profirió la resolución No. 0201 decretando la suspensión del cargo, la que se materializó en la misma fecha.
6. Que la suspensión del señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ del cargo de alcalde, decretada dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 583-2007 adelantado en la Contraloría Departamental de Bolívar, se mantuvo por parte de la Contraloría hasta el día 4 de septiembre de 2007 cuando, mediante Resolución No. 0354 la Contraloría Departamental de Bolívar ordenó levantar la medida de suspensión provisional, pero ya previamente la misma entidad dentro del otro proceso de responsabilidad fiscal 553 de 2006 había decidido declarar responsable fiscalmente al demandante por la suma de \$476.166.308, originándole una inhabilidad sobreviniente que le impidió reintegrarse al cargo de Alcalde Municipal de Córdoba Bolívar.
7. Desde el día 31 de mayo de 2007 el demandante fue suspendido del cargo de Alcalde Municipal y al mantenerse en firme el fallo de responsabilidad fiscal no le fue posible reintegrarse al cargo.
8. Que, de las quejas presentadas por los señores Nicolás Becerra y Silfredo Mieles Velásquez se inició indagación preliminar que terminó con el auto de apertura del proceso de responsabilidad, de fecha enero 17 de 2007 bajo el radicado No. 553.
9. Que mediante auto de imputación de responsabilidad fiscal de fecha marzo 15 de 2007, expedido por el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar, se hizo imputación de responsabilidad fiscal al señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ por la suma de \$616.686.280.

10. Que el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, mediante memorial de abril 9 de 2007 presentó los descargos ante la imputación de responsabilidad fiscal que se le hiciera en auto de marzo 15 de 2007.
11. Que en el memorial de descargos, como defensa, se solicitaron pruebas testimoniales, documentales, así como oficiar a algunas entidades públicas, en busca de información sobre los hechos investigados y que servían para desvirtuar las imputaciones fiscales que se le hicieron al demandante, y demostrar que los hechos no habían existido y que jamás los cometió.
12. Que las pruebas solicitadas por el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ no se decretaron, ni practicaron, en su totalidad sin explicar las razones de la no practica de las mismas, sólo se recibieron los testimonios de dos (2) de las seis (6) personas que se solicitaron que declararan.
13. Que el funcionario de la Contraloría Departamental de Bolívar encargado de impulsar y tramitar el proceso de responsabilidad fiscal No. 553, no decretó las pruebas solicitadas referentes a los oficios dirigidos al Ministerio de Minas y Energía, así como tampoco a la Coordinación de la Fiscalía del Carmen de Bolívar, ni tampoco al Juzgado Promiscuo del Circuito del Carmen de Bolívar, para precisar si existieron o no embargos en las cuentas bancarias del Municipio de Córdoba, cancelar los valores de los combustibles consumidos en los años anteriores al desembargo, cargo este por el que finalmente fue sancionado, por lo que al no decretarse tales pruebas se transgredió de manera clara el debido proceso.
14. Que sin haberse decretado y menos practicado las pruebas solicitadas por el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar profirió el fallo de responsabilidad fiscal de mayo 17 de 2007, dentro de la investigación No. 553, contra el demandante y por la suma de \$476.356.308, violando lo normado en el art. 29 de la Constitución Política y el art. 2º de la Ley 610 de 2000.
15. Que contra el fallo de responsabilidad fiscal se interpuso dentro del término legal el recurso de reposición y el subsidiario de apelación, con escrito de junio 13 de 2007.

16. Que el recurso de reposición fue resuelto por el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar, mediante auto de junio 22 de 2007, por medio del cual confirmó en su totalidad el aludido fallo de responsabilidad fiscal, concediendo en consecuencia el recurso de apelación.
17. Que el recurso de apelación fue concedido por el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar y enviado el expediente al Contralor Departamental con oficio 103-132 de julio 31 de 2007, y en menos de ocho (8) horas hábiles, es decir el 1º de agosto de 2007, el Contralor Departamental resolvió el recurso modificando la cuantía del detrimento patrimonial y quedó fijada en la suma de \$476.166.308.
18. Que el 10 de agosto de 2007 se fijó el edicto por medio del cual se notifica la decisión que resolvió el recurso de apelación dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 553, sin embargo, se notifica a los señores JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, ANDRES BARRIOS VILLA, apoderado de EMILIO RAAD FARELO, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 430, cuando en realidad debió notificarse al señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ y HERIBERTO SOLIS ARRIETA apoderado del primero y dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 553.
19. Que el demandante es hijo, junto con JOSE LUIS ORTEGA ALVAREZ de los señores JAIME ENRIQUE ORTEGA OCHOA y TEOLINDA ISABEL ALVAREZ RODRIGUEZ.
20. Que el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ contrajo matrimonio con YACAIRA LOMINET PANTOJA, de cuya unión han nacido CARLOS ALBERTO y MARIA ALEJANDRA.

Normas violadas y concepto de la violación

El apoderado de la parte actora identifica las normas que estima violentadas a lo largo de un extenso concepto de violación, del que se resaltan los siguientes argumentos:

Violación al art. 29 de la Constitución Política y al art. 24 de la Ley 610 de 2000:

Donde resalta que las pruebas pedidas por el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ al dar respuesta al pliego de cargos, no fueron decididas ni

practicadas por el funcionario investigador de la Contraloría Departamental de Bolívar; estando dichas pruebas dirigidas a demostrar la existencia de embargos de las cuentas del municipio, lo que impidió que los gastos, en especial los de combustible, se pagaran en años anteriores, y que se pagaron al año siguiente cuando se obtuvo el desembargo de las cuentas.

Violación al art. 29 de la Constitución Política y a los arts. 45, 267 del C.C.A. y 323 del C.P.C.: Referidas estas normas a la posibilidad de la notificación por edicto y los requisitos que debe cumplir esta forma de notificación, en este caso se quiebra dicha normatividad porque el edicto se fija para notificar el resultado de la investigación No. 430 y no la investigación en la que se sanciona al demandante.

Violación al art. 22, 23 y 26 de la Ley 610 de 2000: Afirma el apoderado actor que tales normas exigen la necesidad de la prueba en que debe fundarse toda providencia dictada dentro del un proceso de responsabilidad fiscal y, en este caso, ni siquiera existe certeza de la existencia del daño y mucho menos de que haya sido el demandante quien lo cometió.

En lo restante del concepto de violación a la norma, el apoderado demandante objeta cada uno de los cargos imputados a su prohijado, cuyos argumentos serán tenidos en cuenta en la parte considerativa de esta providencia.

2. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Admitida la demanda por esta Corporación a través de auto calendado en agosto 12 de 2008 y notificadas las entidades públicas demandadas, las mismas concurren al proceso debidamente representadas a través de apoderado judicial, para dar contestación al libelo en los siguientes términos:

Contestación a la demanda por la Contraloría Departamental de Bolívar: Se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, admite parcialmente la certeza de los hechos, reclama la probanza del parentesco que existe entre los demandantes y niega los hechos referidos al fallo de responsabilidad fiscal, para en su lugar afirmar que tal decisión y la correspondiente investigación se encuentran ajustadas a derecho y a las

normas que regulan el proceso de responsabilidad fiscal, quedando demostrado el manejo irregular y antieconómico que se dio a los recursos del Municipio de Córdoba (Bol.).

Como argumentos de defensa expone que dentro del proceso de responsabilidad fiscal No, 553, adelantado contra el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, quedaron demostradas múltiples irregularidades en el manejo del erario o de los recursos del municipio, dentro de las cuales se destacan la vulneración a los principios consagrados en el Estatuto de la Contratación Estatal, en el sentido de contratar ficticiamente la prestación de un servicio; de igual forma, se extralimitó en el ejercicio de sus funciones como Alcalde al contratar el suministro de gasolina por la suma de \$400.000.000 para vehículos o maquinarias que no prestaban servicio alguno al municipio por encontrarse dañadas o en desuso; igualmente contrató el suministro de repuestos para una motoniveladora por la suma de \$100.000.000, sin que ésta se haya puesto en funcionamiento, sumándole la adquisición de un motor usado por un valor de \$14.000.000, sin determinar la persona o empresa contratista.

Agregó que la responsabilidad fiscal tiene carácter resarcitorio pues su único fin es reparar el daño sufrido por el patrimonio público que ha sido menguado por los servidores públicos o particulares que realizaron una gestión irregular y, en ese orden de ideas, la Contraloría Departamental de Bolívar consideró que el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, además del manejo irregular que le dio al erario del municipio de Córdoba (Bol.), presuntamente infringió la norma penal en los tipos penales de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales y falsedad en documento público.

Como excepciones de mérito propuso las que llamó de INEPTITUD DE LA DEMANDA, FALTA DE LEGITIMACION PARA PEDIR y la innominada.

Contestación a la demanda por el Departamento de Bolívar: A través de apoderado constituido al efecto se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle los hechos referidos a la Contraloría Departamental de Bolívar, tachó de falso el hecho referido a la notificación de la decisión final al demandante y reclama la probanza del parentesco que existe entre los demandantes.

Propuso como excepciones de mérito las que llamó de LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS, INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES, FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA y la innominada.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A través de providencia calendada en mayo 30 de 2012 esta Corporación dispuso la clausura del debate probatorio y corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales, lo que efectuaron en los siguientes términos:

Alegaciones de la parte demandante: Al alegar de conclusión reclama la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados, afirmando que los mismos fueron expedidos con violación al derecho fundamental al debido proceso toda vez que las pruebas solicitadas por el demandante en su memorial de descargos no fueron decretadas ni practicadas en su totalidad, lo que no le permitió desvirtuar el cargo por el que fue sancionado; que, también se viola del debido proceso cuando los actos demandados no le fueron notificados en debida forma al demandante y su apoderado.

Alegaciones de la parte demandada DEPARTAMENTO DE BOLIVAR: En su escrito de alegaciones solicita que no se acceda a las pretensiones del demandante, al carecer ellas de supuestos fácticos que las soporten como quiera que las pruebas solicitadas por el demandante fueron tenidas en cuenta para adoptar el fallo con responsabilidad fiscal y, a más de lo anterior, la Ley 610 de 2000 le da al investigado la posibilidad de interponer recursos de apelación o reposición contra el auto que contiene la decisión de denegar total o parcialmente la práctica de las pruebas solicitadas, mecanismos que debieron ser utilizados, pues al no controvertir tales decisiones demostró su clara satisfacción con la decisión adoptada, pues de lo contrario no existiría razonabilidad lógica en el uso o no que de ellos se haga. Agrega que la *praxis jurídica* deja claro que los recursos llevan dentro de sí la idea discrepante de la decisión adoptada por la administración, pues si se está de acuerdo con esta carecería de lógica la utilización de aquellos, de manera que no puede el

actor alegar una circunstancia jurídica por él creada cuando no hizo uso de los recursos que la ley facultaba de acuerdo con su petición.

En cuanto se refiere a la indebida notificación, afirma que a folio 61 – 831 de la demanda se comprueba que el día 10 de agosto de 2007 se fijó edicto notificando la decisión que resuelve el recurso de apelación dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 553, a los señores JAIME ORTEGA ALVAREZ y al doctor HERIBERTO JOSE SOLIS ARRIETA apoderado del citado actor dentro del proceso antes mencionado.

A más de lo anterior, resalta que el demandante no ataca el acto administrativo que contiene el fallo de responsabilidad fiscal, pues solo se limita al análisis del proceso fiscal, el cual no es objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Finalmente, se refiere a la excepción de indebida acumulación de pretensiones, para afirmar que en este proceso hay seis (6) demandantes que no tienen relación alguna con los actos administrativos acusados, por lo que no se cumple con los requisitos del art. 82 del C.P.C., como quiera que en el caso concreto no existe unidad de causa, ni unidad de objeto, además que el restablecimiento del derecho de cada uno de los demandantes se presenta de manera diferente.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado para actuar ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto en este asunto judicial.

4. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El Acto Administrativo demandado

Los señores YACAIRA LOMINET PANTOJA, JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, los menores CARLOS ALBERTO ORTEGA LOMINET y MARIA ALEJANDRA ORTEGA LOMINET, los señores JOSE LUIS ORTEGA ALVAREZ, TEOLINDA ISABEL ALVAREZ RODRIGUEZ y JAIME ENRIQUE ORTEGA OCHOA reclaman de esta jurisdicción la declaración de nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a. - Resolución S/N de mayo 17 de 2007 expedida por el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar, que contiene el fallo con responsabilidad fiscal contra el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, Alcalde del Municipio de Córdoba (Bol.), dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 553.
- b. - Resolución S/N de fecha junio 22 de 2007, expedida por el Jefe de División de Acciones Fiscales de la Contraloría Departamental de Bolívar, que contiene el auto que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto anterior y lo confirmó en su totalidad.
- c. - Resolución de agosto 1º de 2007 expedida por el Contralor Departamental de Bolívar, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, confirmando el mismo.
- d. - Decreto No. 506 de septiembre 7 de 2007, expedido por el Gobernador del Departamento de Bolívar, por medio del cual se acata el fallo de la Contraloría Departamental de Bolívar.

El decreto referenciado en el literal d se configura como un acto administrativo de los llamados de ejecución, ya que a través del mismo se da cumplimiento al fallo de responsabilidad fiscal adoptado por el ente de control demandado, para disponer el retiro del demandante del cargo público que desempeñaba para la época en virtud de inhabilidad sobreviniente; y, de acuerdo con las previsiones de los arts. 45 y 135 del C.C.A., los actos administrativos que determinan la ejecución de una decisión administrativa no son susceptibles de recursos en vía gubernativa.

Lo anterior determina que esta Sala deba declararse inhibida para hacer pronunciamiento de fondo sobre dicho acto administrativo, lo que se dirá así en la parte resolutive de esta providencia.

Frente a los actos administrativos restantes, se advierte que se trata de decisiones adoptadas en el marco de un juicio administrativo de responsabilidad fiscal, respecto de las cuales se agotó en debida forma la vía gubernativa por el demandante JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, lo que habilita a esta jurisdicción para efectuar el control de legalidad impetrado por este actor.

2. Caducidad de la acción.

Como quiera que el último de los actos demandados fue proferido el 1º de agosto de 2007, notificado por medio de publicación en edicto que se fijó el día 10 de los mismos mes y años, por el término de diez días hábiles que culminaron el día 23 de agosto de 2007, lo que determina que el plazo de caducidad de la acción se extendiera hasta el día 24 de diciembre de esa misma anualidad (fl. 830), conforme a las previsiones del art. 136 del C.C.A.; y como quiera que la demanda introductoria de este proceso fue sometida a reparto el día 18 de diciembre de 2007, forzoso es concluir que la acción se ha ejercitado oportunamente.

3. De las excepciones propuestas por las entidades demandadas

Las entidades demandadas han propuesto las excepciones de fondo que llamaron de **i) Ineptitud de la demanda**, esta excepción propuesta por la Contraloría demandada, se hace consistir en que el fallo que declaró la responsabilidad fiscal del demandante, se basó en las pruebas recopiladas en el transcurso del proceso y que denotaron fehacientemente un manejo antieconómico contra el erario público; **ii) Falta de legitimación para pedir**, la misma entidad demandada excepciona para afirmar que a los demandantes no les asiste razón, ya que no se dan ninguna de las causales para solicitar la ilegalidad de los actos acusados; **iii) Legalidad de los actos administrativos demandados e inexistencia de vulneración al debido proceso**, propuesta por el Departamento demandado, busca enervar desde el punto de vista material las pretensiones de la demanda; **iv) Ineptitud sustancial de la demanda por**

indebida acumulación de pretensiones, propuesta también por el Departamento de Bolívar, ataca la demanda desde el punto de vista formal cuando sostiene que hay seis (6) demandantes que no tienen ninguna relación con los actos administrativos acusados, lo que hace que no se cumplan los requisitos del art. 82 del C.P.C. al no existir unidad de causa, ni unidad de objeto en la medida en que el restablecimiento del derecho se reclama en forma diferente para todos los demandantes; y, **v) Falta de legitimación en la causa por activa**, con base en la cual la entidad territorial demandada sostiene que solamente el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ se encuentra legitimado para reclamar el control de legalidad de los actos acusados, y no los seis (6) demandantes restantes.

Al desatar el problema jurídico principal en este proceso, se ocupará la Sala de los medios exceptivos referenciados en los numerales i, ii y iii del acápite anterior, como quiera que ellos buscan enervar las pretensiones del actor ORTEGA ALVAREZ de manera sustancial.

Las restantes excepciones, de Ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y Falta de legitimación en la causa por activa, serán estudiadas en esta instancia sólo en el evento en que prosperen las pretensiones del demandante principal.

4. Problema Jurídico

Se discute en este proceso la legalidad del fallo con responsabilidad fiscal proferido por la CONTRALORIA DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR en contra del señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, contenido en los actos administrativos censurados, debate en el cual el accionante afirma que tales actos fueron producidos con violación al derecho fundamental al debido proceso, como quiera que en el trámite administrativo del proceso de responsabilidad fiscal no se decretaron, ni practicaron las pruebas que él solicitó al rendir sus descargos, de manera que no se le permitió desvirtuar los cargos por los que resultó sancionado; porque no le fue notificado en debida forma – a él y a su apoderado – el acto administrativo que resolvió el recurso de apelación; y,

porque no se cumplen los requisitos para endilgarle responsabilidad fiscal al demandante.

A su turno, las entidades públicas demandadas consideran que el fallo de responsabilidad fiscal que se contiene en los actos administrativos acusados, se encuentran ajustados a los preceptos contenidos en la Ley 610 de 2000, por lo que no se dio violación alguna al derecho fundamental al debido proceso y, al alegar de conclusión, sostiene la accionada DEPARTAMENTO DE BOLIVAR que al actor no le está permitido traer a juicio circunstancias que fueron causadas por él en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, como quiera que no interpuso recurso alguno contra las decisiones que decretaron o negaron las pruebas en dicho trámite y, manifiesta que el acto administrativo que desató el recurso de apelación fue debidamente notificado al ahora demandante y a su apoderado, afirmando que ello se encuentra demostrado en el proceso.

De acuerdo con las anteriores posturas, le corresponde a este Tribunal determinar la legalidad de los actos administrativos acusados, para lo cual se efectuara el estudio de los cargos formulados en la demanda.

5. Marco normativo

Sabido es por las partes que la garantía constitucional, como derecho fundamental al debido proceso, viene consagrada en el art. 29 Superior¹ con la precisión de que tal prerrogativa tiene cabida en todas las actuaciones administrativas y judiciales, lo que implica de suyo la obligatoriedad de las autoridades de observar en plenitud y a cabalidad las formas propias de cada juicio y cada trámite administrativo.

En relación con la observancia del debido proceso en el trámite administrativo de responsabilidad fiscal ya se ha pronunciado la Corte Constitucional al efectuar el control de exequibilidad de muchas de las disposiciones contenidas en la Ley 610 de 2000, que regula lo concerniente a dicho procedimiento y,

¹ ARTICULO 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
En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento, a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso

por eso, a título de ilustración, se citará lo pertinente de la sentencia C-131-02, así:

5. La Ley 610 de 1993 establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Ella define el proceso de responsabilidad fiscal, somete ese procedimiento a los principios consagrados en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política y en el Código Contencioso Administrativo; define qué se entiende por gestión fiscal, precisa que el objeto de ese proceso es el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público, indica los elementos de la responsabilidad fiscal y señala qué se entiende por daño patrimonial al Estado y por pérdida, daño o deterioro de bienes.

Por otra parte, indica que el proceso se inicia de oficio, por denuncia o queja y que él comprende la indagación preliminar y el proceso de responsabilidad fiscal. Hay lugar a la indagación preliminar si no existe certeza sobre los motivos que permiten la apertura del proceso de responsabilidad fiscal y tiene por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta, la afectación del patrimonio estatal, la entidad afectada e identificar a los servidores públicos o particulares presuntamente responsables. La indagación culmina con el archivo de las diligencias o con la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La apertura del proceso de responsabilidad fiscal es un auto de trámite que se profiere cuando se haya acreditado el daño patrimonial al Estado y se cuente con pruebas serias sobre los autores del mismo. Es una providencia que inicia el proceso de responsabilidad fiscal, que debe fundamentarse fáctica y jurídicamente, en la que se decretan pruebas y medidas cautelares, si hay lugar a ellas, y que debe notificarse a los presuntos responsables, en caso de que hayan sido identificados, para que ejerzan los derechos de defensa y contradicción. Vencido el término probatorio o su prórroga, el investigador fiscal decide si archiva el proceso o si profiere auto de imputación de responsabilidad fiscal.

Hay lugar al auto de imputación de responsabilidad fiscal si está demostrado el daño al patrimonio del Estado y si existe prueba que comprometa la responsabilidad de los implicados y debe notificarse a éstos o a sus apoderados. Luego sigue un término de 10 días para presentar argumentos de defensa, solicitar y aportar pruebas. Practicadas tales pruebas, el funcionario profiere fallo con o sin responsabilidad fiscal. El fallo es notificable y recurrible en los términos del Código Contencioso Administrativo e impugnante ante esa jurisdicción.

Conforme con lo anterior, no hay duda entonces que el derecho fundamental al debido proceso, que comprende también los derechos de contradicción, defensa y audiencia, debe ser observado en su totalidad en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, de acuerdo con los parámetros que para ello se consagran en la Ley 610 de 2000.

6. Antecedentes del proceso de responsabilidad fiscal contra el demandante.

Con acto administrativo S/N adiado en mayo 17 de 2007, la Contraloría Departamental de Bolívar profirió fallo de responsabilidad fiscal contra el señor

JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, en cuantía de \$476.356.308, por el daño patrimonial causado al erario público de la Alcaldía del Municipio de Córdoba (Bol.) por el tiempo que desempeñó el cargo de Alcalde de dicho ente territorial, a través de diferentes conductas que el ente de control calificó como de gestión fiscal irregular.

Contra tal decisión se interpusieron por el ahora demandante los recursos de reposición y apelación que, al ser desatados, confirmaron el fallo de responsabilidad fiscal pero, se modificó la cuantía del daño para fijarla en la suma final de \$476.166.308.

7. De la censura a los actos administrativos acusados.

A continuación se aborda el estudio de los cargos de censura formulados por el demandante ORTEGA ALVAREZ, contra los actos administrativos acusados a través de esta acción:

a) De la violación al debido proceso y los arts. 22, 23, 24 y 26 de la Ley 610 de 2000. Se afirma en la demanda que, no se decretaron, y menos se practicaron, las pruebas que fueron solicitadas por el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ al rendir sus descargos, negativa cuyas razones no fueron explicadas por el ente de control, y solo se recibieron, de manera ilegal según el decir del actor, dos (2) de las seis (6) pruebas testimoniales que él solicitó. Afirma que tales pruebas estaban destinadas a desvirtuar los cargos que le fueron formulados en el proceso de responsabilidad fiscal, y que la negativa de su decreto y práctica es violatorio de la garantía al debido proceso.

A pesar de la gravedad de la censura que formula la parte actora, por cuanto la negación de pruebas en sede administrativa se constituye como una verdadera violación al derecho fundamental al debido proceso en cuanto cercena el derecho de defensa y contradicción, debe la Sala desestimar tal cargo al no haberse allegado al plenario judicial la totalidad del expediente contentivo del proceso de responsabilidad fiscal, de manera que no puede esta Corporación efectuar el control de legalidad impetrado.

En efecto, afirma el demandante que le fueron negadas las pruebas que

solicitó para desvirtuar los cargos que le fueron formulados al imputarle responsabilidad fiscal, pero dicha afirmación resulta contrastada con el contenido mismo de los actos administrativos censurados, en los que se lee que en el proceso sí existen autos que decretan pruebas; no obstante, tales decisiones no aparecen allegadas a este proceso judicial, a pesar de que la entidad demandada puso a disposición de la parte actora el expediente contentivo del proceso de responsabilidad fiscal para que se tomaran las copias que se estimaran pertinentes, como se lee en el oficio de fecha junio 29 de 2011 (fl. 196), el cual fue puesto en conocimiento de la parte actora por medio de auto adiado en noviembre 28 de 2011 (fl. 206), omisión que resulta contraria a las reglas que informan la carga de la prueba, contenidas en el art. 177 del C.P.C., de acuerdo con las cuales, le corresponde a la parte interesada en obtener un provecho o beneficio jurídico, o el reconocimiento de un derecho, demostrar en juicio el supuesto fáctico en que el mismo se soporta.

De acuerdo con lo anterior, al afirmarse por la entidad demandada en el fallo de responsabilidad fiscal que en el expediente administrativo reposan – como actuaciones procesales – los autos que decretaron pruebas en el proceso, la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos debía ser enervada por la parte actora, en este caso, que era la interesada en demostrar que a lo largo de dicho trámite administrativo no se decretaron, ni practicaron, las pruebas que solicitó para ejercer su derecho de defensa.

A más de lo anterior, de la documental arrojada al plenario no es posible inferir que el señor ORTEGA ALVAREZ haya puesto de manifiesto ante la Contraloría Departamental de Bolívar la ocurrencia de tal irregularidad en el curso del proceso, en la forma como lo autoriza en los arts. 36 a 38 de la Ley 610 de 2000², de suerte que las mismas hubiesen podido ser saneadas antes de que se profiriera el fallo de responsabilidad fiscal.

² ARTICULO 36 CAUSALES DE NULIDAD Son causales de nulidad en el proceso de responsabilidad fiscal la falta de competencia del funcionario para conocer y fallar, la violación del derecho de defensa del implicado, o la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso. La nulidad será decretada por el funcionario de conocimiento del proceso.

ARTICULO 37 SANEAMIENTO DE NULIDADES En cualquier etapa del proceso en que el funcionario advierta que existe alguna de las causales previstas en el artículo anterior, decretará la nulidad total o parcial de lo actuado desde el momento en que se presentó la causal y ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane lo afectado. Las pruebas practicadas legalmente conservarán su plena validez.

ARTICULO 38 TERMINO PARA PROPONER NULIDADES Podrán proponerse causales de nulidad hasta antes de profenirse el fallo definitivo. En la respectiva solicitud se precisará la causal invocada y se expondrán las razones que la sustenten. Sólo se podrá formular otra solicitud de nulidad por la misma causal por hechos posteriores o por causal diferente. Contra el auto que resuelva las nulidades procederán los recursos de reposición y apelación.

Es decir, que de lo demostrado en el proceso que ahora nos ocupa, no se encuentra que el derecho fundamental al debido proceso le haya sido conculcado al señor ORTEGA ALVAREZ, y ello determina que el cargo de censura no prospere.

b) De la violación al art. C.P. y los arts. 45 y 267 del C.C.A. y 323 del C.P.C.
Se fundamenta esta carga de censura afirmándose por el demandante que el 10 de agosto de 2007 se fijó un edicto para notificar una decisión a los señores JAIM ALBERTO ORTEGA ALVAREZ y ANDRES BARRIOS VILLA, apoderado de EMILIO RAAD FARELO dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 430, cuando en realidad es que debía notificarse al señor ORTEGA ALVAREZ y a su apoderado de la decisión pronunciada en el proceso No. 553.

En este caso, revisada la actuación administrativa allegada al proceso judicial, se observa que a folio 830 obra copia del Edicto fijado por el ente de control el día 10 de agosto de 2007, para notificar la decisión adoptada el día 1º de los mismos mes y año, en el que textualmente se lee:

EL SUSCRITO SUBCONTRALOR DEPARTAMENTAL DE BOLIVAR POR MEDIO DEL
PRESENTE

HACE CONSTAR

En la ciudad de Cartagena a los 10 días del mes de agosto de 2007 el suscrito Subcontralor Departamental de Bolívar, con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, procede a notificar por medio del presente edicto al (los) señor (es) JAIME ALBERTO ORTEGA ALVARES (sic) y al doctor HERIBERTO SOLIS ARRIETA, apodero (sic) del citado señor, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 553 (...)

Con base en lo anterior, encuentra esta Sala de Decisión que no le asiste razón a la parte actora cuando afirma que se produjo una indebida notificación, por cuanto se observa que el edicto estaba dirigido a notificar al señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ y a su apoderado, HERIBERTO SOLIS ARRIETA, sin que se observe ninguna de las irregularidades a que se hace referencia en la demanda, lo que determina, sin más comentarios, que este cargo sea desestimado.

c) De los cargos que censuran el fallo de responsabilidad fiscal. En este punto se analizarán los cargos formulados por la parte demandante, que buscan enervar el fallo mismo de responsabilidad fiscal, en los siguientes términos:

1. Sobre la responsabilidad fiscal declarada por concepto de combustibles.

En ese punto, el demandante ALVAREZ ORTEGA sostiene que a lo largo del proceso de responsabilidad fiscal se señaló una suma determinada de dinero, sin advertir por ninguna parte la cantidad de galones de combustibles y lubricantes consumidos, que no es lo mismo el valor de un galón de combustible en Cartagena que en el Municipio de Córdoba, que la determinación del precio del combustible en el último lustro se modificó por el Gobierno Nacional y de las formas de determinar el valor del mismo se ha ido desmontando el subsidio que se concedía para mantener el precio estable, por lo que en los últimos tres años el precio del galón de combustible se duplicó y por ello era necesario determinar la cantidad de galones de combustibles consumidos para así concluir si se cometió, o no, el detrimento patrimonial.

Sobre este punto, en el fallo de responsabilidad fiscal se lee:

Con relación a este cargo estima este Despacho que el Alcalde Municipal de Córdoba adelantó una gestión fiscal no sujeta al principio de economía gastando de manera irracional los escasos recursos de la Municipalidad en el consumo de combustibles, y con poca transparencia, que si bien es cierto no es del resorte de la Contraloría determinar la existencia de inhabilidades, diferentes testimonios colocan en entredicho el que los cheques con los cuales se cubrió el pago de estas obligaciones se haya realizado a través del señor (...) quien aquellos dicen que es su primo y conductor privado, y por otra parte, afirman la existencia de cuentas suscrita (sic) por una de las empresarias de la gasolina en el Municipio, (...), quien manifestó bajo la gravedad del juramento sus reservas en la facturación, cuando (sic) le solicitaron en la Tesorería Municipal firmas unas que ella no había presentado ...

(...)

Y es que mucho menos es injustificable el consumo exagerado de gasolina cuando los vehículos y la maquinaria de propiedad de la Alcaldía se encuentra en regular estado y semiutilizados, y en ese sentido es creíble totalmente la versión jurada de (...), quien trabajó como Jefe de Maquinaria desde el 3 de enero de 2004 hasta el 30 de septiembre de

2006 en esta Alcaldía, según el cual manifiesta que vehículos y maquinarias se dañaban frecuentemente, quedando sin prestar el servicio, lo cual coincide plenamente con lo certificado por el Secretario de Planeación Municipal, (...), el día 20 de diciembre de 2006, respecto del estado del banco de maquinaria, haciendo constar que unos están en regular estado y otros se encuentran en mal estado.

En el mismo sentido bajo la gravedad del juramento el mismo Tesorero municipal (...) quien se desempeñó como tal entre el 2 de enero de 2004 hasta 11 de julio de 2006, afirmó que el 80% de la maquinaria se encuentra fuera de servicio.

Ahora bien, el Dr. Jaime Ortega Álvarez justifica que no hubo tan excesivo consumo de combustible, sino que el Municipio sufrió un embargo en el año 2004, pro lo que en el año 2005 no se incrementó el consumo de combustible, sino que hubo necesidad de cancelar una vez se produjo el desembargo por la suma aproximada de \$400.000.000,00 el combustible consumido en el año anterior, es decir que no hubo un consumo exagerado, sino que fue necesario cancelar el consumido anteriormente y que no fue posible cancelar, por encontrarse embargados los recursos por ordenes del Juzgado Promiscuo del Circuito de El Carmen de Bolívar. Pero tal afirmación no es satisfactoria porque practicada efectivamente la inspección ante el Juzgado (...) se encontró que solamente se radicaron dos demandas en contra del Municipio cuyas pretensiones no superan los \$5.000.000.00.

Si en gracia de discusión aceptáramos que ellos hubiese sido así, tampoco este Despacho aceptaría esta exculpación pues de la inspección practicada por el señor Personero Municipal en ejercicio de sus funciones el día 13 de septiembre de 2006 se desprende con diafanidad los excesivos giros y pagos hechos, de la siguiente manera:

(...)

Otra prueba operante y ratificatoria de esta anomalía es aquella en que el Personero Municipal afirma que mediante inspección se ha determinado que el parque automotor se encuentra funcionando a medias y que en la mayor parte del tiempo se encuentran dañados.

Se debe recordar que para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Por todo lo anterior, con base en el numeral 4º de la Ley 610 de 2000 que dice que para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal, se declarará con

responsabilidad fiscal por este concepto atendiendo que el Alcalde Municipal de Córdoba no adelantó en este sentido una gestión bajo el principio de economía contraria a una política de economía, control y racionalización del gasto, por la suma de \$408.223.447.00, según se desprende del documento público allegado por el señor Personero Municipal de Córdoba, Bolívar y que obra como prueba en el plenario.

A través del Auto S/N de fecha agosto 1º de 2007, por medio del cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de responsabilidad fiscal, se confirmó el cargo de responsabilidad endilgado al demandante, en los siguientes términos:

“Con base en lo anterior, y luego de un detenido estudio del primer punto, y de las pruebas que reposan en el expediente, observa el despacho, que el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, Alcalde del Municipio de Córdoba (Bolívar), no ha desvirtuado, en manera alguna, es decir, no ha justificado, como en diez y siete meses paga una suma equivalente a \$408.223.547.00, es decir, un promedio de ochocientos mil pesos diarios, con un parque automotor que como está demostrado dentro del expediente No. 553, funcionó a medias, debido al mal o regular estado en que se encontraba o se encuentra, mientras sí se demuestra el extraordinario consumo de combustible por parte de la administración municipal de Córdoba (Bolívar) entre los meses de marzo y octubre de 2004; entre enero y noviembre de 2005 y enero y junio de 2006, para un promedio de veinticuatro (24) millones de pesos mensuales. – Es de resaltar, que las medidas cautelares invocadas como amparo de lo anterior, quedan sin piso, toda vez que las mismas, en nada inciden con el desmedido o no justificado excesivo gasto de gasolina y lubricantes, situaciones que entre otras cosas, se dan muy generalmente en las administraciones por uno u otro motivo. Las pruebas aportadas demuestran que, efectivamente, cursaron unas demandas ejecutivas contra la Alcaldía de Córdoba (Bolívar), pero que estas, en nada inciden con el excesivo y no justificado gasto de gasolina y lubricantes por parte de la administración municipal de Córdoba (Bolívar).

De lo transcrito se hace evidente que no tiene relevancia alguna el que no se haya determinado por la entidad de control a cuántos galones corresponde el

consumo excesivo de gasolina que se le atribuye a la Administración dirigida por el demandante, sino que se le censura por no haber justificado en debida forma la necesidad de tales consumos.

A más de lo anterior, el argumento traído por el demandante tanto al proceso de responsabilidad fiscal como al proceso judicial, relacionado con la existencia de embargos que impidieron el pago de tales conceptos, no encuentra soporte en esta instancia, como quiera que en este proceso judicial no se demuestra por la parte actora que tales suministros hayan estado debidamente contratados, justificados y desarrollados teniendo en cuenta los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

En este punto ha de tenerse en cuenta que, con miras a desvirtuar la legalidad del fallo de responsabilidad fiscal, le corresponde al sancionado demostrar, en juicio, que los hechos por los cuales ha sido hallado responsable desde el punto de vista fiscal no han tenido ocurrencia, o que los mismos no fueron apreciados y valorados por el ente de control en forma correcta, pues así lo determina el principio de la carga de la prueba al que ya se ha hecho referencia en este proveído; no siendo suficiente afirmar que el ente de control no determinó el detalle del daño causado al erario público, cuando en realidad el hecho dañoso aparece demostrado de manera clara y diáfana.

Con base en lo anterior se dirá, entonces, que el cargo así expuesto encuentra prosperidad.

2. Sobre la responsabilidad fiscal declarada en lo referente a los pagos contenidos en el comprobante de egreso No. 10397 de abril 5 de 2004. En este cargo de censura afirma el demandante, que desde el inicio de la investigación fiscal, desde su versión libre, manifestó que se había guiado por las certificaciones que de los trabajadores hicieron, certificaciones que fueron dadas por el Dr. JUAN MIGUAL ROYERO ARROYO y YOLIMA ROMERO RUIZ, secretarios de planeación y salud municipal de Córdoba Bolívar, donde consta que dichos secretarios eran las personas encargadas que dicha labor se ejecutara, por lo que no compete al actor supervisar materialmente la ejecución de la labor contratada, siéndole suficiente la certificación que al respecto le expidieron los secretarios de despacho, para terminar de cancelar

los valores anotados en dicho comprobante a favor de CESAR SANES, quien afirmó que su nombre había sido utilizado para un contrato de limpieza de caminos.

Agrega que es muy dicente que los declarantes manifiesten de manera calcada los hechos y, en especial, el que se les ofreció por parte del Alcalde Municipal dinero para que no declararían, y estima que revisadas dichas declaraciones es suficiente para observar que tal afirmación fue inexistente, cuando los testimonios son tan coincidentes incluso en el uso de las mismas palabras y términos, la jurisprudencia y doctrina enseña que son poco creíbles.

Este cargo fue formulado por el ente de control en los siguientes términos:

Atendiendo las pruebas recaudadas en la presente actuación se tuvo que, en declaración juramentada el 26 de octubre de 2006 el señor Cesar Sanes declaró:

Me enteré en la calle de que mi nombre había sido utilizado en la alcaldía para un contrato de limpieza del camino que conduce a la Sierra por un costo de dos millones de pesos y entonces fui a la Tesorería y miré que la firma que estaba estampada en el contrato no era la mía, me la falsificaron. Yo jamás he contratado con el municipio, no conozco ni siquiera ese camino,..

El 10 de octubre de 2006 ante la Personería Municipal de Córdoba igualmente ratificó:

No, yo no he realizado ningún trabajo en el municipio en esta administración y por ende no debe existir ningún cheque en Tesorería a mi nombre.

En ese mismo sentido se había pronunciado en su versión libre rendida ante la Procuraduría Provincial de El Carmen el 26 de septiembre de 2006.

No obstante lo anterior, el pago se realizó mediante comprobante de egreso 10397 con cheque No. (...)

Así las cosas, como quiera que su versión coincide con lo afirmado por los quejosos y frente a tales cuestionamientos el imputado fiscal no presentó descargos ni pruebas desvirtuándolo, se ratificará declarándolo responsable fiscal por esta suma la cual asciende a un millón seiscientos setenta y uno (sic) pesos (1.671.00.00)

En el acto final del juicio de responsabilidad fiscal, frente al mismo cargo, se lee:

Conviene destacar que no es la entidad quien lo afirma, es el mismo declarante CESAR SANES REDONDO en su jurada quien manifiesta: ... me enteré en la calle de que mi nombre había sido utilizado en la alcaldía para un contrato de limpieza del camino que conduce a la Sierra por un costo de \$2.000.000.00 y entonces fui a la Tesorería y miré que la firma que estaba estampada en el contrato no era la mía, me la falsificaron. Yo jamás he contratado con el municipio, no conozco ni siquiera ese camino.

(...)

En consecuencia, observa el Despacho, que lo expuesto por el declarante coincide con los hechos investigados y frente a tales cuestionamientos el señor JAIME ALBERTO ORTEGA ALVAREZ, Alcalde Municipal de Córdoba (Bolívar) no los ha desvirtuado, apartándose con su conducta fiscal, de lo establecido en la Ley 80 de 1993, por lo que este Despacho ratifica la posición de la División de Acciones Fiscales de la entidad frente a este punto.

Frente a este cargo debe la Sala concluir que no se encuentra demostrado el mismo en este proceso judicial, pues a esta instancia judicial no se trae prueba alguna que demuestre el dicho de la parte demandante y desvirtúe la legalidad de los actos administrativos acusados.

En efecto, a la litis no se aporta prueba diferente a la recaudada en el proceso de responsabilidad fiscal con base en la cual el ente de control demandado tuvo por no desvirtuado el cargo de responsabilidad endilgado al actor ORTEGA ALVAREZ, de haber cancelado un contrato de carácter estatal cuyo objeto no se ejecutó, no siendo suficiente afirmar que la ejecución del mismo fue certificada por funcionarios subalternos, puesto que de acuerdo con las voces del art. 26 de la Ley 80 de 1993, numerales 1º y 5º, los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento y cabal ejecución de los contratos estatales y, la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual se radica en el jefe o representante legal de la correspondiente entidad, en este caso, en el alcalde del municipio, cargo que para la época desempeñaba el demandante.

Quiere decir lo anterior, que al proceso debió traerse por el demandante la probanza que acreditara que el contrato cuya ejecución se le endilga no fue cumplida, efectivamente se realizó, efectivamente se cumplió. Pues no de otra manera puede exonerarse el actor de la responsabilidad legal que le cabe en la dirección de la actividad contractual de la administración a su cargo.

Con base en lo anterior, se declarará no demostrado el cargo de censura estudiado.

3. Sobre la responsabilidad fiscal por las compras realizadas a la Ferretería Córdoba, por valor de \$24.015.280. En relación con este cargo, admite el demandante que no la relación contractual de suministro de elementos a favor del municipio no se encontraba debidamente legalizada, pero aduce que, a pesar de ello, no se causó daño patrimonial al Municipio de Córdoba como quiera que los suministros fueron efectivamente recibidos en esa entidad: adicionalmente reclama la adecuada valoración de los testimonios de los señores HEBER ANTONIO PALOMINO, ANA CRECENCIA OCHOA y HENRY DE JESUS FONSECA RODRIGUEZ con el fin de esclarecer que no era de su responsabilidad, ni tenía conocimiento, de las irregularidades que se venían presentando con las facturas de cobro presentadas por el propietario de la Ferretería el Cordobés, a nombre de la Ferretería Córdoba, afirmando que el señor HEBER ANTONIO PALOMINO entregaba facturas a nombre de esta última con el fin de evadir impuestos y, que al percatarse de la situación que se dio en el municipio, comenzó a recoger las facturas sin que lograra recuperar las que se encontraban en poder de los restantes testigos escuchados en el proceso de responsabilidad fiscal.

Para una mayor comprensión de lo aducido por el demandante, se verá cómo le fue formulado el cargo de responsabilidad fiscal por el ente de control accionado, luego de valorar el testimonio del señor PALOMINO CANTILLO, así:

Este Despacho estima que este testimonio en tratándose de la persona supuestamente contratista del municipio, ha manifestado que nunca ha suministrado a la alcaldía mediante facturas de la Ferretería Córdoba, lo que realmente no es desvirtuado por el Alcalde Jaime Ortega Álvarez, como quiera que las pruebas de descargo consistentes en declaraciones juradas solicitadas en su declaración (sic) realmente no prueban la existencia del establecimiento de comercio denominado Ferretería

Córdoba, y como el objeto a probar para efectos fiscales si ocurrió o no el daño fiscal, de ello precisamente trae evidencia al proceso el supuesto prestatario, cosa que estos declarantes desconocen y quienes se limitan a decir que sí existe una Ferretería Córdoba, pero desconocen quien era el propietario, como se verá en adelante.

(...)

En conclusión, todos estos hechos ponen de presente que aún cuando si existieron los suministros, la relación jurídica no estuvo soportada mediante (sic) en los postulados de la Ley 80 de 1993, es decir, que no se legalizaron estas relaciones contractuales, previamente a su pago verificado con los cheques que aparecen cabalmente aportados al proceso, tal como consta en foliaturas, en consecuencia, las excusas del procesado están dirigidas solamente a demostrar que el suministro sí se verificó.

Ha de recordarse que la gestión fiscal para que no constituya detrimento debe comportarse material y formalmente conforme los principios que la regulan, tal como lo dispone la Ley 610 de 2000, que regula la materia, que dice:

Artículo 4º. Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal (sic).

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la gestión administrativa y de la gestión fiscal.

El acto administrativo que decidió el recurso de apelación, se refirió en los siguientes términos a este cargo:

En lo que respecta al tercer punto; efectivamente este Despacho estima que una relación contractual no formalizada conforme a los preceptos de la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios constituye una relación de hecho, luego los egresos del presupuesto para el pago de las obligaciones al señor HEBER PALOMINO serían de igual manera de hecho, cuando pretermitiendo tales formalidades se ordena su pago por Tesorería, situación que no es desvirtuada por el recurrente.

El artículo 3 de la Ley 610 de 2000 establece con claridad meridiana que la gestión fiscal debe cumplirse con sujeción a los principios de legalidad, por tanto la responsabilidad fiscal sienta sus raíces en el sentido negativo de esta proposición es decir, que aquella gestión fiscal desplegada de manera ilegal genera por supuesto responsabilidad fiscal, por la sencilla

razón que de esta manera se infiere un perjuicio al patrimonio del Estado, los contratos no formalizados son ineficaces.

Según el art. 26 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. El art. 51 de la misma Ley 80 manifiesta que el servidor público responderá disciplinariamente, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Todo lo expuesto es para manifestar que de las pruebas testimoniales y documentales aportadas durante la investigación llegamos a la conclusión que se le ocasionó un daño patrimonial a la Alcaldía municipal de Córdoba Bolívar, puesto que hubo culpa grave, o lo que es lo mismo falta de aquella diligencia y cuidado en el manejo de los recursos de la Alcaldía municipal de Córdoba Bolívar.

Como se ve, este cargo estaba dirigido a censurar fiscalmente al actor por haber permitido el pago de dineros provenientes del erario público a favor de personas con las que la administración no tenía una relación contractual de carácter formal, puesto que ello, a la luz de las previsiones de la Ley 610 de 2000, hace presumir la causación de un daño al patrimonio estatal; no obstante, aunque el actor admite que efectivamente tales pagos se efectuaron sin que existieran previamente los correspondientes soportes contractuales, en juicio pretende que esa responsabilidad se analice a la luz de pruebas testimoniales dirigidas a demostrar la existencia del establecimiento de comercio a través del cual se realizó el suministro de bienes a favor de la administración municipal.

Como se advierte, tales valoraciones probatorias no resultan suficientes para desvirtuar el cargo de responsabilidad fiscal que le viene endilgado al sancionado, por cuanto en juicio le correspondía demostrar el cabal cumplimiento de la gestión administrativa y contractual de acuerdo con los parámetros dados por la Ley 80 de 1993, que es precisamente la conducta que le viene censurada por el ente de control.

Al no haberse aportado al proceso prueba que desvirtúe lo dicho por el ente de control en los actos administrativos acusados, debe la Sala de Decisión desestimar también este cargo formulado por el actor.

8. Conclusión

Conforme con lo anterior, el Tribunal Administrativo de Bolívar considera que los cargos de censura formulados por el demandante ORTEGA ALVAREZ contra los actos administrativos acusados no están llamados a prosperar, como quiera que a este proceso no se allegaron probanzas que desvirtuaran las conclusiones a las que llegó el ente de control demandado, razón por la cual habrán de negarse las súplicas de la demanda.

Dado el resultado del proceso, la Sala se estima relevada de abordar el estudio de las excepciones que buscaban enervar la pretensión de los restantes demandantes.

9. Costas

No hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia, de acuerdo con los parámetros señalados por el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones que le fueron introducidas por el art. 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: DECLARAR INHIBICION en relación con la declaración de nulidad reclamada del Decreto 506 de septiembre 7 de 2007, expedido por la gobernación del Departamento de Bolívar, con base en lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NEGAR las súplicas de la demanda, por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.-

TERCERO. SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia, si la misma no es apelada, **ARCHIVASE EL EXPEDIENTE** previas las anotaciones a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER FERNANDO GALLO


MARCELA LOPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1315
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MONICA GELVES CONTRERAS Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-006-2008-00069-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO 002 DE DESCONGESTION

Página 1

SALA DE DECISIÓN N° 004

Cartagena de Indias D. T. y C., Noviembre Seis (6) de dos mil trece (2013)

Sentencia **288** - 2013

2º instancia.

Tema: *Falla del servicio por fuego amigo – Falta de legitimación en la causa por activa.*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO.

Acción: REPARACIÓN DIRECTA
Radicación: 13-001-33-31-006-2008-00069-01
Demandante: MONICA GELVES CONTRERAS Y OTRO
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de febrero 27 de 2012, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA instaurado a través de apoderado judicial por MONICA GELVES CONTRERAS, actuando a nombre propio y en representación de JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, providencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

La señora MONICA GELVES CONTRERAS, actuando a nombre propio y en representación de JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES, por medio de apoderado

judicial, presentaron demanda de Reparación Directa contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, para que previo el trámite a que haya lugar, se declare:

"1.- Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL – representada por el señor MINISTRO DE DEFENSA (Armada Nacional), de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a mis poderdantes como consecuencia de La MUERTE del Soldado Regular OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO como consecuencia de los disparos recibido de fuego amigo en hechos ocurridos el día 19 de ABRIL AÑO 2.006.

2.- Que la NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL deberá reconocer y pagar los daños y perjuicios así:

2.1.- PERJUICIOS MATERIALES

A: los daños y perjuicios materiales por concepto de lucro cesante sufrido, en cuantía superior a \$105.000.000.00, más el interés compensatorio de lo que sumen, desde la fecha en que se produjo el daño hasta la fijación de la indemnización, como tiempo debido y desde este día hacia la vida probable del peticionario, como tiempo futuro, o, subsidiariamente, en la cuantía que resulte de la liquidación posterior a la sentencia, en los dos periodos, en ambos casos como consecuencia de la muerte del infante de Marina OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO, ocurrida el día 19-04-2006. En el municipio de Malagana, Bolívar, en enfrentamiento de los BAFIM2 Y BAFIN3, perjuicio traducido en la pérdida de la ayuda que recibían del occiso, habida cuenta que, tenía un ingreso como soldado profesional de la Armada Nacional de \$900.000, más el 25% que debe incrementarse por concepto de las prestaciones sociales, dineros que utilizaba en su totalidad para el sostenimiento de sus padres y hermano.

Estos daños se actualizarán teniendo en cuenta el incremento del Índice de precios al consumidor y aplicando para ello las fórmulas matemáticas que viene aceptando la jurisprudencia en este campo.

2.2.- PERJUICIOS MORALES

a) A SEBASTIAN RUEDA GELVES, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y está sufriendo en su condición de hermano del occiso, pagando el equivalente a Seiscientos (1000) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha de la ejecutoria del fallo.

b) A MONICA GELVES CONTRERAS, por concepto de perjuicios morales, que ha sufrido y está sufriendo en su condición de madrastra del occiso, pagando el equivalente a Seiscientos (600) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha de la ejecutoria del fallo.

(...)."

LOS HECHOS

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

Que EDUARDO RUEDA HERRERA y MONICA GELVEZ CONTRERAS, tuvieron una vida de pareja por espacio de más de doce años y mantuvieron con el finado una vida de relación familiar CON OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO (Q.E.P.D.).

Que posterior a la muerte del infante de Marina OSCAR MAURICIO ocurrida el 19 de abril de 2006, su padre Eduardo Rueda Herrera, fallece en fecha 18 de enero de 2007.

Señala que para el día de los hechos el IM OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO, se encontraba adscrito como Infante de Marina Profesional Orgánico Batallón de Contraguerrilla de Infantería de Marina No. 2-BAFIM3, acantonado en Malagana, Bolívar.

Afirma que el día 19 de abril de 2.006, en operativo militar, del BAFIM2 en enfrentamiento con tropas de BAFIM3 patrulla FOCA52, El infante de Marina profesional OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO fue herido por fuego amigo lo que ocasionó su Muerte.

Manifiesta que en el momento de presentarse el fallecimiento del Infante de

Marina Profesional OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO, se encontraba en servicio activo en el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL Batallón Contraguerrilla de Infantería de Marina No. 3, adscrito en Malagana, Bolívar.

Indica que el fallecimiento del señor OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO, le ha ocasionado a su familia inmensos perjuicios económicos, por cuanto el salario que devengaba como Infante de Marina Profesional, los dedicaba en gran parte al mantenimiento de su padre y madrastra y hermano, que han sufrido profundamente y se vislumbra una larga recuperación por el drama que tuvieron que vivir con el deceso de su hijo, hermano producto de la negligencia y descuido del ente demandado.

Sostiene que aparece demandando, madrastra y hermano; además de la relación parental, ellos invocan para su legitimación, fuera del lazo familiar, la condición de terceros perjudicados, en virtud a que sufrieron su muerte, padecieron el dolor causado por el fallecimiento de OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO en virtud de existir entre ellos, fuera de los vínculos familiares, la fuerza de la amistad, adquirida por la convivencia de largos años de vida bajo el mismo techo, compartiendo alegrías y sufrimiento, desdichas y placeres, al punto que todos ellos conformaban una unidad familiar, es por ello que la muerte de OSCAR MAURICIO causó gran traumatismo que deberá ser compensada por el Estado, que aunque no sustituya el dolor sufrido por sus familiares, si ayudará a mitigar el dolor por ellos sufridos para lo cual deberá pagar a cada uno el valor de los perjuicios pedidos en la demanda.

Expresa que mediante Resolución No. 559 del 24 – SET – 2004 se incorporó a la ARMADA NACIONAL a OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO y mediante Resolución No 280 de 25-MAY-2006 se dio de baja del servicio activo de la ARMADA NACIONAL por defunción.

II. LA DEFENSA

Dentro la oportunidad procesal para ello, la parte demandada – NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL – mediante apoderado judicial

constituido para el efecto, concurre al proceso para dar contestación a la demanda.

Afirma la defensa que efectivamente el informe administrativo por muerte del joven RUEDA SERRANO refiere que efectivamente se dio un enfrentamiento entre tropas del BAFIM No. 2 Y BAFIM No. 3, donde resultó herida la víctima en el hombro izquierdo y la nalga derecha y pese a ser evacuado por helicóptero al Hospital Naval, no se logró salvarle la vida. Lo anterior, -argumenta el demandado- indica que RUEDA murió por fuego cruzado entre propias tropas, es decir, con arma de dotación, accionada por otro funcionario público, no obstante lo anterior, solo los resultados de las investigaciones PENALES y DISCIPLINARIAS, que se hayan adelantado con ocasión de estos hechos, nos darán la luces necesarias para saber si hubo o no alguna causal de exoneración de responsabilidad de la Administración, pues es frecuente en esta clase de eventos, QUE LA MISMA VICTIMA, sea quien por nerviosismo o por error, inicie el ataque contra la otra patrulla en la falsa creencia de que se trata de guerrilleros, obteniendo la respuesta armada inmediata de sus homólogos, que le ocasionaron graves heridas que lo conducen a la muerte; si así se dieron las cosas, POR CULPA DE LA VICTIMA, no hay responsabilidad de la demandada, pero tales circunstancias solo se conocerán con los respectivos fallos penales o disciplinarios que se pidieron como pruebas documentales.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de sentencia adiada en febrero 27 de 2012, negó las pretensiones de la demanda, estableciendo como resultado de la valoración probatoria y a manera de conclusión, el siguiente argumento:

“En el expediente está demostrada dicha muerte, que se constituye en el daño sufrido por la víctima fatal, que efectivamente ocurrió por fuego cruzado entre tropas pertenecientes a la Armada Nacional, pero la parte demandante no acreditó de manera fehaciente la calidad con que actuaban y el vínculo que los unía al difunto, sin que exista además, algún otro elemento de convicción del sufrimiento que le hubiere causado dicha muerte.”

(...) ante la falta de los elementos demostrativos del parentesco, del vínculo o del dolor padecido, en los cuales soportan los demandantes su reclamo, necesariamente conduce a concluir que el carácter personal del daño no quedó acreditado y que por tanto, no cumplen dichos actores, con el presupuesto de legitimación por activa, necesario para sustentar su relación sustancial con la causa. De ahí, que al no configurarse el primer supuesto de la responsabilidad, que es el daño, deberán denegarse, sin más análisis, las pretensiones de la demanda..."

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión fue interpuesto recurso de apelación por la parte demandante; quien consideró que un análisis serio e integral del plenario, permite acreditar los hechos descritos en la demanda.

Afirma que se encuentra demostrada la existencia del daño y que por lo tanto obran en el expediente registros civiles válidos para acreditar parentesco de los actores, los cuales fueron allegados en la etapa procesal correspondiente como son: registro civil de defunción del ciudadano RUEDA HERRERA EDUARDO, registro civil de nacimiento de OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO, que de manera clara e inequívoca identifica como padre del menor al señor RUEDA HERRERA EDUARDO, así mismo el registro civil del menor JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES, que identifica al señor RUEDA HERRERA EDUARDO y madre del menor a la señora MONICA GELVES CONTRERAS, pruebas estas que demuestran la legitimación por activa de los aquí demandantes.

En el recurso de alzada se aporta copia auténtica de los Registros Civiles de Nacimientos de: JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES, OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO, EDUARDO RUEDA HERRERA, MONICA GELVES CONTRERAS y copia simple del Registro Civil de Defunción de EDUARDO RUEDA HERRERA.

V. TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiado el 22 de junio de 2012 se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena (fl. 302).

Mediante providencia del 11 de octubre de 2012, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión; y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 304-305).

Sólo la parte demandada aprovecha tal oportunidad, quien manifiesta que la muerte del IMP RUEDA SERRANO OSCAR se produjo en condiciones de servicio o en misión del servicio, en una actividad que tenía que asumir, la misión encomendada era de las que normalmente correspondía afrontar como miembro de la Fuerza Pública, para la cual se encontraban debidamente adiestrado y preparado, por tales razones se descarta toda responsabilidad de la entidad demandada.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La Agencia del Ministerio Público, delegada para este asunto, emitió concepto en la presente instancia y luego de elaborar consideraciones alrededor de las piezas procesales que permiten establecer la legitimación en la causa por activa de quienes figuran como demandantes, concluye que es a la parte actora a quien le corresponde la carga de acreditar los conocidos elementos que configuran la responsabilidad patrimonial de la administración: actuación u omisión del Estado, daño antijurídico y nexo causal entre aquella y estos, extremos que no se encuentran demostrados en su totalidad en el asunto *sub examine*, razón por la cual dicha omisión torna imprósperas las pretensiones de la demanda.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de

apelación interpuesto contra la sentencia del veintisiete (27) de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

CADUCIDAD

La presente acción fue iniciada oportunamente, en razón a que los hechos de los cuales se da cuenta en la demanda, encontraron ocurrencia, el 19 de abril de 2006, y la demanda fue presentada el 11 de abril de 2008, de manera que su presentación se entiende acorde al plazo de caducidad de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO.

De la lectura de la demanda y del expediente que con ella se origina, observa la Sala que el *problema jurídico principal a resolver* es de tipo probatorio y se concreta en establecer si los registros civiles aportados con el escrito de apelación deben ser valorados probatoriamente y si en autos está demostrado el daño sufrido por los demandantes, esto es, si se acreditó su relación de parentesco con el finado uniformado.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada será modificada en cuanto no declaró probada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa, toda vez que la parte actora no logró probar el parentesco con el fallecido IMP OSCAR RUEDA SERRANO, ni su calidad de damnificados, pues la prueba traída a autos en segunda instancia, no puede ser valorada.

La responsabilidad extracontractual del Estado

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene su fundamento normativo superior en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone:

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

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

De acuerdo con lo anterior, para que la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en cualquiera de sus niveles, sea procedente, es imprescindible que pueda imputársele un daño antijurídico, ocasionado como resultado de la acción u omisión de alguna o algunas de las obligaciones a su cargo.

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

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

Asunto de fondo.

Se demanda, en ejercicio de la Acción de Reparación Directa, que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, y se le condene al pago de los daños y perjuicios causados a los actores con ocasión de la muerte acaecida sobre OSCAR SERRANO RUEDA, mientras se desempeñaba como Infante de Marina profesional, y que devino del actuar negligente y omiso del ente demandado.

Ahora bien, encontró probada la Juez *a quo*, la falla del servicio en cabeza de la Armada Nacional, toda vez que debido a la falta de comunicaciones previas entre las diferentes unidades de la Armada que desplegarían en el operativo en que, por la misma falta de comunicaciones, se produjo un

¹ Resumidos modernamente en los conceptos daño antijurídico e imputación

enfrentamiento en las unidades, resultando del craso error táctico-militar del IMP RUEDA SERRANO OSCAR MAURICIO.

En esta instancia, se reafirma que el evento muerte del IMP RUEDA SERRANO OSCAR MAURICIO está suficientemente acreditado, por lo que el *eventus damni* está probado.

Sin embargo, se ocupa la Sala en primer lugar de la exceptiva de "FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA" de los accionantes MONICA GELVES CONTRERAS y su menor hijo JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES.

El H. Consejo de Estado² mediante sentencia de fecha 21 de febrero de 2011, sentó su posición respecto a la importancia de la legitimación en la causa por activa y la prueba del parentesco para la prosperidad de la acción de reparación directa en eventos en los que se persigue la indemnización por el daño originado en una lesión o muerte de un familiar:

"...La Sala entiende, como su precedente lo señala, que la calidad de damnificado y el parentesco son elementos sustanciales al momento de reclamar la indemnización cuando se trata de imputar la responsabilidad del Estado, por lo que encuentra necesario precisar varias cuestiones en relación con la legitimación en la causa. La doctrina procesal señala,

"Sabemos que por lo general es en la sentencia cuando el Juez estudia la legitimación en la causa.

"Sin embargo, en ocasiones el Juez tiene el deber de examinarla para la admisión de la demanda, y ello ocurre por lo común cuando debe pronunciarse sobre el fondo de lo pedido, en el mismo auto admisorio de la demanda o posteriormente, pero sin debate probatorio previo. Tal caso ocurre en el juicio ejecutivo, inclusive para las tercerías, en el de mejora de la hipoteca o reposición de la prenda o exigibilidad de la obligación no vencida, en el de quiebra o concurso de acreedores, en el de sucesión por causa de muerte, y cuando no hay oposición del demandado, en los juicios de lanzamiento del arrendatario o restitución al arrendador, separación de bienes, alimentos, expropiaciones, deslinde y amojonamiento, servidumbres, posesorios, cesión de bienes, pactos accesorios de la compraventa, rendición de cuentas, controversias entre condueños, divisorios, venta de cosa hipotecada o dada en prenda, prestación o relevo de fianza y otorgamiento de otras cauciones.

"Otras veces existe etapa probatoria, pero la admisión de la demanda está condicionada no solamente a que se cumplan los presupuestos procesales

²Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia del 21 de febrero de 2011, proceso radicado 76 001 23 31 000 1998 00386 01 (25458).

de la acción previos del juicio —como sucede en todos los juicios— sino además a que aparezca la prueba de la debida legitimación del demandante y su interés para obrar. Así ocurre en los juicios de jurisdicción voluntaria, como los de interdicción, nombramiento de curadores, licencias para enajenar bienes de incapaces, y en algunos contenciosos, como el de autorización para que el hecho debido se ejecute por persona distinta del deudor y a sus expensas o por el mismo deudor si se trata de otorgar un documento, el de pago por consignación, el de reducción de la hipoteca o de la pena estipulada y fijación de intereses y en los asuntos vanos en que el Juez resuelve con conocimiento de causa o breve y sumariamente o con prudente juicio, de acuerdo con el título XLV del Código de Procedimiento Civil.

"Es decir en los juicios especiales se examina siempre la legitimación en la causa y el interés para obrar del demandante y del demandado si lo hay, para la admisión de la demanda, conforme a nuestro Código. Sin duda, esto es un acierto, pues así se evitan procesos inútiles y pérdida de dinero al Estado y a las partes, y de tiempo a éstas y a los Jueces.

"En los ordinarios, en cambio, el Juez admite la demanda si ésta reúne los presupuestos procesales de la acción y previos del juicio, sin examinar las condiciones de legitimación en la causa e interés para obrar, y esto por la infortunada ausencia de norma legal que lo autorice para hacerlo. Pero se permite proponer como impedimento procesal (excepción dilatoria según nuestro Código) la carencia de cualquiera de esas dos condiciones sustanciales o de ambas, en el demandado. Conforme al artículo 333, ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, norma que no ha sido utilizada por la jurisprudencia en forma alguna y que para nosotros tiene esa importantísima misión. Recuérdese que en España FAIREN GUILLERN sostiene que la legitimación en la causa es una condición para la admisión de la demanda. Así se evitan sentencias contradictorias y los demás problemas que surgen del hecho de no constituir cosa juzgada la sentencia inhibitoria que declare improcedente la demanda por ausencia de uno de estos dos requisitos para la decisión de fondo o de mérito".

Luego, la legitimación en la causa se entiende como la "posición sustancial" que tiene el sujeto procesal "en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exoneran de las segundas". La legitimación en la causa, por lo tanto, permite reconocer al sujeto autorizado para intervenir en el proceso, formulando u oponiéndose a las pretensiones de la demanda (dependiendo de la calidad de sujeto activo o pasivo frente a la relación jurídica). Así mismo, la legitimación en la causa es una cuestión de mérito y no un presupuesto procesal.

Para la Sala, el a quo planteó la falta de legitimación en la causa por activa desde la perspectiva material, en relación con la cual el precedente señala,

"La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado; el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la

persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”³.

Dicho precedente tuvo continuidad en la jurisprudencia de la Sala, pero agregándose la necesidad de distinguir entre legitimación en la causa y prueba del parentesco, ya que el artículo 86 del CCA cuando establece la acción de reparación,

'... otorga el derecho de acción a la persona interesada y no condiciona su ejercicio a la demostración con la presentación de la demanda, de su real interés porque éste es objeto de probanza en juicio. No se puede confundir la prueba del estado civil con la de la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del estado civil para deducir, judicialmente, que una persona está legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere o deduce de la prueba del estado civil el estado de damnificado del demandante, porque con la prueba del estado civil se puede colegir el dolor moral, hay veces. Por ello cuando el demandante no acredita el parentesco - relación jurídica civil - el juzgador no puede inferir el dolor, en ciertas oportunidades, y por consiguiente es indispensable demostrarlo y comprobándolo prueba el estado de damnificado y a su vez la legitimación material en la causa - situación jurídica de hecho - Entonces puede concluirse que con la demostración del estado civil se infiere el daño (presunción de damnificado) y probando el daño se demuestra el estado de damnificado”⁴.

No obstante, advierte la Sala que conforme a su precedente debe tenerse en cuenta que en,

"... un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda o, en general, de los titulares de las correspondientes relaciones jurídicas sustanciales; por consiguiente, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquella realiza, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. En consonancia con lo anterior, se ha indicado que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el petitum de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de "... una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”⁵.

Con base en lo anterior, encuentra la Sala que los argumentos del apelante no pueden admitirse ya que se tiene consolidado el precedente según el cual cabe distinguir entre la condición o calidad de "damnificado" alegada

en la demanda (legitimación de hecho, como lo consagra el artículo 86 del CCA), como interés mínimo y suficiente para el ejercicio de la acción, la cual debe proponerse al inicio del juicio contencioso administrativo, del presupuesto indispensable para que haya lugar en la sentencia a acceder a las pretensiones – legitimación material -, la que necesariamente exige la prueba suficiente y efectiva de la condición de damnificado "que le permitirá a quien demandó obtener, con la satisfacción de otros supuestos, la favorabilidad de las pretensiones. Puede ocurrir entonces que la afirmación de hecho en la demanda y a términos del artículo 86 del C. C. A. de que la parte demandante se crea "interesada" (legitimación de hecho en la causa) no resulte cierta en el proceso, y por lo tanto no demuestre su legitimación material en la causa". (...)"

Con base en el precedente, se aprecia que la legitimación en la causa, en nuestro caso por activa, es presupuesto necesario para obtención de sentencia favorable a las súplicas de la demanda, significando en su extremo activo que existe en las personas demandantes la titularidad del interés jurídico a debatir en el proceso.

Así las cosas, en las acciones de reparación directa la legitimación en la causa por activa la tiene todo aquel que invoca la condición de perjudicado con el hecho que se imputa al demandado, condición que no se deriva de su calidad de heredero, sino de la demostración que logre en el proceso de ser efectivamente damnificado, para tener derecho a la indemnización que reclama.

Por eso el H. Consejo de Estado ha puntualizado que la legitimación en la causa en las acciones de reparación directa no es un presupuesto de la acción, sino de la prosperidad de la pretensión y por ello no se puede confundir la prueba del estado civil con la prueba de la legitimación material en la causa, porque la jurisprudencia haya inferido del estado civil el perjuicio moral o el dolor, que en los eventos de mayor gravedad, se presume sufren los parientes de grado más próximo, sin que en ausencia de dicha prueba, no pueda ser posible la demostración por otros medios probatorios, de la afectación o dolor sufrido por quien se dice damnificado con el hecho dañoso:

"La ley, artículo 86 del C.C.A., en materia de la acción de reparación directa, otorga el derecho de acción a la persona interesada (legitimación de hecho, por activa) y no condiciona su ejercicio a la demostración, con la demanda, de la condición que se alega en ésta. precisamente, porque el real interés es objeto de probanza en juicio (legitimación material por activa). No se puede confundir la prueba del estado civil con la prueba de

la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del estado civil para deducir, judicialmente, que una persona está legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere de la prueba del estado civil - contenida en el registro o en la copia de éste - su estado de damnificado, porque de ese registro infiere el dolor moral. Es por ello que cuando el demandante no acredita el parentesco - relación jurídica civil - y por tanto no se puede inferir el dolor, debe demostrar el dolor para probar su estado de damnificado y con éste su legitimación material en la causa - situación jurídica de hecho -. Entonces puede concluirse que con la demostración del estado civil se infiere el daño (presunción de damnificado) y probando el daño se demuestra el estado de damnificado."³

En el caso que nos ocupa, los demandantes, MONICA GELVES CONTRERAS y su menor hijo, JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES, pretenden la indemnización de daños que alegan, experimentaron, en su condición de madrastra y hermano, de quien en vida respondía al nombre de OSCAR MAURICIO SIERRA SERRANO.

En el plenario para efectos de demostrar que la señora MONICA GELVES CONTRERAS convivió con el padre del occiso en unión marital de hecho, solo se allega como prueba las declaraciones extrajuicios de las señoras María Oliva Serrano Martínez y Bedelquer Jaimes Jaimes (Fl. 14) y copia simple de una declaración extrajuicio hecha por Ricardo Sanabria Pinzon donde se asegura conocer a la hoy actora de trato y de vista, y que convivió en unión marital de hecho con EDUARDO RUEDA HERRERA, de quien se manifiesta fue el padre del occiso IMP.

Ha de recordar la Sala, que las declaraciones extrajuicios como la presente, no tienen mérito probatorio si no son ratificadas en el curso del proceso contencioso, toda vez que no cuentan con la contradicción de la contraparte, limitando su derecho a la defensa⁴.

³Sección Tercera. Sentencia de 17 de mayo de 2001, Rad. N° 52001-23-31-000-1995-2956-01(12956). Ponente. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

⁴ Sobre la prueba testimonial recibida extraproceso sin citación y asistencia de la parte contra la cual se aduce, se advierte que ella carece por completo de eficacia probatoria cuando no ha sido ratificada en el proceso en el cual se pretende hacer valer, por el mismo testigo y previo el juramento de ley, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 229, 298, 299 del Código de Procedimiento Civil, salvo que esté destinada a servir de prueba sumaria en los casos en los que la ley autoriza la aducción de este medio probatorio, como sucede comúnmente en los procesos civiles como por ejemplo el de deslinde y amojonamiento y el de disolución, nulidad y liquidación de sociedades (artículos 461, 628 del C. de P. C.) Por consiguiente, como esas declaraciones fueron tomadas por fuera del presente proceso, sin la audiencia de la Nación, no fueron objeto de ratificación en este juicio y dado que la ley no las permite en esta clase de procesos, resulta claro que no pueden valorarse. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ, Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00023-00(17995), Actor CARMEN LIZCANO PEREZ Y OTROS. Demandado NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, Referencia. ACCION DE REPARACION DIRECTA – APELACION SENTENCIA

Por consiguiente, como las declaraciones aportadas fueron tomadas por fuera del presente proceso, sin la audiencia de la demandada, no fueron objeto de ratificación en este juicio, resulta claro que no pueden valorarse; así como tampoco se observa que en el expediente repose algún otro elemento de convicción que permita inferir la existencia de una relación de convivencia permanente entre la aludida demandante y el señor Eduardo Rueda Herrera, para la época en la que sucedieron los hechos, ni tampoco que a raíz de su muerte hubiere padecido sufrimiento o daño moral alguno – respecto del cual pudiere eventualmente considerarse como tercera damnificada-, máxime cuando no se probó siquiera que el supuesto compañero permanente Eduardo Rueda es el padre del finado uniformado OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO.

Ahora bien, en lo que respecta al menor JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES, ante la ausencia del registro civil del IMP OSCAR RUEDA SERRANO, no se puede establecer si el progenitor del uno y otro es la misma persona, situación que los colocaría en la condición de hermanos, por lo que el parentesco entre estos tampoco está probado.

Sobre la prueba del parentesco la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 22 de enero de 2008⁵, señaló que *"cuando el estado civil se aduce como fuente de derechos y de obligaciones (artículo 1º Decreto 1260 de 1970) no es necesario acudir a su régimen probatorio establecido en los artículos 101 y siguientes del Decreto 1260 de 1970"*.

Por su parte, los artículos 52 y 53 del mencionado Decreto – Ley establecen el contenido del respectivo registro civil de nacimiento de una persona, en los siguientes términos:

"Artículo 52._ *La inscripción del nacimiento se descompondrá en dos secciones: una genérica y otra específica. En aquella se consignarán solamente el nombre del inscrito, su sexo, el municipio y la fecha de su nacimiento, la oficina donde se inscribió y los números del folio y general de la oficina central.*

⁵CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C. veintidós (22) de enero de dos mil ocho (2008). Radicación número 2007-00163-00

En la sección específica se consignarán, además la hora y el lugar del nacimiento, el nombre de la madre, el nombre del padre; en lo posible, la identidad de una y otro, su profesión u oficio (...).

Artículo 53._ *En el registro de nacimiento se inscribirán como apellidos del inscrito, el primero del padre seguido del primero de la madre, si fuere hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario, se le asignarán los apellidos de la madre."*

Con fundamento en lo anterior, señala el alto Tribunal "puede concluirse entonces que el registro civil de nacimiento es el documento idóneo para acreditar de manera idónea, eficaz y suficiente la relación de parentesco con los progenitores de una persona, comoquiera que la información consignada en dicho documento público ha sido previamente suministrada por las personas autorizadas y con el procedimiento establecido para tal efecto."⁶

Ahora bien, el apoderado de la parte demandante, en el recurso de apelación, aportó en copia auténtica los Registros Civiles de Nacimientos de: JUAN SEBASTIAN RUEDA GELVES, OSCAR MAURICIO RUEDA SERRANO, EDUARDO RUEDA HERRERA, MONICA GELVES CONTRERAS y copia simple del Registro Civil de Defunción de EDUARDO RUEDA HERRERA (fls. 294-298), con el fin de que sean valorados en esta segunda instancia a efectos de probar la legitimación de los actores.

En materia probatoria los artículos 168 y 169 del C.C.A., remiten al C. de P. Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración, como también el decreto y práctica de pruebas de oficio. Ante esa remisión expresa, preciso es tener en cuenta que el artículo 174 del C.P.C., señala que toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, luego, para que sean apreciadas por el Juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados al efecto en el Código indicado, pues así lo establece el artículo 183 ibídem.

⁶CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Consejero ponente MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C. veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número 68001-23-15-000-1997-00023-00 (17995)

La parte demandante debe solicitar las pruebas en la demanda según el ordinal 5º del artículo 137 del C.C.A., al aclarar o corregir la demanda según el artículo 208 ibídem y en segunda instancia en la forma prevista en el artículo 214 ibídem.

Revisada la demanda, se observa que el demandante no adjuntó o solicitó los medios de prueba que en esta segunda instancia pretende sean valorados a efectos de probar el parentesco con el IMP OSCAR RUEDA SERRANO (Q.E.P.D.).

En la segunda instancia pueden pedir las partes pruebas, que se decretarán únicamente en los casos señalados en los cuatro ordinales del artículo 214 citado, supuestos que precisamente en este caso concreto no se colman. Entonces, no habiendo sido aportados oportunamente en primera instancia, y al no configurarse supuesto alguno de los previstos en la norma acabada de mencionar, no es factible que los documentos a que hace relación el recurrente en su escrito de apelación sean valorados en esta instancia.

Así las cosas, como en este asunto la parte actora aportó documentos en una oportunidad e instancia procesal diferente a la prevista para ello, es claro que esos documentos no fueron aportados al proceso regular y oportunamente sino en forma extemporánea, por lo que no pueden valorarse; regla procesal que constituye una garantía del debido proceso y del derecho de defensa en cualquier proceso judicial.

Así las cosas, al no existir prueba sobre la previa calidad de los actores, no es posible que esta Sala adopte como ciertas las afirmaciones de la demanda, por lo que no queda otra opción que la de modificar el fallo de primera instancia, en cuanto no declaró demostrada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los actores, conforme todo lo expuesto.

COSTAS

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

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia de fecha 27 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda, el cual quedará así:

PRIMERO: DECLÁRASE probada de oficio la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de los demandantes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO



JORGE ELECI RE ANDIÑO GALLO

DLB*



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



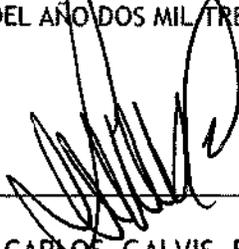
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1316
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA "INANTRA LTDA"
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2001-01505-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TRECE (13) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

Página 1

- SALA DE DECISIÓN 004 -

Cartagena de Indias, D. T. y C., Noviembre trece (13) de dos mil trece (2013).

SENTENCIA No. ~~203~~ 2013

Tema: Incumplimiento de Tránsito Aduanero – No se demuestra causal eximente de responsabilidad.

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13001-23-31-003-2001-01505-01
Demandante: INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA – INANTRA LTDA.
Demandado: UAE DIAN

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Febrero 28 de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado a través de apoderado judicial por INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA – INANTRA LTDA contra la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, providencia a través de la cual el Juzgado negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., la sociedad INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA – INANTRA LTDA, por medio de apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra UAE DIAN, para que previo el trámite a que haya lugar, se declare la nulidad de:

1.1. Resolución N° 3064 del 19 de Septiembre de 2000, expedida por el Jefe de la División de Liquidación Administración Especial de Aduanas de

Cartagena Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cartagena, por medio de la cual se declara "...el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero autorizado en la Declaración N° 000756 del 12 de Mayo de 2000, en la que figura como Empresa Transportadora INANTRA LTDA., como declarante CARLOS CAMPUZANO R. SIA Y CIA., y se ordena hacer efectiva la póliza de Seguro de cumplimiento N° 025-972103476 expedida por Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales por valor de \$ 7.803.180.

1.2. Resolución N° 3916 del 13 de Diciembre de 2000 proferida por el Jefe de de la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Cartagena, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por la cual se resuelve un derecho de Reposición en subsidio Apelación confirmándose en todas sus partes la Resolución N° 3064 del 19 de Septiembre de 2000 proferida por el Jefe de la División de Liquidación Administración Especial de Aduanas y concediendo Apelación.

1.3. Resolución N° 001017 del 5 de Junio de 2001 proferida por el Administrador Especial de Aduanas de Cartagena, a través de la cual se confirma en todas sus partes la Resolución N° 3064 del 19 de Septiembre de 2000 proferida por la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Cartagena.

2. Que se declare que la acción de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales para declarar el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero N° 000756 del 12 de Mayo de 2000, había caducado desde el 15 de Septiembre de 2000 al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Resolución 4324 de 1995.

3. Que INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA "INANTRA LTDA" como empresa transportadora dentro de la Declaración de Tránsito Aduanero N° 0000756 del 12 de Mayo de 2000 se vio incurso dentro de una causal eximente de responsabilidad que le impidió culminar operación de tránsito aduanero.

4. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA., NO se encuentra obligada a pago alguno a favor de la Nación – Administración Local de Aduanas División de Liquidación, Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, por los actos administrativos base de la presente acción.

5. *Que consecuentemente se declare que CÓNDROR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES, no se encuentra obligada a pago alguno derivado de los actos administrativos mencionados, a favor de la Nación – Administración Local de Aduanas División de Liquidación, Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales, por los actos administrativos base de la presente acción, como consecuencia de haber expedido póliza de cumplimiento N° 025-972103476.*

HECHOS

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

INANTRA LTDA es una sociedad comercial que contempla dentro de su objeto la prestación del servicio público de transporte de carga.

La Aduana de Partida de Cartagena autorizó la Declaración de Tránsito N° 0000756 de 12 de mayo de 2000, con plazo máximo de realización el 19 de mayo del mismo año. En tal operación actuó como declarante CARLOS CAMPUZANO R. SIA CIA y como empresa transportadora INANTRA.

Autorizado el tránsito, el declarante le comunica a INANTRA que el vehículo asignado para la ejecución del transporte puede ingresar al terminal marítimo a recoger la mercancía que viajará bajo la modalidad de tránsito aduanero, amparándose éste transporte con la Remesa Terrestre de Carga N° 0431326.

Durante el transporte de la mercancía se presentaron bloqueos en la troncal del Magdalena, por el despeje del Sur de Bolívar, hechos estos de público conocimiento que impidieron que el vehículo que transportaba la mercancía amparada llegara a su destino dentro del término fijado.

El vehículo llegó a su destino el 25 de mayo de 2000, obedeciendo lo anterior a un caso de fuerza mayor, a pesar de la toma de medidas de seguridad que normalmente se toman en estas operaciones.

Con oficio 0048068-Trans 01025 de 21 de julio de 2000, la División de Servicio al Comercio Exterior de Cartagena, requirió al transportador INANTRA LTDA para

que aportara las pruebas que justificaran la entrega extemporánea de la mercancía y en un vehículo diferente.

INTERANDINA DE TRANSPORTES da contestación al mencionado requerimiento el día 24 de agosto de 2000, remitiendo las pruebas que justificaban el incumplimiento. Posteriormente es notificada de la Resolución 3064 de 19 de septiembre de 2000, en donde la División de Liquidación de la DIAN le imputa infracción aduanera, por no haber acreditado el cumplimiento del tránsito aduanero; sin que para ello se tuviera en cuenta la prueba de la fuerza mayor.

Se presentó recurso de reposición y apelación contra la anterior decisión, sin embargo, la administración los resuelve en contra de INANTRA LTDA., ratificándose en la posición de que ésta empresa no reportó su llegada dentro del término establecido.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima que los actos administrativos acusados, son contrarios a las siguientes disposiciones:

- Código Contencioso Administrativo: Artículos 28 y 35.
- Código de Comercio: Artículo 992
- Resolución 2450 de 1997: Artículo 21.
- Resolución 4324 de 1995: Artículo 1º.
- Decreto 1800 de 1994, artículo 2
- Decreto 2685 de 1999.

En lo relevante Concepto de la violación se concreta a las aseveraciones realizadas por la parte demandante, en los siguientes términos:

- *CADUCIDAD DEL TÉRMINO QUE TENÍA LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE TRÁNSITO ADUANERO Y ORDENAR HACER EFECTIVA LA PÓLIZA GLOBAL, CON BASE EN LA RESOLUCIÓN 2450 APLICABLE AL MOMENTO DE LOS HECHOS.*
- *CADUCIDAD DEL TÉRMINO QUE TENÍA LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES PARA DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE TRÁNSITO ADUANERO Y ORDENAR HACER EFECTIVA LA PÓLIZA GLOBAL, CON BASE EN EL DECRETO 2685 VIGENTE AL*

MOMENTO DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN.

- VIOLACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA POR INAPLICACIÓN DEL DEBIDO PROCESO.
- CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ADUANERAS DERIVADAS DE LA INTERVENCIÓN COMO TRANSPORTADOR POR PARTE DE INANTRA LTDA. DENTRO DEL RÉGIMEN DE TRÁNSITO ADUANERO AUTORIZADO EN LA DECLARACIÓN N° 001216 de julio 27 de 1999.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad legal establecida para ello, y a través de apoderado judicial constituido para el efecto, la demandada concurrió al proceso para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la sociedad actora, citando los artículos 4, 19, 20 del Decreto 2295 de 1996, 21 de la Resolución 2450 de abril de 1997, Resolución 4324 de 1995 y 1794 de 1993, señalando que dentro de la correspondiente actuación administrativa se demostró la llegada de la mercancía amparada con la DTA 00756 en forma extemporánea a la aduana de destino.

Que el recurrente pretende demostrar que ocurrió un evento de fuerza mayor o caso fortuito al presentarse un paro de campesinos, sin especificar la zona en que se encontraba al momento del paro, retardando la culminación oportuna de la operación, y sin el aporte de pruebas que permitan corroborar que se dieron los hechos constitutivos de fuerza mayor que alega.

Sobre la caducidad del término para declarar el incumplimiento afirmó no aceptar dicho cargo, pues la norma aduanera no establece término de caducidad de la acción sancionadora, sino un término interno para que la administración expida el acto administrativo correspondiente, e igual, el incumplimiento a tal término no tienen prevista en la ley ninguna consecuencia que afecte la competencia de la entidad para proferir acto sanción.

Que tampoco se presenta el fenómeno de la caducidad en lo que tiene que ver con la expedición de requerimiento especial aduanero, pues en el asunto en cuestión, y de conformidad con las normas aplicables, no era menester la expedición previa de tal requerimiento.

Finalmente afirma que de ninguna manera existió violación al debido proceso, pues lo que la DIAN hizo fue actualizar las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero en debida forma.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Con providencia calendada el día veintiocho (28) de febrero de 2013, el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia en la que decide:

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el remanente de gastos si lo hubiere, y archívese el expediente.

Para arribar a la anterior decisión, el juez de primera instancia se refirió al argumento principal que seguidamente se transcribe, y alrededor del cual puso fin a la controversia sometida a juicio, así:

“Así las cosas, de las pruebas allegadas al expediente y de las decretadas por el Juzgado de Origen se observa que no alcanzan a demostrar que INTERANDINA DE TRANSPORTES LTDA., se encontrara inmerso dentro del bloqueo alegado. Pues de otro lado, si bien era PÚBLICA y NOTORIA la situación del bloqueo de la carretera en el Magdalena Medio, habría podido entonces escoger una ruta alterna con lo cual pudiera evitarlo, y tampoco se solicitó una prórroga del término otorgado para efectuar dicha operación a la DIAN; lo que finalmente no le permite a este Despacho determinar la existencia de los tres elementos integradores de la fuerza mayor.

En conclusión, la sola denuncia, junto con las comunicaciones sobre la ocurrencia del hecho, dirigidas al grupo de Tránsito Aduanero de la DIAN Cartagena, no prueba la fuerza mayor.

Recapitulando, el cargo formulado en la demanda, no prosperará, teniendo en cuenta que no se configuró la fuerza mayor, al no estar

demostrado los elementos que la estructuran. Por lo anterior, se denegarán las suplicas de la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

En el término legal para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando como motivo de su inconformidad, que la decisión plasmada por el *a-quo* fue en exceso radical, y sin haberse hecho el estudio particular del caso.

Que no es cierto lo que menciona el Despacho en cuanto a que el bloqueo era sólo en el Magdalena Medio, pues lo cierto es que los bloqueos se presentaron en múltiples carreteras del país, y que tal situación fue de múltiple conocimiento.

Que la anterior situación fue prevista por la misma DIAN al expedir el memorando 0459 de 12 de mayo de 2000, donde se pide tener en cuenta que en los incumplimientos por obstaculización de vías, debe atenderse la fuerza mayor y el caso fortuito.

Que en la situación concreta, el actor obró de buena fe, esperando se le diera cumplimiento a lo expresado por memorando por la misma DIAN, pero lo que obtuvo fue una obligación imposible de cumplir.

Para realizar un despacho en la ruta Cartagena Bogotá, la ruta que normalmente toma cualquier transportadora por costos y beneficios es la ruta del Magdalena Medio, y basta sólo tal situación para que cualquier despacho con tal retraso en la entrega – en los días en que se presentó el bloqueo – se tuviera la causal eximente de responsabilidad a su favor, de manera que deben ser analizadas con detenimiento todas las circunstancias que rodearon la operación de transporte en cuestión, a fin de que se tenga en cuenta la fuerza mayor para evitar una sanción injusta.

TRAMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

A través de providencia calendada en Abril 15 de 2013 esta Corporación admite la apelación interpuesta por la parte demandante, posteriormente, con auto de 5 de junio de 2013 corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones y concepto, respectivamente.

El cumplimiento de lo anterior se verifica de ambas partes, quienes se ratifican en los argumentos plasmados con el recurso y el escrito de contestación, respectivamente.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado para actuar ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto en la presente instancia.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Antes de abordar el estudio del recurso de alzada, es necesario precisar que en este caso el demandante tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

Caducidad

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta la fecha misma en que se expide el último de los actos demandados, esto es, 5 de junio de 2001 (F. 19), y la demanda se presentó el 8^o de octubre de 2001 (F. 53 respaldo), es decir dentro del término

¹ El día 6 de octubre corresponde a un día no hábil.

de caducidad de 4 meses que prevé el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., para dicha acción.

No habiendo sido observada causal alguna de nulidad que declarar, procede la Sala de Decisión a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la apelación interpuesta por la parte demandante, la cual ataca la decisión del Juzgado al no declarar la nulidad de los actos que se acusan con la acción interpuesta, y la negativa en reconocer las pretensiones de la demanda, centrándose tal argumento en la posición del Juez *a quo*, que desvirtuó los cargos de ilegalidad que se invocan en la demanda, y concretados - en el escrito de apelación -, en la existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito en la operación de tránsito aduanero que se ventila.

Por lo anterior, el problema jurídico se contrae a establecer: - Si el fallo del Juez *a quo* se encuentra ajustado a derecho, - en lo que atañe a las consideraciones que desvirtúan la existencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito eximente de responsabilidad.

TESIS DE LA SALA

Para la Sala, la sentencia apelada será confirmada en su totalidad.

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

Las pretensiones elevadas se encaminan fundamentalmente, a que se declare la nulidad de los actos administrativos por los cuales se declara y confirma el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, autorizado en la declaración N° 000756 de mayo 12 de 2000 en la que figura como transportista INANTRA Ltda., haciéndose efectiva la correspondiente póliza de cumplimiento.

Al abordarse el tema de Tránsito Aduanero, enmarcado desde el caso que se estudia, tenemos que su normativa aplicable se encuentra contenida en el Decreto 2295 de 1996 y su Resolución Reglamentaria 2450 de 1997².

Así tenemos, que el legislador permite que unos determinados bienes que ingresan por un determinado puerto o aeropuerto no sean objeto de presentación ni nacionalización en ese sitio sino en otro que se llama aduana de destino para lo cual la aduana de partida autoriza el tránsito aduanero, previa presentación de la Declaración de Tránsito Aduanero D.T.A., como documento que aduaneramente ampara la mercancía.

Esto no significa que se haya surtido la presentación de la carga ante la entidad ya que ésta se encuentra en unidades cerradas (contenedores) para que sea precintada por la autoridad aduanera en la aduana de partida. La carga queda bajo la responsabilidad de la empresa transportadora terrestre inscrita ante la DIAN que ha debido constituir garantías para asegurar su cumplimiento.

El artículo 1º del citado Decreto, define las siguientes materias:

"Tránsito. Es el régimen aduanero que permite el transporte de mercancías nacionales con destino a la exportación o extranjeras de una aduana a otra, con suspensión de tributos y bajo control aduanero".

"Tránsito nacional. Es el régimen que se inicia en una aduana del país y finaliza en otra del territorio nacional".

"Aduana de partida. Es donde se inicia legalmente un tránsito aduanero".

"Aduana de destino. Es aquella donde deben presentarse las mercancías para poner fin a una operación de tránsito aduanero...".

"Declaración de tránsito aduanero (DTA). Documento expedido y autorizado por la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales que ampara una operación de tránsito aduanero".

"Declarante. Es la persona que tiene el derecho a disponer de la

² Aclara la Sala, que para la época de los hechos – Mayo de 2000 - el Estatuto Aduanero contenido en el Decreto 2685 de 1999 aún no había entrado en vigencia, lo cual solo se dio a partir del 1º de julio de 2000.

mercancía directamente o en virtud de un contrato, razón por la que solicita tránsito aduanero y se responsabiliza por el pago de los tributos aduaneros suspendidos”.

De conformidad con los artículos 2º y 3º, ibídem, podrán solicitar la autorización para efectuar operaciones de tránsito aduanero, entre otras, las Sociedades de Intermediación Aduanera, las cuales deben realizarse únicamente en los medios de transporte de empresas inscritas y autorizadas previamente por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Por su parte, el artículo 4º, ibídem, señala que las empresas transportadoras responderán ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por la finalización del régimen en el término autorizado, y el declarante responderá por el pago de los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la autorización del régimen, sin perjuicio de la aprehensión y decomiso de la mercancía en los casos en que se infrinjan las disposiciones que regulan el régimen de tránsito aduanero.

Así las cosas, es claro que bajo el régimen de tránsito aduanero ha de cumplirse con una serie de obligaciones, siendo deber del transportador, responder por la perfecta ejecución de la operación³.

El Decreto en comento en cuanto a la efectiva finalización del régimen de tránsito aduanero, preveía lo siguiente:

“Artículo 19. Finalización del Régimen. El Régimen de Tránsito Aduanero finaliza por una de las siguientes causales:

a) Con el registro y numeración de los documentos de viaje en las dependencias de la Aduana de Destino antes del vencimiento del término otorgado por la Aduana de Partida, para lo cual el transportador deberá anexar el acta de recibo y peso de la carga por parte del depósito habilitado o del usuario operador de la

³ *“De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía, así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante ». . La Sala en sentencia de 1 de noviembre de 2001, se pronunció sobre la cuestión y definió que el transportador está obligado a finalizar el régimen de tránsito aduanero con la entrega de la mercancía «conforme», esto es, con la presentación del DTA y el manifiesto de carga en la aduana de destino, dentro del término fijado para el régimen correspondiente.*
CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 76001-23-25-000-1998-01438-01. Actor: COORDINADORA INTERNACIONAL DE CARGA S.A. E.M.A. –CORDICARGAS S.A. E.M.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia: APELACION SENTENCIA

zona franca industrial de bienes y de servicios al cual viene consignada la mercancía...”

Por su parte el artículo siguiente estipulaba:

“Artículo 20. Incumplimiento del régimen por parte de las empresas transportadoras. Constituye incumplimiento de las obligaciones originadas en el régimen de tránsito aduanero la no finalización de este dentro del término autorizado por la Aduana de Partida. Se entenderá que el régimen no ha finalizado y por tanto dará lugar a la exigibilidad de la garantía por un monto de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de este Decreto...” , cuando:

a) *La empresa transportadora no entregue los documentos de viaje en la dependencia competente de la Aduana de Destino, junto con el acta de recibo de la mercancía expedido por el depósito habilitado o usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios, al cual se encuentra consignada la mercancía;*

b) *La empresa transportadora entregue la mercancía en régimen de tránsito en un lugar habilitado diferente al autorizado por la Aduana de Partida;*

c) *La empresa transportadora entregue la mercancía, unidad de carga o de transporte en el depósito habilitado o en la zona franca industrial de bienes y servicios con signos de violación o con los precintos violados;*

d) *La empresa transportadora entregue la carga a granel o unidad de carga con menos peso o cantidad del establecido en la Declaración de Tránsito Aduanero, DTA, y autorizada por la Aduana de Partida, salvo mermas justificadas técnicamente;*

e) *Se cambian los precintos aduaneros de la unidad de carga o de transporte sin seguir el procedimiento establecido en este Decreto;*

f) *La empresa transportadora no entregue la mercancía al depósito habilitado al cual viene consignada o al usuario operador de la zona franca industrial de bienes y servicios dentro del término autorizado por la Aduana de Partida. Si la mercancía es entregada dentro de los cinco días calendario siguientes a la fecha en que venció el plazo autorizado, la garantía se hará efectiva por diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes...”*

El Consejo de Estado en sentencia del 15 de Abril de 2010, MP. Dra. Maria Claudia Rojas Lasso, expediente N° 76001-23-25-000-1998-01438-01, en un caso similar al sub examine, confirmó la declaratoria de incumplimiento de un régimen de tránsito aduanero hecho por la DIAN, señalando:

"...La solución de la controversia implica, entonces, establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la actora en su calidad de transportadora de la mercancía sujeta al mencionado régimen. Para ello habrán de atenderse las disposiciones aplicadas en el acto demandado..."

La entrega de la documentación que respalda la mercancía, consistente en el manifiesto de carga de la misma y de la D.T.A., principalmente, forma parte de los requisitos que la ley exige para que se perfeccione el cumplimiento del tránsito aduanero, esto es, para que se dé como finalizado dicho régimen, y

la obligación del transportador, en este caso de la actora en cuanto transportadora de la mercancía en tránsito aduanero, era la de finalizar el régimen mediante la entrega de la "mercancía conforme" esto es, con la presentación de la documentación respectiva - D.T.A. y manifiesto de carga - , en la aduana de destino dentro del término fijado para el régimen correspondiente, que en su caso era hasta el 5 de septiembre de 1996⁴.
(Negrilla de la Sala)

En términos generales, y de conformidad con lo anterior, el transportador está obligado a finalizar el régimen de tránsito aduanero con la entrega de la mercancía conforme, esto es, con la presentación de los documentos del viaje y de la carga en la aduana de destino, dentro del término fijado.

Caso concreto

Una vez revisado el expediente, se observa que la DIAN a través de los actos administrativos que se acusan, determinó que la Sociedad Transportadora INTERANDINA DE TRANSPORTES - INANTRA LTDA -, incumplió el Régimen de Tránsito Aduanero, por no haber registrado la culminación del tránsito en la Aduana de Destino en el término previsto por la Aduana de Partida.

De lo probado en el proceso se tiene que mediante Declaración de Tránsito Aduanero (DTA) con número de autorización 000756 de mayo 12 de 2000, en la que figura como declarante CARLOS. E. CAMPUZANO R. SIA & CIA; como consignatario HERMANOS KAYBEE HK LTD., y como transportadora INANTRA

⁴ Ver también sentencia del 1° de Noviembre de 2001, expediente N° 1997-4904 -MP. Dr. Manuel S. Urueta Ayola

LTDA., se autorizó el tránsito a la ciudad de Bogotá (zona Aduanera), amparándose su cumplimiento con la garantía global de cumplimiento N° M A 0012374, siendo la Administración de Partida Cartagena y la Administración de Destino Bogotá y la fecha límite para finalizar el régimen el día diecinueve (19) de mayo de dos mil (2000). (F. 135).

Obra en el expediente acta de inventario y la consecuente acta de recibo de la mercancía de fecha 23 y 24 de mayo de 2000 respectivamente, donde se deja constancia de extemporaneidad. (F. 156 y 157)

Lo anterior es aceptado por la empresa transportadora, quien asume su incumplimiento, pero pretende quedar exenta de responsabilidad, alegando causal de fuerza mayor, - ante la situación de bloqueos de vías, producto de una situación de orden público presentada en el territorio nacional, en el momento en que se ejecutaba la operación de transporte en cuestión -.

Afirmó igualmente que la Administración Aduanera no tuvo en cuenta tales circunstancias debidamente acreditadas, y que constituyen la razón que hizo que se llegara a la aduana de destino por fuera del plazo otorgado.

Acorde con lo anterior, es procedente analizar las circunstancias que exoneran de responsabilidad a un transportador, en el evento de incumplimiento de sus obligaciones, esto, con base en lo estipulado en el artículo 992 del Código de Comercio⁵.

En ese sentido, el H. Consejo de Estado⁶ ha sostenido que sobre el transportador recae una presunción de culpa, de la cual puede exonerarse si demuestra una de dos circunstancias:

⁵Código de Comercio- DECRETO 410 DE 1971. Art. 992 - Modificado. Decreto 01 de 1990, Art. 10. El transportador sólo podrá exonerarse, total o parcialmente de su responsabilidad por la inexecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño lo fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.

Las violaciones a los reglamentos oficiales o de la empresa, se tendrán como culpa, cuando el incumplimiento haya causado o agravado el riesgo.

Las cláusulas del contrato que impliquen la exoneración total o parcial por parte del transportador de sus obligaciones o responsabilidades, no producirán efectos.

⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN PRIMERA - Ref · Expediente 2001 01558. - Consejero Ponente: - Dr. Marco Antonio Veilla Moreno-Bogotá, D.C., nueve de julio de dos mil nueve (2009)

1. *Que la causa del daño le fue extraña o que se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada.*
2. *Que el transportador pruebe que adoptó todas las medidas razonables que hubiese podido tomar, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación.*

En lo atinente a la segunda circunstancia, se precisa que para exonerarse de responsabilidad un transportador, debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiera podido tomar, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente, le compete al transportador demostrar que el hecho que ocasiona el daño, no se originó o agravó por su negligencia o descuido.

En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador, pues la causal de fuerza mayor o caso fortuito, atendiendo los principios generales de las obligaciones, se encuentra implícita en la normatividad aduanera.

Así, frente a la fuerza mayor o caso fortuito se debe dar la concurrencia de dos factores:

- a) Que el **hecho sea imprevisible**, esto es, que dentro de las circunstancias normales del tránsito, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia, o que **pudiendo prever su ocurrencia, este hecho esté rodeado de la incertidumbre**, es decir que la circunstancia como tal puede que acontezca, o puede que no, y que dicho acontecimiento sea totalmente ajeno a la voluntad del afectado; y
- b) Que el **hecho sea irresistible**, es decir, que el agente no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias.

En ese orden, la sección primera del H. Consejo de Estado⁷, en sentencia de 27 de abril de 2001 (Exp. 6643, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero), precisó lo siguiente:

"... la pretensión de alegar el hecho de la naturaleza como factor exonerante de la obligación del transportador, impone a este probar que tal hecho fue imprevisible e irresistible, en cuanto a causa del incumplimiento, pues como lo ha puesto de relieve esta misma Sala, precisamente a propósito de la responsabilidad del transportador que aduce el hecho de un tercero como causal de fuerza mayor, "... para exonerarse de responsabilidad, el transportador debe probar que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación. Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad. Por consiguiente le compete demostrar que el hecho que ocasiona el daño no se originó o agravó por su negligencia o descuido.

*"... En este punto tienen especial relevancia los elementos de **imprevisibilidad e irresistibilidad** del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador..."*

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que el evento de fuerza mayor y caso fortuito, **debe ser analizado individualmente y conforme a las circunstancias y previsiones que rodearon el hecho**, la Sala considera conveniente definir, si en el caso en concreto existió imprevisibilidad, si se generó irresistibilidad en la situación, y por último, si efectivamente se presentó un obstáculo insalvable para el cumplimiento de la obligación.

Para analizar tales puntos en el presente caso, al igual que para revisar lo actuado a la luz de los demás aspectos normativos que se han mencionado, se hace necesaria la valoración conjunta de los medios de convicción existentes en autos, en especial, aquellos obrantes en la actuación administrativa llevada por la demandada y que son relevantes para la cuestión a resolver.

⁷ Véase en ese mismo sentido, fallo reciente. **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ** Bogotá D.C., tres (3) de Junio de dos mil diez (2010) Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00008-01(16564) Actor: COLOMBIANA DE INCUBACION S.A. -INCUBACOL Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Lo probado en autos

Los siguientes son las piezas probatorias que resalta la parte demandante al insistir en la causal eximente de responsabilidad:

- Obra en el expediente, copia de informe expedido por Comunicación Móvil de Colombia S.A. Notivias, de fecha 19 de mayo de 2000 (*Servicio en línea de georeferenciación*), en la que se da cuenta de la continuación del bloqueo de vías en la zona del Magdalena Medio. (F. 33).
- Memorando 0459 expedido por el Subdirector de Comercio Exterior de la DIAN, de fecha 12 de mayo de 2000, en el que se consigna: *"...En el mismo sentido, en aplicación a los principios de eficiencia...consagrados en las normas aduaneras vigentes, los incumplimientos ocasionados por otras circunstancias diferentes a las anteriormente enunciadas, tales como obstaculización de vías a consecuencia de las protestas ampliamente difundidas en los medios informativos, se hace necesario que se tenga en cuenta la fuerza mayor y el caso fortuito para efectos de la finalización del régimen sin que la aduana de partida declare el incumplimiento y así evitarle traumatismos a los transportadores que han visto afectada su operación por las protestas en el Magdalena Medio y Maicao. (F. 36).*
- Noticias de prensa impresas, de fecha 31 de mayo de 2000, en las que se da cuenta del levantamiento del bloqueo en la zona del Magdalena Medio, y que completó los 22 días. (F. 226 a 231).

Lo anterior indica que en efecto se encuentra demostrada la ocurrencia del bloqueo en la ruta Magdalena – Medio y que afirma el actor haber sido la escogida para la operación de tránsito aduanero encomendada, sin embargo, esa circunstancia por sí sola no constituye una causal exonerativa de responsabilidad, pues como se explicó en el acápite anterior, se debe tener especial cuidado en demostrar que tal situación fue irresistible e imprevisible.

Como primera medida, le corresponde al transportador probar que tuvo especial cuidado al tomar las medidas tendientes a evitar la extemporaneidad probada, pues las probanzas obrantes en el plenario dan cuenta que para el momento en que se autorizó la operación, esto es, 12 de mayo de 2000 -, ya era ampliamente conocida la situación de orden público que afectaba la transitabilidad en las carreteras con inmediaciones a la zona del Magdalena Medio.

Hace notar la Sala, que el memorando en el que tanto insiste el apelante, por haber sido expedido por la misma DIAN, y en el que tal entidad pide a los administradores de impuestos y aduanas nacionales con operación aduanera y a los jefes de divisiones de servicio al comercio exterior - que se tenga en cuenta la fuerza mayor y el caso fortuito para efectos de la finalización del régimen a efectos de evitarle traumatismos a los transportadores que han visto afectada su operación por las protestas en el Magdalena Medio -, que, si se atiende la fecha de tal misiva, ésta resulta coincidente con la fecha de autorización de la operación que se somete a estudio, dando cuenta ésta además, que la obstaculización de vías resultaba ser consecuencia de protestas ampliamente difundidas en los medios informativos. De manera, que ya era de conocimiento común, y por supuesto un hecho notorio, - tal y como lo resalta el demandante - , la situación de bloqueo que se presentaba de manera específica en la vías de la zona del Magdalena Medio -, y que tal conocimiento ya había sido difundido por los medios nacionales, desde antes de que se autorizara la operación de tránsito aduanero bajo el número 0000756.

Lo anterior se corrobora con las noticias impresas aportadas por el mismo demandante, en las cuales, para el día 31 de mayo de 2000, daban cuenta de que para esa fecha, la situación de taponamiento vial completaba 22 días, lo cual permite inferir, que incluso dos días antes a la autorización de la operación, ya era de conocimiento público, que por la ruta que afirma haber escogido el transportador INANTRA LTDA., se presentaba una situación que hacía previsible retardos y congestión vehicular, lo que hace consecuente la posibilidad de que eventualmente se podría incurrir en la extemporaneidad de operaciones con fecha límite de entrega.

Aparece demostrado que INANTRA LTDA no cumplió con la obligación establecida en la normatividad aduanera, y para la Sala, tal como lo consideró la *a quo*, no se encuentra demostrado en este caso que el retardo hubiera sido un hecho irresistible o imprevisible a dicha empresa como responsable de la mercancía, pues el sólo hecho de ejercer la actividad de transporte desde el año 1884, tal y como la misma sociedad lo afirma en los hechos de la demanda – entendiéndose entonces conocedor de la responsabilidad implícita en toda operación de transporte de mercancías por el territorio nacional –, le exigía un actuar de previsión traducido en la toma de una ruta alterna por la cual pudiera tener acceso, y que le permitiera dentro del término fijado, cumplir a cabalidad con su obligación.

No se acredita entonces en el presente caso los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad que caracterizan la fuerza mayor.

Se concluye entonces que las pruebas arrojadas en vía gubernativa y reiteradas en esta instancia, demuestran la configuración de la conducta sancionable, lo cual conduce a afirmar que la Administración efectuó una adecuada valoración de las mismas, y a descartar, el argumento de la sociedad actora según el cual no existió el soporte fáctico necesario para dar aplicación a tal disposición y por ende para imponer la sanción consagrada en la misma.

Destaca igualmente la Sala - en torno al conocimiento y manejo de la situación por parte de quien hoy demanda -, que no existe constancia de haberse informado oportunamente a la DIAN acerca de la situación que se invoca como respaldo de la causal exonerante, pues teniendo en cuenta el tiempo que se afirma haberse estado inmerso en la situación de "bloqueo vial", esto es, alrededor de 14 días, resulta ser un lapso más que suficiente para que se entablara comunicación con la correspondiente autoridad aduanera, - antes de la fecha límite de entrega -, pudiendo haber dado cuenta el transportador del lugar exacto en donde se encontraba inmovilizado, de los hechos que transcurrían en la vía abordada; o de solicitar una ampliación del término a fin de que se analizaran las razones invocadas, o que se lograra un

pronunciamiento expreso y motivado para el caso de esa específica operación, antes del día 19 de mayo del año 2000.

Se echa entonces de menos tal comunicación oportuna, desconociéndose incluso si efectivamente el transportador se encontraba en la vía taponada o a qué altura de la misma se encontraba cuando su vehículo no pudo transitar, entendiéndose con ello, que el actuar de la empresa transportista no fue diligente, ni responsable, pues a sabiendas de las consecuencias que podían darse, omite obrar de acuerdo a lo esperado.

Así las cosas, al no estar acreditado que la Sociedad Transportadora, hizo uso de los medios con los cuales contaba para evitar la declaratoria de incumplimiento, y que los hechos en el caso concreto no se erigen como irresistibles ni imprevisibles, deberá mantenerse la presunción de legalidad que recae sobre los actos que se acusan.

Es por todo lo expuesto que esta Sala considera que en el presente caso no cabe censurar los actos acusados como ilegales, como quiera que la Administración se limitó a aplicar al caso concreto las consecuencias previstas en la normativa aplicable, al declarar el incumplimiento y hacer exigible la póliza de cumplimiento, tal y como se dispuso.

En resumen, NO PROBADA la causal de fuerza mayor argumentada por la parte actora, habrá de confirmarse el fallo apelado, proferido el día 28 de febrero de 2013, por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de Indias y mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 proferida por el Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

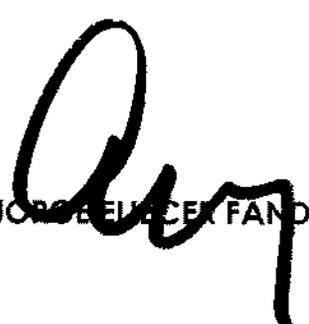
TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones que resulten necesarias en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTANO


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1317
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: DOMINGO GARCIA PEREZ
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE VILLANUEVA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-1998-00093-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN 002

SALA DE DECISIÓN N° 004

SENTENCIA N° 289 - 2013

Cartagena de Indias, D. T y C., Noviembre seis (6) de dos mil trece (2013)

Tema: Indebida escogencia de la acción.

Magistrada de Descongestión: LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-23-31-003-1998-00093-00
Clase de proceso: NULIDAD SIMPLE
Demandante: DOMINGO GARCÍA PÉREZ
Demandado: MUNICIPIO DE VILLANUEVA

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12 - 9201 de febrero 1° de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir sobre la acción de Nulidad Simple instaurada por el particular DOMINGO GARCÍA PÉREZ contra la Resolución N° 61 de 5 de septiembre 1997, proferida por el CONCEJO MUNICIPAL DE VILLANUEVA.

LAS PRETENSIONES QUE SE FORMULAN

"1.- Declarar la nulidad de la resolución N° 61 de 1997 (5 de septiembre) dictada por el Concejo Municipal de Villanueva, Bolívar, dejando sin efectos jurídicos dicho acto por ser arbitraria, dado que riñe abiertamente con el art. 75 de la Ley 80/93 y con el art. 87 del C.C.A.

En lo relevante, el actor expone como hechos fundamento de la anterior pretensión, los siguientes:

El 10 de abril de 1997, el Concejo Municipal por medio de su Presidente, celebró con él un contrato de prestación de servicios profesionales que tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de ese año.

Para la fecha de la Resolución atacada, se había dispuesto la mesa directiva que legalmente venía cumpliendo sus funciones desde principios de año, por motivos políticos.

Por este motivo político, la nueva mesa directiva declaró nulo el mencionado contrato, cuando apenas si se venía ejecutando, causando detrimento a intereses y derechos derivados de dicho acuerdo.

Que resulta obvio que la administración sólo puede dar por terminado contratos de manera unilateral, cuando se presentan una o varias de las cuatro causales taxativas tipificadas por el art. 17 de la Ley 80 de 1993; sin embargo, la mesa directiva acudió a normas distintas a la mencionada, obviando además la reservada facultad constitucional y legal para decretar tales nulidades, en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Al abordar el concepto de la violación, señala la parte accionante lo siguiente:

El art. 75 de la ley 80/93 fue violado al decretarse la "nulidad" del contrato en comento, por un órgano estatal incompetente para hacer tal declaración. El art. 75 citado enseña que sólo la Jurisdicción Contenciosa- Administrativa está habilitada para hacer tal declaración.

El art. 87 del C.C.A prescribe que toda diferencia contractual en que una de las partes sea la administración pública, ha de resolverse por la Jurisdicción Contenciosa- Administrativa. El concejo municipal mencionado resolvió el posible diferendo por sus propios medios. Debió acudir a esta sede de decisión, pero no lo hizo así, sino que abusó del poder, dictando y ejecutando un acto arbitario.

TRAMITE EN ESTA SEDE JUDICIAL

A través de auto calendado en julio 6 de 1998, esta Corporación admitió la demanda de la referencia.

DEFENSA

El apoderado de la entidad demandada, notificado de la admisión de la demanda, ejerció su derecho de defensa, señalando de manera genérica oponerse a las pretensiones del actor por infundadas.

DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha veintiuno (21) de marzo de dos mil seis (2006), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A, se ordenó abrir el proceso a pruebas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ninguno de los extremos enfrentados recorrió el traslado para alegar de conclusión en la presente instancia, dispuesto con auto de fecha 4 de Marzo de 2013.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, delegado para actuar ante esta Corporación, emitió concepto en la presente instancia.

Manifiesta el señor Procurador, que el demandante sólo elevó cargos de simple nulidad, considerando viable la confrontación del acto administrativo demandado con normas superiores, a fin de analizar la legalidad de la "anulación del contrato" contenida en el artículo primero de la resolución 061 de 5 de septiembre de 1997.

A manera de conclusión destaca que la facultad para anular una contratación está reservada a los Jueces, y que la administración pública sólo puede acudir a figuras como la terminación unilateral del contrato o su liquidación, sin que en todo caso este habilitada para declarar por sí, y ante sí, la nulidad del mismo, razón ésta suficiente para que se disponga la nulidad del acto administrativo demandado, por falta de competencia.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Tramitada la presente 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, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1° del Artículo 132 del C.C.A. este Tribunal es competente para conocer del presente asunto; en virtud a que el acto acusado demandado fue expedido por una autoridad de orden Municipal.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver en el presente asunto, se contrae a establecer, si el actor escogió la acción adecuada para atacar la decisión de la administración municipal de "anulación" consignada en la Resolución N° 61 de 5 de septiembre de 1997 que aparece demandada, y que afectó de manera directa la legalidad y vigencia del contrato de servicios profesionales celebrado entre él y el municipio de Villanueva.

Para la Sala deberá declararse la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, en atención a que la parte actora, ubicada en el contexto de lo contencioso administrativo, decide acudir a la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., - que esencialmente comporta un interés público general y superior - carácter objetivo -; cuando la lectura del libelo introductorio claramente evidencia un asunto del resorte de la acción contractual.

La anterior tesis se sustenta en los siguientes argumentos:

El accionante solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 61 del 5 de septiembre de 1997, por medio de la cual el Concejo Municipal de

Villanueva Bol., decidió anular el contrato celebrado por él como contratista, y el Concejo Municipal de Villanueva en calidad de contratante.

El acto administrativo en cita reposa en original a folio 3 del expediente, permitiéndose la Sala transcribir el contenido del mismo:

"LA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL DE VILLANUEVA BOLÍVAR, en uso de sus atribuciones legales, y,

CONSIDERANDO

Que entre el señor JULIO CESAR OROZCO GONZALEZ en calidad de Presidente del Concejo Municipal de Villanueva Bolívar, y DOMINGO RAFAEL GARCÍA PÉREZ, se celebró un contrato administrativo, para prestar sus servicios como Asesor Jurídico de esta Corporación Edilicia de fecha 10 de abril de 1997.

Que el Honorable Concejo Municipal de Villanueva, Bolívar, en su sesión del día 31 de Agosto de 1.997, aprobó una proposición por la cual solicita a la Mesa Directiva, expedir una Resolución que ordene dar por terminado el contrato de prestación de servicios suscrito entre el señor DOMINGO RAFAEL GARCÍA PÉREZ y el Concejo Municipal, teniendo como fundamento jurídico la estatuido en el numeral 2 del artículo 44, inciso 2 del Artículo 45, el parágrafo del artículo 40, el parágrafo 3 del artículo 41 de la Ley 80 de 1.993 y el artículo 24 del Decreto N° 679 de 1994, que reglamentó la Ley 80 de 1.993.

La Directiva del Concejo Municipal, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Anúlase el Contrato celebrado entre el señor JULIO CESAR OROZCO GONZALEZ en calidad de Presidente del Concejo Municipal de Villanueva Bolívar y DOMINGO RAFAEL GARCÍA PÉREZ, quien venía prestando sus servicios como Asesor Jurídico de esta Corporación Edilicia, con base a lo establecido en la Ley 80 de 1.993, en

los artículos, párrafos e incisos mencionados en el segundo considerando de la presente Resolución..."

Como se observa, el actor cuestiona por vía de nulidad simple, un acto expedido por una autoridad pública municipal en desarrollo de su actividad contractual, dando cuenta de la existencia previa de un contrato Estatal suscrito, y frente al cual consideró darlo por terminado de manera unilateral.

Se advierte de igual forma la falta de técnica y la evidente ausencia de identidad entre el efecto jurídico que se consigna en los considerandos, al referirse a la terminación del contrato, y la "anulación" que inmediatamente después se decide en la parte resolutive, lo cual resulta reprochable.

Como se observa, el acto administrativo cuestionado fue proferido por la entidad pública demandada en desarrollo de su actividad contractual y con posterioridad a la celebración de una contratación con el particular que hoy demanda, lo que inmediatamente nos ubica en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, de manera que la acción procedente para adelantar el juicio de legalidad era la de controversias contractuales.

Ahora bien, no desconoce la Sala que para la época en que se presentó la demanda – febrero de 1998 -, aún no se encontraban plenamente decantados todos los aspectos procesales, que, a partir de la expedición de la Ley 446 de 1998 – julio 8 de 1998 -, encontraron suficiente claridad, especialmente en lo que se refiere a la escogencia de la acciones para llevar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo controversias suscitadas entre particulares y la administración.

El Consejo de Estado, previendo tal situación, ha tenido oportunidad de referirse en los siguientes términos¹:

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A. Consejero ponente. HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D. C., dos (02) de mayo de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-26-000-2003-01772-01(23949) Actor. ASOCIACION HOGAR BRIZNAS DE VIDA Demandado. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE BIENESTAR SOCIAL DEL DISTRITO CAPITAL

De manera previa a la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998 - específicamente del artículo 32 que modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo - la jurisprudencia de esta Sección admitió, en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y en atención a la disparidad de criterios que en torno a la acción pertinente existían, que los actos administrativos contractuales fueran demandados en acción de nulidad y restablecimiento del derecho; no obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la citada norma, la discusión quedó zanjada, por cuanto con ésta se restituyó en el derecho positivo nacional la distinción entre los actos administrativos proferidos antes de la celebración del contrato pero por razón o con ocasión de la actividad contractual, por una parte y, por la otra, las decisiones administrativas unilaterales producidas durante la ejecución o la liquidación del contrato, igualmente con ocasión de la actividad contractual; en relación con los primeros se estableció que las acciones procedentes con el propósito de ventilar ante el juez competente los litigios a los cuales pueda dar lugar el cuestionamiento de la validez o la legalidad de las correspondientes determinaciones administrativas serán las de nulidad y de nulidad y restablecimiento de derecho, las cuales podrán intentarse dentro de un término especial de caducidad de treinta (30) días hábiles contados a partir de la comunicación, notificación o publicación del acto cuestionado, sin perjuicio de precisar que si el cuestionamiento de tales actos administrativos previos a la celebración del respectivo contrato estatal se promoviere ante el juez del contrato con el propósito de obtener la declaratoria de nulidad del vínculo negocial y con posterioridad al perfeccionamiento del mismo la procedente sólo será la acción contractual; en lo que atañe a los segundos, esto es, los actos administrativos posteriores a la celebración del contrato, se precisó que su impugnación solamente podrá llevarse a cabo a través de la instauración de la acción contractual, así lo ha reiterado la jurisprudencia y esta última es la normativa vigente en la materia. (Al respecto ver, entre otras, sentencia proferida el 18 de marzo de 2010, dentro del proceso radicado bajo el número interno 14390 y sentencia proferida el 27 de enero de 2012, dentro del proceso radicado bajo el número interno 16104).

No obstante lo anterior, en el asunto bajo estudio ni aún efectuándose un ejercicio de prevalencia del derecho sustancial frente al formal, permitiría realizar un estudio de fondo, pues siendo evidente que el contenido del acto acusado pone a relucir un interés concretado a la esfera del interés particular, se verifica que el demandante ni siquiera aterriza su acción al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), sino que de manera errada intenta forzar una objetividad inexistente haciendo uso de la vía procesal de simple nulidad.

Se configura entonces en este caso una ineptitud sustantiva de la demanda que impide resolver de mérito las pretensiones de la misma, máxime si se tiene en cuenta que el asunto en cuestión encuentra su origen en un contrato Estatal, de lo cual surge la posterior inconformidad que se suscita en el administrado ante "*su anulación*".

El artículo 77 del Estatuto de contratación Administrativa, cobija a "*Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual*", los cuales, de conformidad con la norma, "*sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual...*" (Art. 87 C.C.A.), lo cual no fue atendido por el actor en sede administrativa, y por supuesto tampoco aquí en sede judicial.

Se advierte que la parte demandante circunscribió su pretensión anulatoria a la actuación adelantadas por la entidad demandada con motivo y ocasión de su actividad contractual, concretamente en lo concerniente a la ejecución y desarrollo de un contrato de prestación de servicios profesionales que había sido suscrito el 10 de abril de 1997, tal y como se extrae a partir de los considerandos plasmados en el acto acusado, sin embargo, insiste la Sala, ni aún intentando analizar el caso desde la prevalencia del derecho sustancial, se podría entrar a resolver la controversia planteada, pues el sustento de la demanda quedó planteado desde la acción de nulidad simple, desarrollándose el juicio sobre la base de esta acción objetiva, sin que la parte interesada rectificara tal vía.

De manera pues, que se trata de un defecto que no tiene la connotación de ser meramente formal sino eminentemente sustancial, en tanto que es un aspecto que tiene relación directa con la *causa petendi* y el objeto de la acción escogida y, por ende, afecta tanto la competencia del juez como el debido proceso de la contraparte, de tal manera que teniéndose como configurado en la causa estudiada, impide que se profiera un pronunciamiento de mérito en el respectivo proceso.

El Consejo de Estado, también se ha pronunciado al respecto²:

En ese sentido, resulta oportuno señalar que el carácter sustantivo de la ineptitud de la demanda por indebida escogencia de la acción se explica porque cada una de las acciones que fueron contempladas en el Decreto 01 de 1984 tienen una causa y un objeto propios que delimitan el marco del litigio que a través suyo podrá tramitarse y resolverse, es decir, el asunto alrededor del cual ha de versar la controversia jurídica - la causa que le da origen -, así como las declaraciones que según el objeto de la acción de la que se trate podrán válidamente realizarse, aspectos éstos que demarcan la competencia del juez y garantizan a la vez el derecho de defensa de la contraparte, pues le aseguran un mínimo de certeza jurídica en cuanto a los términos en los que ha de desarrollarse y fallarse el proceso.

Con lo anterior no se pretende desconocer que es obligación del Juez en cada caso concreto dar un sentido útil a la demanda, evitando sentencias inhibitorias, e incluso adecuar el trámite a la acción que corresponda, sin embargo, el objeto de la presente acción, causa, objeto y presupuestos, resultan ser total y abiertamente incoherentes e incompatibles con la acción contractual dirigida en contra de actos administrativos, resultando posible afirmar que inexorablemente ésta deriva en inepta, y, a la luz de la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, conlleva a la Sala a declarar demostrada la correspondiente excepción.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, sala de decisión 004 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

² Véase la única referencia en pie de página

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE probada de oficio la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción, de conformidad con las razones expuestas.

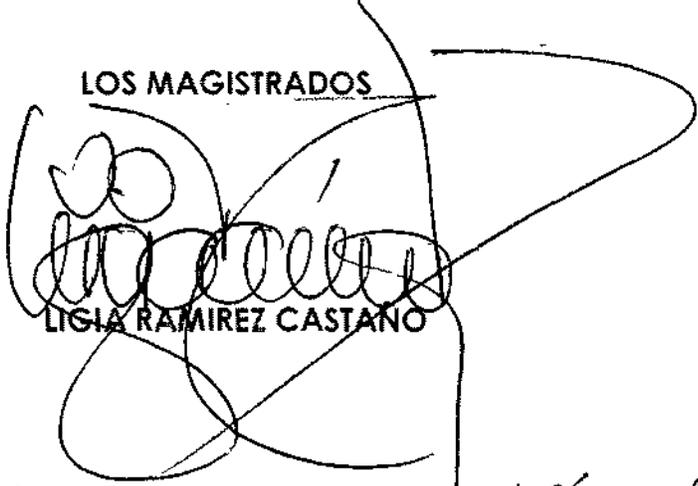
En consecuencia de lo anterior,

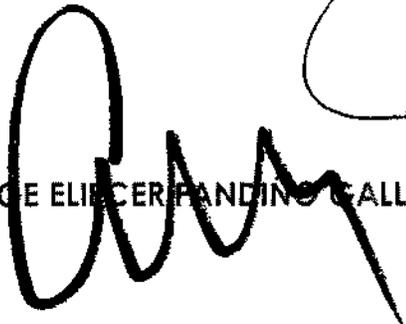
SEGUNDO: NIEGANSE las súplicas de la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE ELICER PANDINO GALLO


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1318
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: FERRETERIA IGNACIO SIERRA SUCESOPRES LTDA
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-013-2008-00131-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
 TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
 DESPACHO DE DESCONGESTIÓN 002

SALA DE DECISIÓN N° 004

Cartagena de Indias D. T. y C., Noviembre seis (6) de dos mil trece (2013)

2ª instancia.

SENTENCIA No 290 -2013.

Tema: Incumplimiento Régimen Cambiario

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-33-31-013-2008-00131-00
Clase de proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante : FERRETERIA IGNACIO SIERRA SUCESORES Ltda.
Demandado : UAE DIAN

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Enero 31 de 2012, proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaurado a través de apoderado judicial por la FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES contra la UAE DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, providencia a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

A través del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES, actuando mediante apoderado judicial, presentó demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra UAE DIAN con el fin que se acceda a:

1.1 PRETENSIONES:

"1. Que se declare la NULIDAD en todas sus partes los siguientes actos administrativos:

- Resolución N° 00696 del 16 de abril de 2008, por medio de la cual la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena impuso una sanción administrativa cambiaria a la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA, por un valor de CIENTO DIECIOCHO MILLONES DOSCIENTOS VEINTITRES MIL DOS PESOS MDA CTE (\$118.223.002.00) equivalente al 200% del valor dejado de canalizar, por violar los artículos 2, 7 y 10 inciso 1° de la resolución externa 8 de 2000 de la J. Directiva del Banco de la República, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor total correspondiente a las mercancías amparadas con factura N° 9969179 de Junio 11 de 2.004.
- Resolución N° 001271 de fecha Julio 18 de 2008 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, por ser también esta providencia violatoria de la Constitución y de la ley según lo que se pruebe.

2. Que en adición a la nulidad de los actos administrativos, se decrete como restablecimiento del derecho:

- Suspensión de toda actuación administrativa derivada de este proceso.
- En su debida oportunidad se condene en costas, incluidos los daños y perjuicios causados a mi poderdante.
- En su oportunidad se condene y se decreten las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada.
- Que se exonere de toda responsabilidad a la sociedad que represento por las causales que dieron origen a la aprehensión y el decomiso de las mercancías.

1.2 HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos se consignaron así:

La sociedad de intermediación aduanera HERMANN SCHIWYN & CIA S.A. S.I.A., presentó ante la DIAN de Cartagena, en calidad de mandatario de la sociedad FERRETERIA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA, la declaración de importación N° 34701010659164 amparando mercancía consistente en 8 juntas de bronce. Esta declaración obtuvo el levante 067004100022672 de junio 25 de 2004.

Que tal mercancía fue adquirida directamente por parte de la FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA, a la empresa americana DURAMAX MARINE LLC, con factura de fecha junio 7 de 2004, suscrita por la señora PATRICIA A FRANKS, administradora de exportaciones por un valor total US\$30.768.32.

Con fundamento en información recibida por el Grupo Rilo de la subdirección de Fiscalización Aduanera, mediante la cual informa a la Administración Especial de Aduanas de Cartagena sobre la existencia de la factura 9969179 del 11/06/04 del proveedor DURAMAX MARINE LLC, en la que se observa como valor total de la venta US\$ 53.583.00 valor que difiere con el consignado en la declaración de importación N° 34701010659164 del 25 de junio de 2004 de US\$ 29.768.32, sin embargo, en la misma información suministrada por el GRUPO RILO reposa carta explicativa del señor RICK SPANGLER, Presidente de la empresa DURAMAX MARINE L.L.C y en la traducción NO OFICIAL del texto en el último párrafo manifiesta que en su empresa hubo un error administrativo, el día 7 de junio de 2004 cuando dice: *"de una revisión de nuestros archivos aparece que una factura del pago de piezas que fue enviada a nuestro promotor de carga Pilot Air de junio 7 de 2004, por error"*

Con oficio DIFIS 006A-07000142 de febrero 9 de 2007, la Jefe de la División de Fiscalización Aduanera de la DIAN Cartagena, solicita a la División de Comercio Exterior de la misma administración, la cancelación del levante aduanero N° 062004100022672, correspondiente a la Declaración de Importación N° 34701010659164 de fecha junio 24 de 2004.

Con Resolución N° 000269 de fecha febrero 12 de 2008, la División de Fiscalización Aduanera decomisó la mercancía amparadas en la declaración de importación N° 34701010659164 de fecha junio 25 de 2004, tal decomiso fue confirmado mediante Resolución 00944 de mayo 29 de 2008 de la División Jurídica Aduanera.

La División de Control de Cambios de la DIAN propuso sancionar a la FERRETERÍA IGNACIO SIERRA con auto de formulación de cargos, por presunta violación de los artículos 7 y 10 inciso 1° de la Resolución Externa de la junta directiva del Banco de la República, por no canalizar a través del mercado

cambiarlo, el valor correspondiente a las importaciones amparadas en la declaración N° 34701010659164 de fecha junio 25 de 2004.

Que pese a haber sido contestado el pliego de cargos, la DIAN negó la práctica de pruebas solicitadas, ratificándose en su posición mediante Resolución 00625 de abril 8 de 2008.

Con Resolución 00696 de 16 de abril de 2008, la División de Liquidación de la DIAN impuso la sanción propuesta, y con Resolución 001271 de 18 de julio de 2008, confirma dicha decisión.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora estima que con la expedición de los actos administrativos acusados se incurrió en violación de los siguientes preceptos:

- Constitucionales: artículos 6, 29, 83, 228.
- Legales y Normativos:
 - Artículo 35 del C.C.A
 - Artículo 174 del C.P.C
 - Decreto 2685 de 1999 artículos 2
 - Decreto 1092 de 1996: artículo 24.

1. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA, AL VALORAR ERRADAMENTE LAS PRUEBAS APORTADAS Y OBRANTES EN EL PROCESO.

Para el caso concreto y objeto de litis, la legislación cambiaria, la jurisprudencia y la doctrina, manifiestan categóricamente, que no es posible que la DIAN sancione administrativamente a una persona si no se tiene la certeza de la ocurrencia de la infracción.

En el caso concreto, la administración en su afán sancionatorio, desestimó entre otras las siguientes pruebas:

- La utilización de la Traducción no oficial del texto de la respuesta explicativa enviada por el señor RICHARD C. SPANGLER presidente de la empresa proveedora DURAMAX MARINE LLC.

...Es de resaltar que esta prueba se tomó fraccionadamente, es decir, desde los valores de la factura, pero no se pronunció sobre las razones que demuestran cual fue el verdadero precio que se pagó por la mercancía, y que el mismo Gerente de la empresa proveedora avala, cuando acredita que todo se debió a un error administrativo, del cual se hizo referencia a lo largo de la vía gubernativa, pero que no tuvo eco en la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

Adicionalmente, como soporte del valor real de la mercancía en el mercado, para el 1 de enero de 2005, fue aportada la factura N° 15849 de la firma NAVALEX INTERNATIONAL INC, con domicilio en la ciudad de MIAMI Estados Unidos, correspondiente a una operación EXACTAMENTE IGUAL a la nuestra, de bujes suministrados para el mismo tipo de barcos. Como puede observarse el costo de la mercancía es de US\$33.592.00 precio muy inferior al valor citado por DURAMAX MARINE LLC de US\$53.583.00, nuevamente la administración hizo caso omiso a ese documento.

-. La comparación entre las facturas sin número de identificación de junio 7 de 2004, por valor CIF de USD 30.782,32 y factura N° 9969179 de junio 11 de 2004 por valor CIF USD 53.583.

En ningún momento se reconoce que existen diferencias, pero la posición de mi poderdante, es que el valor sobre el cual realizó la canalización de las divisas corresponde a USD 30.782,32, precio de factura realmente pagado y canalizado a través del intermediario del mercado cambiario, tal como se desprende del Formulario N° 1 Declaración de Cambio por Importación de Bienes de Bancolombia N° 56874 del 3 de Mayo de 2004 y el formulario 1 N° 9615 del 12 de mayo de 2004 de la misma entidad. Ambos documentos fueron aportados previamente en reiteradas ocasiones a la administración.

-. La Negativa por parte de la DIAN, en aceptar la certificación de la Administradora de Exportaciones de la empresa DURAMAX MARINE LLC, en la que califica la factura N° 9969179 de junio 11 de 2004 "como una mera cotización suministrada para establecer presupuesto y que esta se hizo basada en medidas no confirmadas y una vez recibidas, las menciones finales requeridas, se revisaron los requerimientos establecidos en el presupuesto con la reducción substancial en los costos de suministros de los bujes, por cuanto la presunta cotización, no puede ser posterior a la factura sin número de junio 7 de 2004.

La DIAN parte de una indebida apreciación, porque en ningún momento la señora PATRICIA FRANKS, Administradora de Exportaciones de la empresa DURAMAX MARINE se refirió a la factura N° 9969179 de junio 11 de 2004, sino a una cotización de fecha anterior de Marzo 24 de 2004...que en ningún momento se toma como una factura, como de manera desafortunada lo interpretó la DIAN.

Es inadmisibles que la DIAN con el afán de sancionar a la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA., haya desconocido la existencia de los mencionados documentos e ipso jure, se comprobó que canalizó un valor superior al facturado, por el análisis fraccionado que hace a la certificación del representante del proveedor. No obstante, en ningún momento declaró que la factura que se presentó a la administración aduanera para la importación de las mercancías fuera falsa o apócrifa.

Así las cosas, al no estar declarada judicialmente la falsedad de la factura presentada a la administración aduanera y documentos soportes de la declaración de importación, la cual por ser documento público goza de presunción de legalidad, debemos atenernos a lo señalado por el artículo 252 del C. de P.C.

...La administración derivó en una violación al debido proceso con la errónea valoración de las pruebas para expedir el acto administrativo....

2. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR FALSA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 00696 DE FECHA ABRIL 16 DE 2008. INEXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN.

...no puede existir infracción al régimen de cambios cuando se demuestre que el importador giró al exterior el valor de lo que constituye efectivamente la obligación contractual con el proveedor. En el caso que nos ocupa, el compromiso de la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA., con DURAMAX MARINE LLC., ascendió a la suma de US\$30.782,32, lo cual se demostró con los documentos soportes de la declaración de importación N° 34701010659164 de fecha junio 25 de 2004, y en especial con las declaraciones de cambio formularios 1 números 9615 y 56874 por valor de USD3,990.92 y USD26791,50 respectivamente.

Otra cosa diferente, es que la Administración Aduanera pretenda que la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA, canalice un valor muy superior al que efectivamente canalizó por el valor de la mercancía, sin haber demostrado con precisión que dicho valor aún se le está adeudando al proveedor DURAMAX MARINE LLC, o, que dicho valor (USD21.787.68) se canalizó por otros medios diferentes a los

establecidos por el Banco de la República, a través de los intermediarios del mercado cambiario, o a través de cualquier modalidad en el mercado cambiario.

...la administración no puede sancionar a los particulares, sino tiene la certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se cometieron las infracciones, puesto que al desconocerlas, y sancionar con ese desconocimiento, es incurrir en una violación flagrante al debido proceso.

3. VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 35 DEL CCA Y DE LOS PRINCIPIOS DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL, DE LA SANA CRÍTICA, APRECIACIÓN EN CONJUNTO DE LAS PRUEBAS.

...FERRETERÍA IGNACIO SIERRA entregó a la División de Liquidación y solicitó que se tuviera como prueba la certificación de la señora PATRICIA FRANKS, Administradora de Exportaciones.

...Estas pruebas no fueron tenidas en cuenta por la Administración Aduanera, y pese a que en la Resolución que resuelve el recurso de reposición contra las pruebas, las tiene como válidas, no son valoradas desde ningún punto de vista.

De la carta firmada por el señor RICK SPANGLER y utilizada por el GRUPO RILO de la DIAN, solamente toma esa División lo relacionado con la parte inicial en donde habla de la diferencia de precios entre las dos facturas, pero evita pronunciar lo que el presidente de la empresa DURAMAX MARINE LLC., dijo: hubo un ERROR ADMINISTRATIVO

Este ERROR ADMINISTRATIVO no sólo afectó a Pilot Air sino también a nuestra empresa FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA., pues debido a ello recibimos la factura de fecha 7 de Junio de 2004 que ha sido nuestro único documento legal para nacionalizar la mercancía objeto de discusión.

...Tampoco se valoró la factura N° 15849 de la firma NAVALEX INTERNATIONAL INC, con domicilio en la ciudad de MIAMI Estados Unidos, correspondiente a una operación EXACTAMENTE IGUAL a la nuestra, de bujes suministrados para el mismo tipo de barcos. Como puede observarse el costo de la mercancía es de US\$33.592.00 precio muy inferior al valor citado por DURAMAX MARINE LLC de US\$53.583.00, y muy parecido al que nosotros pagamos US\$30.768.31. Cuando presentamos esta prueba pusimos de presente la manifestación del gerente de la firma NAVALEX en su e-mail de mayo 8 de 2007 que por respeto al cliente y discreción se removió el nombre del

exportador en Miami que hizo la adquisición, pero a pesar de pedir su verificación a la División de Liquidación aduanera esta no se hizo.

4. VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR AL PRESUMIR LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA LA MALA FE DE MI PODERDANTE, EN SU ACTUACIÓN COMO IMPORTADOR EN LOS ANTECEDENTES MENCIONADOS.

Debe tener en cuenta el Honorable señor Juez, que independientemente a la certificación y columna vertebral sobre la cual se edificó el expediente administrativo cambiario IMNC13040600380, la cual fue expedida por el proveedor de la mercancía importada por mi poderdante, este tiene a su favor el beneficio legal que le confiere la duda, pero, contrario a todo lo dicho, la administración ha fallado en contra de la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA, por mera presunción de mala fe, por cuanto no existe prueba alguna que confirme o ratifique lo dicho en los actos administrativos aquí demandados. Máxime cuando no existe norma cambiaria o de otra índole que permita presumir la responsabilidad.

5. LA JUSTICIA Y LA EQUIDAD COMO IMPERATIVOS DE LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS.

El artículo 4 del Código de Procedimiento Civil compendia una sabia doctrina de derecho procesal, sintetizada en que los funcionarios, al proferir sus decisiones deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y , por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento de derecho.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda se presentó dentro del término legal (F. 100).

La apoderada legalmente constituida para los efectos, defiende el actuar de la administración invocando esencialmente el contenido de los artículos: 1, 7 y 10 de la Resolución 8 de 2000 (Banco de la República).

Como razones de defensa aduce que en este caso el administrado debió presentar la declaración de cambio formulario N° 1 por importación de bienes o en su defecto el formulario N° 6 de informe de endeudamiento externo, para canalizar el valor de la importación, obligación generada por haber realizado una operación de las obligatoriamente canalizables a través de los intermediarios del mercado cambiario, y que el incumplimiento de dicha obligación genera la sanción correspondiente por haber incurrido en la presunción por infracción al régimen de cambio en el artículo 3 del **Decreto 1092 de 1996, modificado por el artículo 1° del Decreto 1074 de 1999 literal e).**

Precisa, que la División de Fiscalización en ejercicio de las facultades de control posterior, solicitó a través de la Subdirección de Fiscalización en el nivel central, se gestionara en el exterior la verificación de la autenticidad de la factura sin número de fecha 6/07/04 expedida por DURAMAX MARINE LLC, utilizada como documento soporte de la declaración de importación N° 3470101010659164.

Que el Cónsul de Colombia en Chicago (USA) remitió a vuelta de correo el documento suscrito por DURAMAX, donde informa que el valor de la operación cuestionada es de USD \$53.583; que revisados sus expedientes no se encontró ninguna factura que hubiese sido despachada hacia Colombia en la mencionada fecha y por ese valor, por el contrario, adjunta a su escrito copia de la factura 9969179 de junio 11 de 2004 por el valor antes mencionado, que da cuenta de la única operación realizada con cliente Colombiano FISS o FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES.

Que el señor RICHARD SPANGLER expide certificación dando fe de que efectivamente la operación de compraventa surgida entre DURAMAX como vendedor en el exterior y la Ferreteria Ignacio Sierra Sucesores como comprador en Colombia, fue por un valor de USD\$53.583., y siendo ello así, no podía FISS canalizar a través de los intermediarios del mercado cambiario suma inferior a los valores efectivamente importados, como lo hizo canalizando solo el valor de USD 30782.32.

Que para excusar su proceder el accionante argumenta que dicha certificación posee un párrafo final que da cuenta de un error cometido por

DURAMAX, al enviar la factura de Junio 7 de 2004 al promotor de carga Pilot Air. Sin embargo, de la lectura de dicho párrafo no pueden desprenderse las consecuencias anunciadas por el accionante, pues lo que se observa de lo dicho por DURAMAX es que precisamente la factura del 7/06/04 estaba errada y fue enviada por error a su promotor de carga, que el error fue corregido rápidamente y que se emitió la factura correcta el 11/06/04, para el despacho de la mercancía.

Aduce que la norma cambiaria es clara cuando advierte que el importador que no pague la importación o que canalice un valor inferior al valor de la transacción incurre en infracción cambiaria, a menos que se demuestre la inexistencia de la obligación de pago, de manera que no puede FISS desembarazarse de su obligación de canalización alegando que se basó sólo en documentos (cotizaciones), que no reflejan aún el valor definitivo de lo que efectivamente se va a facturar.

Ahora, si sobre el documento fechado 7 de junio de 2004 se recibieron descuentos especiales y oportunidades comerciales por parte de los proveedores, que pueden disminuir el valor cotizado o relacionado en facturas pro forma, dicha situación debió quedar expresamente manifestada en el mismo documento, o en otro instrumento de prueba, que demostrara tal beneficio recibido por el abastecedor, especificando el porcentaje a descontar, y el total a pagar.

Se advierte entonces:

1. No puede convalidarse por parte de la entidad una canalización de divisas que se paga en los formularios N° 1 como importación de Bienes, cuando el verdadero valor a canalizar es el consignado en la factura N° 9969179 de fecha 6/11/04 por USD 53.583.00 contrariando las disposiciones cambiarias, ya que de conformidad al principio de identidad, los pagos de las importaciones y exportaciones deben hacerse a los importadores de las mercancías en el exterior o a los exportadores o proveedores de las mercancías en el exterior, o en su defecto a los seccionarios canalizando el valor real de las operaciones,

para que se entienda que los pagos por estas operaciones de comercio exterior se canalizaron en debida forma.

2. Dichos giros no pueden reportarse como debidamente canalizados, si se tiene en cuenta que al girarse sumas inferiores a las establecidas en la factura legalmente reconocida por el proveedor de las mercancías, señor RICHARD SPANGLER, a todas luces contraria la normativa cambiaria que exige que los importadores cancelen a través de este mercado el valor real de las mismas.
3. No se puede reportar como una debida canalización el total de la importación por valor de USD 30.781.82, por parte de la empresa IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA., en su calidad de importadora, al girar este valor a su proveedor DURAMAX MARINE, de conformidad con los mensajes SWIFT, suministrados por la entidad crediticia a través de la cual se hizo la transacción bancaria (Banco de Colombia), cuando lo que obligatoriamente correspondía reembolsar era el valor de la factura N° 9969179 legalmente reconocida por el proveedor DURAMAX MARINE.
4. Para la DIAN existen pruebas suficientes para determinar que la canalización de divisas no se hizo por el valor total de las mercancías importadas.
5. La conducta asumida por la empresa IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA., al canalizar el valor de USD \$ 30.781.82 relacionada en el documento de fecha junio 7 de 2004, valor inferior al relacionado en la factura N° 9969179 por valor de USD\$ 53.583.00, se encuentra tipificada en el artículo 1° del Decreto 1074 de 1999 literal e) el cual establece las operaciones canalizables a través del mercado cambiario.

Concluye diciendo, que las mercancías importadas por la firma FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA., relacionadas en el documento de importación N° 34701010659164 ingresaron al país, pero la operación de reembolso o giro de las divisas al exterior no fueron canalizadas en debida

forma por parte de dicha empresa, a través del intermediario del mercado cambiario, por cuanto los giros no se hicieron sujetos a los valores relacionados en la factura N° 9969179 de junio 11 de 2004, reconocida por el proveedor DURAMAX.

Finalmente destaca que la factura expedida por una empresa privada en el exterior no posee la categoría de documento público, por tanto no puede presumirse su autenticidad, tal y como lo propone el accionante.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Con providencia calendada el día treinta y uno (31) de Enero de 2012, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad capital dictó sentencia de primera instancia en la que decide:

FALLA

1. NEGAR las pretensiones de la demanda...

Para arribar a la anterior decisión, la juez de primera instancia, expuso a manera de conclusión, el argumento principal que se relaciona a continuación:

"...la factura del 07 de junio de 2004 que sirvió de base a la sociedad demandante no cuenta con la cantidad y precio a pagar por la mercancía, la moneda de negociación, ni los términos y condiciones de la entrega de la mercancía, por tanto no cumple con los requisitos exigidos por la legislación nacional.

Además se tiene, como señaló el Presidente de DURAMAX MARINE LLC que la única transacción comercial que tuvo con Ferretería Ignacio Sierra Sucesores Ltda., durante el año 2004 correspondió a la soportada en la factura de fecha 11 de junio de ese mismo año, y que por regla general cuando negocian con clientes extranjeros debe cancelarse por lo menos el 50% del valor pactado.

Respecto de este último requisito tenemos que según la declaración de cambio por importación de bienes aportada por la parte demandante y que reposa a folio 93, la suma de US \$26.791.50 canalizada por el mercado

cambiario, valor este señalado en la factura de fecha 11 de junio de 2004 (folio 146), correspondía al 50% del valor de la mercancía y que según las condiciones de despacho era necesario para que se enviara la mercancía.

Si efectivamente el valor anterior equivale al 50% del total de la transacción realizada por la hoy demandante, tenemos que el total de la misma asciende a US\$53.583, suma esta que corresponde a lo estipulado por la DIAN y que consta en la factura de fecha 11 de junio de 2004 de la cual se soporta la demandada para señalar que es el valor real de la operación y que tenía que ser canalizado por el mercado cambiario.

Adicionalmente, si la sociedad demandante era acreedora o beneficiaria de descuentos comerciales por parte de su proveedor, era su carga demostrar los mismos, a cuanto ascendían, además que según el artículo 250 del Estatuto Aduanero debían quedar consignados en la factura comercial, situación que para el caso concreto no se demostró.

Siendo así las cosas para este Despacho es claro que la sociedad Ferretería Ignacio Sierra Sucesores Ltda., incurrió en una infracción cambiaria, pues no canalizó por el mercado cambiario el valor real de la transacción, el cual como quedó previamente señalado ascendía a la suma de US \$ 53.583, y no como se declaró en sólo US\$ 30.768.32, y por consiguiente la sanción impuesta por la DIAN – Cartagena sobre el 200% del valor de la diferencia entre lo canalizado y el valor real de lo adeudado en el exterior se encuentra ajustada a derecho.

EL RECURSO DE APELACION

En la oportunidad procesal para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, insistiendo en el hecho, de que la diferencia de valores de las mercancías se debió a un error administrativo por parte de la empresa DURAMAX MARINE LLC, tal y como así lo certificó y lo sostuvo todo el tiempo.

Que la DIAN parte de una indebida apreciación, porque en ningún momento la señora PATRICIA FRANKS, Administradora de Exportaciones de DURAMAX no

se refirió a la factura 9969179 de junio 11 de 2004, sino a una cotización de fecha anterior de marzo 24 de 2004.

Que debe entenderse que cuando se entrega una cotización la mercancía no está elaborada, y que ello exige, primero establecer un presupuesto basado en la información preliminar de la misma, que en todo caso sigue siendo una cotización que en ningún momento puede tomarse como una factura, tal y como de manera desafortunada lo interpreta la DIAN.

Que lo procedente o era decretar el decomiso, sino revisar oficialmente el valor de la mercancía, pues en el caso bajo estudio el compromiso de la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA con DURAMAX MARINE LLC, ascendió a la suma de USD\$30.782.32, lo cual se demostró con los documentos soportes de la declaración de importación de junio 25 de 2004.

Que con el fallo de primera instancia se incurrió en una errónea interpretación de los presupuestos fácticos, y en errónea aplicación del artículo 174, incluyendo la indebida apreciación de la sana crítica, pues fue la DIAN quien incumpliendo la lealtad procesal, con falta de motivación y argumentos a medias, forzó ilegalmente las disposiciones aduaneras para encauzar una actuación indebida que conllevó a la aplicación de la sanción, en la medida en que otorgó término probatorio a la declaración que ella misma vertió al expediente, pero cuyo análisis no guarda consonancia con lo decidido, en cuanto debió haber admitido la justificación del hecho.

La administración deja en claro, que fue el mismo proveedor quien entregó a la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES, una factura por un valor diferente, pero en ningún momento afirma que fuese este último, quien de manera premeditada, planeada o intencional introdujera y nacionalizara la mercancía con una factura que refleja otro valor, máxime cuando el valor canalizado por FISS a través del mercado cambiario colombiano para pagar el valor de la mercancía fue e inicialmente facturado, mediante las declaraciones de cambio números 9615 y 56874 de 2008, por valor de USD\$ 3.990.82 y USD26.791.50.

Hace notar como el valor facturado y registrado en la declaración de importación fue cancelado totalmente al exterior mediante las precitadas declaraciones de cambio, sin que el proveedor haya reclamado en ningún momento – ni siquiera al momento de certificar ante el cónsul – que la ahora demandante le adeudaba en ese momento parte del valor de la mercancía, ni más ni menos que la diferencia en dólares por la cual se impuso la sanción en comento.

Que al decidir el *a-quo* que la declaración del proveedor prima sobre la del FISS, incurre en violación al principio de la sana crítica, por errónea apreciación de la prueba, y que la factura soporte de la declaración de importación, si bien puede ser cuestionada administrativamente, no lo fueron nunca las pruebas regularmente allegadas al proceso, encontrándose tan sólo dos versiones opuestas de los ejecutantes de la operación de comercio internacional, una de las cuales privilegiada por el *a-quo* sin que al respecto mediara experticia.

TRAMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

A través de providencia calendada en Agosto 13 de 2012, esta Corporación admite la apelación interpuesta por la parte demandante, posteriormente, con auto de 24 de septiembre de 2012 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones y concepto, respectivamente.

El cumplimiento de lo anterior se verifica sólo de la parte demandada, quien en lo esencial se ratifica en los argumentos plasmados en su escrito de defensa.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado para actuar ante esta Corporación, emitió concepto en la presente instancia, manifestando en términos generales, que de conformidad con la factura que se aprecia a folios 144 a 147, el precio total de la transacción discutida es de USD\$ 53.583.

Que con base en la prueba documental, la conclusión sancionatoria de la DIAN, se torna lógica y ajustada a derecho, pues el valor a canalizar de conformidad con la obligación impuesta por la norma, es el total de la transacción y no una suma parcial (50%) como lo realizó la empresa demandante.

Por lo anterior, solicita se confirme el fallo emitido en primera instancia.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

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

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de abordar el estudio del recurso de alzada, es necesario precisar que en este caso la parte demandante tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación, sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

Caducidad:

La presente acción fue iniciada en tiempo, puesto que la expedición del último de los actos acusados data del 18 de julio de 2008, de manera que al haberse presentado la demanda el 20 de octubre de esa misma anualidad, se entiende acorde con el término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

El Acto Administrativo demandado

Por medio del contencioso subjetivo previsto en el art. 85 del C.C.A., la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA., reclama la declaración de nulidad de la Resolución 00696 de 16 de abril de 2008 y de la Resolución No. 001271 de 18 de julio de 2008, expedidas por el Jefe de la División de Liquidación y por el Jefe de la División Jurídica Aduanera,

respectivamente. La decisión de la administración se concreta en medio de un antecedente de proceso aduanero por ejercicio del control posterior que realiza la correspondiente autoridad aduanera, teniéndose en cuenta que la factura sin número de fecha junio 7 de 2004, soporte de la declaración de importación N° 34701010659164 ofrecía serias dudas sobre su autenticidad y veracidad. Que adelantada la correspondiente investigación la DIAN se permitió concluir que la sociedad que hoy demanda canalizó a través del mercado cambiario sumas distintas a aquellas en las que se concretaban sus obligaciones en el exterior, lo que da lugar a una sanción cambiaria, por violación de los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, y modificaciones adoptadas por el mismo organismo, conforme al artículo 72 de la Ley 488.

Problema Jurídico

Teniendo en cuenta el objeto del recurso, se deberá determinar si a la sociedad FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA., le asiste responsabilidad, por incumplimiento de normas reguladoras del Régimen Cambiario Colombiano, específicamente en lo que se refiere a la canalización de divisas a través del mercado cambiario, y si efectivamente se encontró incurso en alguno de los presupuestos consagrado en la normativa cambiaria.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia apelada, acogiendo para ello razones adicionales a las consideradas por la Juez *a-quo*; partiendo de la tesis de la parte demandada, según la cual la sociedad actora incumplió las normas jurídicas sobre Régimen Cambiario.

La tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

1. MARCO JURÍDICO.

La Ley 9ª de 1991, por la cual se dictan normas generales a las que deberá sujetarse el Gobierno Nacional para regular los cambios internacionales, dispuso en su artículo 2º los propósitos del régimen cambiario:

"Artículo 2°. Propósitos del régimen cambiario. El régimen cambiario tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, con base en los siguientes objetivos que deberán orientar las regulaciones que se expiden en desarrollo de la presente Ley.

a) Propiciar la internacionalización de la economía colombiana con el fin de aumentar su competitividad en los mercados externos.

b) Promover, fomentar y estimular el comercio exterior de bienes y servicios, en particular las exportaciones, y la mayor libertad en la actuación de los agentes económicos en esas transacciones.

c) Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados.

d) Estimular la inversión de capitales del exterior en el país.

e) Aplicar controles adecuados a los movimientos de capital.

f) Propender por un nivel de reservas internacionales suficiente para permitir el curso normal de las transacciones con el exterior.

g) Coordinar las políticas y regulaciones cambiarias con las demás políticas macroeconómicas.

Los anteriores criterios se aplicarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, orientadores de las actuaciones administrativas."

Precisa entonces la Sala, que con la expedición de la Constitución Nacional, el régimen de cambios viene a ser entonces, el conjunto de disposiciones que regulan los aspectos atinentes a la efectividad de los propósitos y objetivos trazados en el inciso primero del artículo arriba citado, y desde tal apreciación, toda conducta que contravenga esas disposiciones encuadra dentro del concepto de "Infracción Cambiaria".

A su turno, la Resolución matriz de la decisión, - **008 de 2000** – expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, y por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales, señala:

Artículo 1o. DEFINICION. Los residentes en el país y los residentes en el exterior que efectúen en Colombia una operación de cambio, deberán presentar una declaración de cambio en los términos de la presente resolución.

La declaración de cambio por operaciones realizadas a través de los intermediarios del mercado cambiario deberá presentarse en esas entidades. Cuando se trate de operaciones realizadas a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución, se presentará directamente en el Banco de la República.

La declaración de cambio deberá presentarse y suscribirse personalmente por quien realiza la operación, su representante, apoderados generales o mandatarios especiales aunque no sean abogados. La declaración de cambio se presentará en formularios debidamente diligenciados, donde se consignará la información sobre el monto, características y demás condiciones de la operación, en los términos que determine el Banco de la República. Las calidades de representante legal, apoderado o mandatario especial se presumirán en quienes se anuncien como tales al momento de presentar la declaración de cambio.

Parágrafo. La declaración de cambio podrá corregirse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Vencido dicho plazo, la información contenida en la declaración de cambio se entenderá definitiva. La declaración de cambio de corrección deberá presentarse ante la misma entidad en la cual se presentó la declaración de cambio inicial. El Banco de la República para fines estadísticos podrá autorizar, de manera general, aclaraciones en la declaración de cambio.

Artículo 2o. DIFERENCIAS. No podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas superiores o inferiores a las efectivamente recibidas, ni efectuarse giros por montos diferentes a las obligaciones con el exterior.

La declaración de cambio que contenga datos falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, será objeto de investigación por parte de la autoridad competente. No obstante lo anterior, podrán aceptarse diferencias en el valor consignado en la declaración de cambio hasta por el 1% del valor de la operación de cambio que le da origen o hasta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$1.000) o su equivalente en otras monedas, la que resulte mayor.

Artículo 3o. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS. Para efectos cambiarios y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los residentes en el país que efectúen operaciones de cambio están obligados a conservar los documentos que acrediten el monto, características y demás condiciones de la operación y el origen o destino de las divisas, según el caso, por un período igual al de caducidad o prescripción de la acción sancionatoria por infracciones al régimen cambiario.

Tales documentos deberán presentarse a las entidades encargadas del control y vigilancia del cumplimiento del régimen cambiario que los requieran

o dentro de las actuaciones administrativas que se inicien para determinar la comisión de infracciones cambiarias.

Artículo 4o. SANCIONES. Quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, en especial la de presentar correctamente la declaración de cambio por las operaciones de cambio que realice, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables. También se deducirá responsabilidad en los términos de la ley, cuando la respectiva autoridad o un particular interesado desvirtúe la presunción de que trata el inciso cuarto del artículo 1o. de esta resolución.

Por su parte en el capítulo I y II de la mencionada Resolución, referido al mercado cambiario y a las importaciones de bienes, en sus artículos 6, 7 y 10 preceptúan:

Artículo 6o. DEFINICION. El mercado cambiario está constituido por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución.

También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, se canalicen voluntariamente a través del mismo.

Artículo 7o. OPERACIONES. Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario:

1. Importación y exportación de bienes.
2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas.
3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas.
4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas.
5. Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario.
6. Avales y garantías en moneda extranjera.
7. Operaciones de derivados.

Artículo 10o. CANALIZACION. Los residentes en el país deben canalizar a través del mercado cambiario las divisas para pagar el valor de sus importaciones. Las importaciones podrán estar financiadas por el proveedor de la mercancía, los intermediarios del mercado cambiario y entidades financieras del exterior. El Banco de la República podrá solicitar la información que considere pertinente para efectuar el seguimiento de las financiaciones a que se refiere el presente artículo.

A su vez, el artículo 72 de la **Ley 488 de 1998** señala:

Control cambiario en la introducción de mercancías.

El artículo 6. de la Ley 383 de 1997 quedará así:

"Artículo 6. Se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras. En estos eventos el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso.

La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía, establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica.

Igualmente se presume que existe violación al régimen cambiario cuando el valor declarado de las mercancías sea inferior al valor de las mismas en aduanas. En estos eventos, el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de liquidación oficial de revisión de valor.

La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto de la diferencia entre el valor declarado y el valor en aduana de la mercancía establecido por la DIAN en la liquidación oficial de revisión de valor".

El artículo 3 del **Decreto 1092 de 1996**, modificado por el artículo 1º del Decreto **1074 de 1999**, señala:

"Sanción. Las personas naturales o jurídicas y entidades que infrinjan el Régimen Cambiario en operaciones cuya vigilancia y control sea de

competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán sancionadas con la imposición de multa que se liquidará de la siguiente forma:

"Declaración de cambio.

"a) Por no presentar la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, se impondrá una multa del uno por ciento (1%) del valor de cada operación no declarada, sin exceder de cien (100) salarios mínimos legales mensuales por cada operación no declarada;

"b) Por no exhibir cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales lo exija o no conservar la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, o los documentos que acrediten el monto, origen y destino de las divisas y demás condiciones de la operación, se impondrá una multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales;

"c) Por presentar extemporáneamente la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, se impondrá una multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales por mes o fracción de mes de retardo, sin exceder de diez (10) salarios mínimos legales mensuales;

"d) Por presentar la declaración de cambio, o el documento que haga sus veces, con datos falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, se impondrá una multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales por cada operación.

No habrá infracción cambiaria cuando se trate de errores cuya aclaración o actualización en la declaración de cambio sea permitida por el Régimen Cambiario.

"Operaciones canalizables a través del mercado cambiario.

"e) **Por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de las operaciones obligatoriamente canalizadas definidas en el Régimen Cambiario y cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se impondrá una multa del doscientos por ciento (200%) del monto dejado de canalizar;...** (Negrillas de la Sala).

El Consejo de Estado¹, al estudiar lo referente a la competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en materia de régimen cambiario, se ha pronunciado desde vieja data, y ha venido recogiendo

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente. MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008) Radicación número: 25000 23 24-000 2002-00310-01 Actor: DISTRITO COLOMBIANO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia: APELACION SENTENCIA.

argumentos que avalan la teoría positiva en este sentido. Así lo dejo plasmado en el precedente que, *in extenso* proporciona claridad en torno al tema.

...A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se le atribuyó competencia para ejercer las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones.

...De lo que ha quedado reseñado concluye la Sala que es indudable la competencia que tiene la DIAN para ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones del régimen cambiario, en las materias a que se contrae el artículo 3° del Decreto 2116 de 1992, esto es, "importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones", que eran del conocimiento de la extinta Superintendencia de Cambios.

Igualmente ha tenido oportunidad de pronunciarse² en torno a las operaciones sujetas a canalización en el marco del régimen cambiario, así:

...el mercado cambiario "estará constituido por la totalidad de las divisas que deban canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación. También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esta obligación, las canalicen voluntariamente a través del mismo". El artículo 7°, ibídem, señala las operaciones de cambio que obligatoriamente deben canalizarse a través del mercado cambiario, así: "1.- Importación y exportación de bienes; 2.- Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas; 3.- Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas; 4.- Inversiones de capital colombiano en el exterior así como los rendimientos asociados a las

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO Bogotá, D. C., nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010) Radicación número: 25000-23-24-000-2003-01194-01 Actor: EL ESPACIO J. ARDILA C. Y CIA. S.C.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES Referencia: APLICACION SENTENCIA.

mismas; 5.- Inversiones financieras en títulos emitidos o en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario; 6.- Avaluos y garantías en moneda extranjera; 7.- Operaciones de derivados y operaciones peso-divisas". Lo anterior significa que la financiación de importaciones, está contemplada como operación de cambio que de manera obligatoria debe canalizarse a través del mercado cambiario. La norma dispone que pueden financiar importaciones: (i) el proveedor de la mercancía, (ii) los intermediarios del mercado cambiario y (iii) las entidades financieras del exterior. ...A su turno, el artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 dispone que la financiación de las importaciones a un plazo superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha de conocimiento de embarque o guía aérea, constituye una operación de endeudamiento externo que, como tal, debe cumplir con los requisitos de dicha norma. La consecuencia de incumplir esa obligación o cualquiera que impone el régimen cambiario respecto de las operaciones de cambio, por disposición expresa del artículo 4º de la aludida resolución da lugar a sanciones previstas en disposiciones especiales. Por consiguiente, cuando se trate de verificar el cumplimiento de obligaciones relativas a la canalización, lo primero que se ha de dejar en claro es i) la existencia de una operación de cambio; ii) el trámite o transacción que dio lugar a la misma, de los previstos en el artículo 7º de la Resolución 21 y por ende iii), el conducto utilizado para la operación.

...Las pruebas allegadas demuestran que la operación objeto de la controversia es una operación de financiación de importaciones que, a la luz del artículo 10 de la Resolución Externa 23 de 1993, debe canalizarse a través del mercado cambiario y realizarse por los entes allí previstos. En efecto, dicha norma es clara cuando establece que la financiación de las importaciones constituye una operación cambiaria, la cual debe adelantarse o diligenciarse a través de cualquiera de los tipos de entidades específicas a saber: 1. El proveedor de la mercancía 2. Los intermediarios del mercado cambiario y 3. Las entidades financieras del exterior... Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que lo que se llevó a cabo fue una operación de endeudamiento externo, según el

numeral 3.1. de la Circular Reglamentaria Externa 01 de 12 de enero de 1999 del Banco de la República, "la financiación de importaciones a un plazo superior a seis (6) meses, contados a partir de la fecha del documento de transporte, constituye una operación de endeudamiento externo", entonces también resulta aplicable a dicha conducta, la obligación de canalizarla a través del mercado cambiario tal como lo establece el artículo 7 de la Resolución Externa 8 de 2000, y la misma debió efectuarse entonces, por conducto de los entes señalados en la lista autorizada por el Banco de la República. A la actora se le atribuyó el incumplimiento de la referida obligación o deber que le imponía el artículo 10 de la Resolución 21, y 10 de la Resolución 8 de 2000, consistente en que "Los residentes en el país deberán canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones". Al mismo tiempo, se le aplicó la sanción señalada en el artículo 3º, literal h), del Decreto 1092 de 1996, modificado por el artículo 1º del Decreto 1074 de junio 26 de 1999, por "Operaciones indebidamente canalizadas a través del mercado cambiario, y consistente en multa del doscientos por ciento (200%) del valor canalizado, "por canalizar a través del mercado cambiario como importaciones o exportaciones de bienes, o como financiación de éstas o aquéllas, montos que no se deriven de las mencionadas operaciones obligatoriamente canalizables".

Para la Sala, de lo hasta aquí expuesto, se entiende básicamente:

- Que pueden existir en varios cuerpos normativos, preceptos legales que contengan requisitos, obligaciones y/o deberes a cargo de los sujetos que intervengan dentro del Régimen Cambiario Colombiano.
- Que la DIAN ejerce funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario.
- Que la inobservancia de requisitos, obligaciones y/o deberes a cargo de los sujetos que intervengan dentro del Régimen Cambiario Colombiano, frente a obligaciones de resorte de la DIAN ocasiona, de manera ineludible, la imposición de sanciones conforme a dicho Régimen, y que la responsabilidad en estos casos resulta ser objetiva.

- Que es indispensable que se encuentre de manera previa, la constitución de los requisitos, obligaciones y/o deberes a cargo de los sujetos que intervengan dentro del Régimen Cambiario Colombiano, al momento de imponer sanciones por la no observancia de los mismos, pues de lo contrario sería una violación al Principio de Legalidad.
- Que los residentes en el país deben canalizar a través del mercado cambiario las divisas para pagar el valor correspondiente a las transferencias comerciales en el exterior – importaciones -.
- Que resulta posible el inicio de una investigación cambiaria que concluya con una sanción de esta naturaleza en cabeza del propietario de una mercancía sometida a operación de importación.
- Y por último, que la DIAN, tiene plena facultad de iniciar investigación y sancionar en materia cambiaria, facultad en la que se resalta el carácter que el legislador le impregnó a este tipo de responsabilidad –objetiva-.

CASO EN CONCRETO.

Pruebas relevantes.

- Resolución 000696 de fecha 16 de abril de 2008, por la cual se impone una sanción cambiaria a la empresa FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA., (F. 57 a 64). Se resuelve en dicho acto: *Imponer una sanción a la empresa FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SICESORES LTDA., por valor de ciento dieciocho millones doscientos veintitrés mil dos pesos (\$118.223.002), equivalente al 200% del valor dejado de canalizar, por violar los artículos 2, 7 y 10, inciso 1º de la Resolución Externa 8n de 2000 de la J. Directiva del Banco de la República, y sus modificaciones adoptadas por el mismo organismo, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor total correspondiente a las mercancías amparadas con factura N° 9969179 de junio 11 de 2004”.*

- Resolución 001271 de 18 de julio de 2008, por medio del cual se resuelve recurso de reposición, confirmando la anterior decisión.

De los anteriores actos se destacan como hechos no discutidos por la parte accionante, y además verificados con el respectivo expediente administrativo, los siguientes:

- A través de oficio 008725 de julio 21 de 2006, se dirigió a la Jefe del grupo RILO de la Subdirección de Fiscalización Aduanera para obtener copia consularizada y verificar la autenticidad de la factura sin número de junio 7 de 2004 soporte de la declaración de importación N° 3470101010659164 de junio 25 de 2004, y expedida por el proveedor en el exterior DURAMAX MARINE LLC, y para que éste mismo certificara clase, cantidad, precio de venta de la mercancía relacionada en dicha factura, condiciones de entrega cancelación del costo y forma de pago.

Lo anterior obtiene respuesta, - folio 142 y 143 del expediente - por parte del proveedor requerido, y, según traducción visible a folio 138, éste indicó:

"Hemos revisado nuestros expedientes internos y no hemos encontrado una factura que hubiera sido despachada a la aduana colombiana en la fecha que usted ha indicado. Tuvimos una transacción en Colombia en 2004 que fue relacionada con la venta de ciertos cojinetes especialmente producidos a un cliente Colombiano, Ferretería Ignacio Sierra Sucesores Ltd. ("FISS").

La transacción era de partes que se fabrican especialmente para la orden, y en estos casos, donde tenemos un cliente afuera, nuestros términos están para pagar por lo menos el 50% por adelantado, y el saldo del pago debido en el plazo de dos a cuatro semanas del recibo de las mercancías.

La fecha del documento que usted se refirió no corresponde con un documento que sería utilizado para el despacho de aduanas. Hay una factura para el pago por adelantado cuyos términos fueron convenidos entre FISS y nosotros, que se fecha de junio 7 de 2004. Esta factura precede

el envío por varios días. La factura que se relaciona con la aduana Colombiana es fecha de junio 11 de 2004. (copia adjunta).

De una revisión de nuestros archivos, aparece que una factura del pago de piezas que fue enviada a nuestro promotor de carga, Pilot Air de junio 7 de 2004, por error. Este error administrativo fue corregido rápidamente el 11 de junio de 2004, PILOT AIR pidió que le enviáramos las facturas para el despacho de aduanas directamente a su agente en Cartagena. Es nuestra practica y mi creencia que nuestro administrador de exportación envió esta factura el mismo día UPS"

A folio 144 a 147 reposa la factura de fecha junio 11 de 2004, de la cual da cuenta el citado proveedor (*REGULAR INVOICE*), figurando como vendedor DURAMAX MARINE LLC y como comprador FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA., conteniendo además una relación detallada de la mercancía, arrojando un valor total de la negociación de US\$ 53.583.00.

A folio 127 figura la factura que el actor afirma, corresponde a la real obligación adquirida con el proveedor en el exterior DURAMAX MARINE LLC, relacionándose como valor de la mercancía US\$ 30.782.32. – 7 de junio de 2004 -.

A folio 93 del expediente se verifica la *DECLARACIÓN DE CAMBIO POR IMPORTACIONES DE BIENES FORMULARIO N° 1 CIRCULAR REGLAMENTARIA EXTERNA DCIN-83 DE NOVIEMBRE 21 DE 2003*, por la cual FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES LTDA., canalizó por el mercado cambiario l suma de US\$ 26.791.

De las pruebas aportadas al proceso y el análisis normativo arriba reseñado, la Sala concluye que la Sociedad actora incumplió con la obligación que le imponían las normas atinentes al Régimen de Cambio, pues en virtud de la operación de introducción al territorio nacional de mercancías de procedencia extranjera - en su calidad de comprador que se encuentra en territorio Colombiano y que ejerce una actividad de comercio con cruce de monedas internacionales -, debía atender lo concerniente a la canalización de cambio de divisas, obligación ésta que se imponía observar con ocasión del pago del precio de la mercancía en el exterior.

Al respecto se advierte del simple ejercicio de verificación del valor de la negociación en el exterior alegado por el actor; aquel sometido a verificación en el exterior, y de aquellos que dan cuenta las probanzas a las que nos hemos referido, que evidentemente existe una disparidad entre los valores consignados en la factura de fecha 7 de junio de 2004, la cual concreta su valor a US\$ 30.782.32, y de aquella en la que se ratifica el proveedor en el exterior, esto es, aquella por valor US\$ US\$ 53.583.00.

El análisis de los antecedentes administrativos que dieron origen a la sanción cuya legalidad deja en entredicho la parte actora, frente a lo que efectivamente fue canalizado por el hoy actor, permite tener por demostrado, que en efecto la factura de fecha 7 de junio de 2004, que FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESTORES LTDA., aportó como documento soporte a la declaración de importación 34701010619164 de 25 de junio de 2004, revelaba dudas en cuanto a su monto.

Se advierte claramente que la parte demandante no discute el valor de moneda declarado por concepto de cambio por importación de bienes, y que reposa en el formulario N° 1 visible a folio 93, por valor de US 26.791, monto éste que no corresponde ni al valor totalizado de la factura de 7 de junio de 2004, por US\$ 30.782.32, ni a aquella que aporta el proveedor en el exterior, por valor US\$ 53.583.00., sin embargo, debe hacer notar la Sala, tal y como acertadamente lo consideró la Juez de primera instancia, que el documento de cambio aludido se consignó la siguiente anotación en manuscrito: *50% cancelación valor de la mercancía – Despacho de mercancía después de cancelado el 50% de su valor.*; si acudimos a la certificación del proveedor en el exterior, se destaca como afirmación relevante, que la factura de 11 de junio de 2004 da cuenta de la única transacción comercial que DURAMAX MARINE LLC tuvo con el hoy actor, y que por regla general, cuando negocia con clientes en el exterior debe cancelarse por lo menos el 50% del valor pactado.

Si dividimos la suma de US\$ 53.583.00 entre dos, el resultado que arroja es de US\$ 26.791.50, valor este que coincide de manera exacta con lo declarado

por FERRETERÍA IGNACIO SIERRA SUCESORES por concepto de canalización a través de BANCOLOMBIA, lo que desvirtúa la tesis del apelante, especialmente en lo que se refiere a que el documento aportado por DURAMAX corresponde a una cotización que no puede tomarse como factura, pues el ejercicio de canalización que posteriormente realiza es precisamente con base en este documento, y que, de acuerdo con su contenido consularizado, si debió ser atendido por la DIAN como documento que cumplía el lleno de requisitos para ser considerado como factura, referente además para determinar que la canalización se hizo por un monto inferior a la real obligación adquirida en el exterior.

En todo caso se destaca, que no es el valor de US\$ 30.782.32 con el cual se realiza la operación de canalización, y que si la sociedad demandante negoció por tan sólo el 50% del valor indicado en la factura de 11 de junio de 2004, tal circunstancia debió quedar debidamente soportada y allegada ante la correspondiente autoridad aduanera, demostrando tal hecho, lo cual no ocurrió; de ahí que se haga evidente un actuar en el marco de legalidad de parte de la DIAN, quien se limitó a verificar los supuestos previstos en la norma pertinente y aplicar las consecuencias jurídicas que de estas mismas se derivaban.

Encuentra entonces la Sala, que la parte actora elabora unos cargos que como se ha venido indicando no resultan prósperos frente a la actuación administrativa que realiza el Estado, pues sólo logran verificarse unas responsabilidades que no fueron atendidas, y que dado el carácter objetivo del régimen cambiario, no le resultaba válido ni posible, intentar sustraerse de sus obligaciones, alegando unas circunstancias no acreditadas, por lo que se concluye, que la parte actora incumplió objetivamente el Régimen Cambiario colombiano, frente a una obligación que cobra vigencia, ante la denominada "infracción cambiaria"; trasgresión a la cual le corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de las disposiciones legales en cita y la protección del orden público económico, aún sin que se hubiere materializado un daño al Estado, pues tal y como lo ha interpretado el

Consejo de Estado³, sobre tal argumento basta decir, que se hace acreedor a las sanciones previstas en el régimen cambiario quien incumpla las obligaciones allí consagradas, sin que resulte válido alegar causal eximente de responsabilidad u otra circunstancia ubicada dentro del plano subjetivo, pues lo cierto es que son las normas constitutivas del régimen cambiario las que consagran los mecanismos legales arriba indicados; de ahí la descripción de conductas y sanciones en ellas contenidas, y no los destinatarios de las mismas.

Así, al no lograrse desvirtuar por parte del demandante, el Principio de Legalidad que recae sobre los actos administrativos demandados, se procederá a confirmarse el fallo apelado.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones introducidas por la Ley 446 de 1998, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta y uno (31) de enero de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, acogiendo la Sala razones adicionales a las consideradas por la Jueza *a quo*.

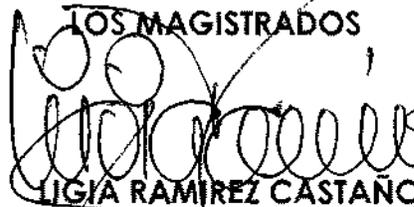
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

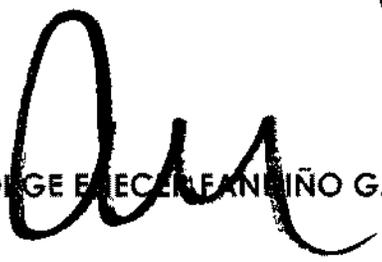
³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA CP. MARIA IVARH GARCIA GONZALEZ Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número 25000-23-24-000-2005-01291-01 Actor: MARIN PRADA INVERSIONES S EN C S Y OIROS Demandado: DIRECCION DE ADUANAS E IMPUESTOS NACIONALES Referencia: APELACION SENTENCIA

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

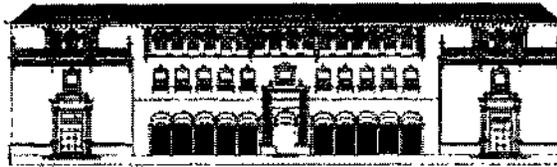
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE E. ECHEVERRIÑO GALLO

Gmh


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1319
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION CONTRACTUALES
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: SOCIEDAD D' COBROS LTDA
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-005-2008-00013-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TRECE (13) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias, D. T y C., Noviembre trece (13) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 295 -/2013

Tema: Caducidad de la acción

Magistrada de Descongestión : LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: CONTROVERSIAS CONTRACTUALES
Radicación: 13001-33-31-005-2008-00013-01
Demandante: SOCIEDAD D´COBROS LTDA.
Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

La Sala de Decisión 004 de Decisión de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011, PSSA12 9201 de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre de dos mil once (2011), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena de Indias D.T. y C., mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se declaró inhibido el juzgado para decidir de fondo en este asunto.

I. ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA.

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la SOCIEDAD D´COBROS LTDA. incoó demanda en ejercicio de la ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se declare que la entidad demandada incumplió el Contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con la actora, para el cobro de cartera morosa de los impuestos del Distrito; como

consecuencia de tal declaración, se condene al Distrito demandado apagar a la demandante la suma de \$66.749.733,00 que corresponden a los honorarios de los meses no cancelados por la demandada durante la ejecución del contrato; se reconozca y paguen los intereses de mora a que haya lugar de acuerdo con la cláusula 11ª del contrato, correspondientes a los periodos que exceden el límite inicial establecido en el contrato a partir de la presentación de las respectivas cuentas de cobro; que se liquide judicialmente el contrato de prestación de servicios y que en dicha liquidación se incluyan las indemnizaciones que resulten a favor de la sociedad demandante; se ordene el pago de intereses comerciales sobre las cantidades liquidadas reconocidas en la sentencia y se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que la providencia sea notificada.

HECHOS RELEVANTES.

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la SOCIEDAD D'COBROS LTDA. informa los siguientes hechos:

1. Que el día 27 de noviembre de 2002 celebró contrato de prestación de servicios con el DISTRITO DE CARTAGENA.
2. Que el objeto de dicho contrato consistía en la prestación de servicios profesionales de cobro de la cartera morosa de los impuestos del Distrito, a través de labores persuasivas, pre jurídica, de asesoría y apoyo al cobro coactivo.
3. Que, según la cláusula 20ª, el contrato se perfeccionó con la firma de las partes y el registro presupuestal y, para su ejecución, se requería del pago de derechos de publicación en la Gaceta Distrital, entendiéndose cumplido tal requisito.
4. Cumplidos los anteriores trámites, el contrato comenzó su ejecución a partir del 30 de septiembre de 2003, tal como consta en Acta de Iniciación del Contrato de la misma fecha.
5. Como remuneración y forma de pago se pactó entre los contratantes que la misma correspondía a los honorarios que deba recibir según el recaudo efectivo generado por la prestación de los servicios; esta se

hará en un porcentaje del 5.5% el cual se aplicará al monto de los recaudos efectivamente ingresados a las cuentas que para tal efecto abra el Distrito. También se reconoce un porcentaje de éxito del uno por ciento (1%) por la recuperación efectiva de la cartera establecida en cada año de vigencia del contrato. El pago se hará dentro del término de treinta días contados a partir de la presentación de la cuenta de cobro que corresponda a la facturación mensual de los honorarios sobre lo efectivamente recaudado, previa aprobación de interventoría. El valor de los honorarios equivalentes al porcentaje de éxito se facturará por cada año durante su vigencia, según la metodología señalada aceptada por el DISTRITO.

6. La duración del contrato fue de un (1) año y el mismo era revisable cada seis meses, y su continuidad dependía del cumplimiento de las metas respectivas.
7. La sociedad demandante cumplió a cabalidad con las obligaciones contraídas en el contrato, acometiendo el cobro de los impuestos asignados y consignando las sumas recaudadas por este concepto a la cuenta destinada para tal fin.
8. Pese a los múltiples requerimientos hechos para el pago dentro de las oportunidades señaladas en el contrato, las certificaciones y aprobaciones expedidas por interventoría, la parte demandada incurrió en mora de pagar los honorarios pactados durante los meses de diciembre de 2003, enero a julio de 2004 y septiembre de la misma anualidad.
9. El contrato terminó con acta de recibo final suscrita por las partes el día 24 de septiembre de 2004, y no fue liquidado.
10. El 27 de septiembre de 2005 la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Distrito de Cartagena le informó a la Secretaría de Hacienda Distrital que el contrato no sería liquidado al no contar con disponibilidades presupuestales correspondientes a los años 2004 y 2005, razón por la cual el pago debía efectuarse previa conciliación en materia administrativa.
11. Tal decisión le fue notificada a la sociedad demandante a través de misiva de octubre 12 de 2005.
12. Acatando lo sugerido por el DISTRITO DE CARTAGENA se convocó ante el Ministerio Público una audiencia de conciliación con la demandada.

13. La audiencia de conciliación fue celebrada en las instalaciones del Ministerio Público, tal como consta en acta de agosto 3 de 2006, lográndose acuerdo por la suma de \$66.748.733,49, sin reconocimiento de intereses, ni honorarios, hasta los 18 meses siguientes al recibo en la Alcaldía del oficio remitario de la Procuraduría Judicial II acompañando el acta de conciliación y de la providencia aprobatoria del Tribunal Administrativo de Bolívar con la constancia de ejecutoria.
14. Surtido el trámite anterior, el acuerdo pasó al Tribunal Administrativo para su posterior aprobación, pero en virtud de la entrada en funcionamiento en el país de los Juzgados Administrativos y la competencia otorgada a estos, la probación quedó bajo la órbita del Juzgado Noveno Administrativo, quien mediante providencia adiada en diciembre 7 de 2006 decidió improbar el acuerdo de la referencia.
15. Inconforme con la anterior decisión la sociedad demandante interpuso recurso de apelación que conoció el Tribunal Administrativo de Bolívar, el que luego de analizar la materia discutida decide confirmar la providencia del a-quo.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS no dio contestación a la demanda

3. SENTENCIA IMPUGNADA.

La Juez Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena profirió sentencia el día veintiocho de octubre de dos mil once (2011), a través de la cual adoptó las siguientes decisiones:

"PRIMERO: Declarar de oficio la excepción de inepta demanda por caducidad de la acción.

SEGUNDO: Declararse inhibido para decidir de fondo el presente asunto.

(...)"

Estimó la juez a-quo que el contrato que vinculó a las partes terminó el día 24 de septiembre de 2004 y debía ser liquidado de mutuo acuerdo a más tardar a los cuatro meses de su terminación, que en caso que ello no se lograra, la administración podía hacerlo unilateralmente dentro de los dos meses

siguientes, plazo que venció el 28 de marzo de 2005; que el término de caducidad de la acción debía contarse a partir de esta fecha y vencía el 28 de marzo de 2007; que, la sociedad actora presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, en la cual se levantó acta de conciliación el 3 de agosto de 2006, por lo cual el término de caducidad no habría corrido hasta por un término de 60 días, es decir hasta julio 4 de 2007 y la demanda fue presentada en enero 28 de 2008, cuando ya la acción contractual había caducado.

4. RECURSO DE APELACIÓN¹.

La parte demandante, a través de su apoderado judicial, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2011, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A. con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 1395 de 2010, solicitando su revocatoria para que en su lugar se imponga condena en contra del Distrito de Cartagena.

Sustenta su recurso afirmando que el término de caducidad de la acción debe contarse desde la comunicación de octubre 12 de 2005, por medio de la cual se comunicó a la demandante la devolución del proyecto de acta de liquidación del contrato por la ausencia de disponibilidades presupuestales, de manera que el término de caducidad vencía el 30 de enero de 2008 y por ello la demanda fue presentada en tiempo. Afirma que también se deben tener en cuenta los días de vacancia judicial, los días feriados y las suspensiones por paro judicial.

5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto calendarado el 30 de abril de 2012, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 225); y, con providencia adiada en Octubre 29 de la misma anualidad, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 251).

En esta oportunidad procesal la parte demandante se ratificó en los argumentos expuestos para sustentar el recurso de alzada; y la parte

¹ Ver folios 228 a 235.

demandada presentó sus alegaciones finales dentro del término legal, reclamando la confirmación de la sentencia de primera instancia.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto en este asunto.

7. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, la Dra. MARCELA LOPEZ ALVAREZ expresa que se encuentra impedida para participar en la decisión final de este asunto, como quiera que siendo titular del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de esta ciudad le correspondió adoptar decisión de no aprobación sobre la conciliación extrajudicial adelantada por las partes.

El art. 150 del C.P.C., prevé las situaciones en las que los jueces de la República deben declararse impedidos y, la manifestación que hace la Dra. LOPEZ ALVAREZ da lugar a que se configure la situación prevista en el numeral 2º de la dicha disposición, al haber conocido del proceso en instancia extrajudicial anterior, se aceptará el impedimento que por ella ha sido expresado.

Adicionalmente, como no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, en razón de ello se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia adiada el 28 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta el objeto del recurso interpuesto por la demandante, se deberá determinar si en este caso ha caducado la oportunidad para incoar la acción de controversias contractuales.

3. TESIS DE LA SALA.

Con un fundamento legal diferente al tenido en cuenta por la juez de primera instancia, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto declaró la caducidad de la acción; pero, la modificará, en lo que se refiere a la inhibición para resolver de fondo este asunto, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

LA CADUCIDAD DE LA ACCION DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Sabido es por las partes que la caducidad corresponde al término previsto por el legislador para que se pueda ejercitar válidamente una acción judicial, deben atenderse las especiales reglas previstas en el art. 136 del C.C.A., pues de lo contrario el administrado perderá la oportunidad para reclamar judicialmente la efectividad de los derechos que estima le han sido conculcados por la Administración.

En cuanto se refiere a las acciones contractuales, la norma en cita ha previsto como término general de caducidad de la acción el de dos (2) años, pero lo ha sujetado su cómputo a las siguientes reglas:

10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

En los siguientes contratos, el término de caducidad se contará así:

a) En los de ejecución instantánea, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes, contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;

c) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada de común acuerdo por las partes, a más tardar dentro de los dos (2) años, contados desde la firma del acta;

d) En los que requieran de liquidación y ésta sea efectuada unilateralmente por la administración, a más tardar dentro de los dos (2)

años, contados desde la ejecutoria del acto que la apruebe. Si la administración no lo liquidare durante los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto del establecido por la ley, el interesado podrá acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar;

e) <Literal condicionalmente EXEQUIBLE> La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años, contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la Ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia".

f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento.

Sobre el tópico que concierne a la caducidad de la acción de controversias contractuales también se ha pronunciado el Consejo de Estado, para ratificar la bienalidad del término de caducidad de la acción, como se lee a continuación:

CADUCIDAD DE LA ACCION CONTRACTUAL - Contabilización a partir de la liquidación final unilateral o bilateral / ACTA DE LIQUIDACION DEL CONTRATO - Fija el término de caducidad de la acción / ACCION CONTRACTUAL - Término de caducidad. Cómputo

Y es que de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala había distinguido que en materia contractual y con ocasión de cualquiera de las diferencias y conflictos que se presentaran en la relación comercial, el plazo para intentar la acción principia bien desde la terminación del contrato por cumplimiento del objeto si él mismo era de ejecución instantánea o no requería de liquidación, o desde cuando proceda la liquidación en los contratos de ejecución sucesiva. Al respecto, en Sentencia de 22 de junio de 1995, se señaló lo siguiente: "La Sala se aparta de la tesis que llevó al tribunal a declarar la caducidad parcial de la acción, por cuanto la relación comercial entre las partes fue una sola, iniciada con la suscripción del contrato y definitivamente terminada, con la liquidación final lograda de mutuo acuerdo. Es apenas en el momento de realizarse éste último acto, ya sea de mutuo acuerdo o unilateralmente en caso de no lograrse el concurso, cuando las partes saben en que estado financiero quedaron, si están o no conformes con las cuentas liquidadas. Para el contratista este

momento es particularmente importante, dado que es la oportunidad en la cual conoce con certeza cuánto se le va a pagar y que reconocimientos económicos le hará la administración. "Pretender que el término de caducidad corra en forma independiente para cada pago que se haga en la ejecución del contrato, afectaría la relación entre los contratantes, dado que atenta la confianza que debe existir entre ellos para que pueda lograrse la satisfactoria ejecución del contrato. De tal suerte que, para formular la acción contractual, cuando se trata de contratos en los cuales se debe realizar liquidación, la regla general es que ese plazo se cuenta desde la fecha en que se suscribe la misma cuando esta es de mutuo acuerdo, o desde la fecha en la cual queda en firme el acto administrativo mediante el cual la administración la realizó unilateralmente y, en consecuencia, cualquier reclamo, como puede ser el pago no oportuno de actas de obra, debe efectuarse por vía judicial dentro del bienio establecido en el artículo 136 del C.C.A.²

En relación con aquellos contratos en los que no se produce la liquidación del mismo, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha hecho las siguientes precisiones:

ACCION CONTRACTUAL - Término de caducidad. Cómputo / LIQUIDACION DEL CONTRATO - Término / CONTRATO QUE DEBE LIQUIDARSE - Término de caducidad. Compuo

En relación con el término de caducidad de las acciones ordinarias, entre ellas la contractual, el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo prevé que esta acción caduca a cabo de dos años, los cuales se cuentan a partir del día siguiente de los motivos de hecho o de derecho en que se fundamentan, dependiendo del tipo de contrato. Por su parte la Ley 80 de 1993 establece, en su artículo 60, el procedimiento para la liquidación de los contratos y prevé los términos para liquidarlos. De conformidad con el anterior conjunto normativo, el término de caducidad de la acción de controversias contractuales, cuando se trate de contratos que deban liquidarse, es de dos (2) años contados a partir de la liquidación del mismo o del vencimiento del término previsto para su realización, de acuerdo con los parámetros indicados. Para determinar si la demanda interpuesta en ejercicio de la acción contractual fue presentada dentro del término legal, o si, por el contrario, la acción ya se encontraba caducada para el momento en que se presentó la demanda, la Sala contabilizará el término legal a partir del momento en que se debió liquidar el contrato. De conformidad con lo anterior, se impone concluir que las partes podían liquidar el contrato de mutuo acuerdo dentro de los dos (2) meses siguientes a su terminación; sin embargo, como el contrato no inició su ejecución el término para la misma nunca corrió, motivo por el cual dicho término debe contabilizarse a partir de la fecha en que las partes

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA- Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá, D.C. , veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007). Radicación número: 68001-23-15-000-1995-01233-01(16370)

acordaron, mediante reunión celebrada en el mes de marzo de 2002, liquidar el contrato, esto es desde el día 17 de julio de 2002. Habida cuenta que dicho plazo feneció sin que las partes liquidaran bilateralmente el contrato, la entidad estatal debió hacerlo de forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término que tenían las partes para hacerlo de mutuo acuerdo, es decir, desde el 18 de julio de 2002 hasta el 18 de septiembre de ese mismo año. Nota de Relatoría: auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha agosto 2 de 2006, exp. 32.308. M.P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.³

Ahora bien, en cuanto a la forma de contabilizar los meses y años a que se refiere la norma en cita, es necesario remitirnos a las previsiones contenidas en el art. 121 del C.P.C.; según el cual en los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia el despacho no se abra al público, es decir que se contarán como días hábiles; y, los términos de meses y años correrán de acuerdo al calendario,

Sentados los anteriores parámetros, se aborda el estudio del recurso de alzada en los siguientes términos.

CASO CONCRETO

La juez de primera instancia ha declarado, de manera oficiosa, la ocurrencia de la caducidad de la acción en este proceso y, en consecuencia, se ha declarado inhibida para adoptar una decisión de fondo en este asunto. Contra tal decisión ha sido interpuesto recurso de apelación por la sociedad demandante, razón por la cual debe este Tribunal determinar si tal fenómeno jurídico se ha configurado, o no, en este juicio.

Lo primero que debe hacer esta Sala es determinar si el contrato celebrado por las partes requería, o no, liquidación a su finalización, circunstancia que resulta evidente de la lectura de la cláusula vigésima quinta (25) del mismo, en la que se lee:

“CLAUSULA VIGESIMA QUINTA: LIQUIDACION DEL CONTRATO: La liquidación de este contrato se sujetará a las normas y procedimientos contemplados en el Estatuto de Contratación Estatal contenido en la Ley

³ CONSEJO DE ESTADO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá D.C., julio diecinueve (19) de dos mil siete (2007). Radicación número: 88001-23-31-000-2006-00053-01(33803)

80 de 1993 y normas que lo han desarrollado, o en las disposiciones que la modifiquen o sustituyan."

Como se advierte, la cláusula transcrita no hace referencia a un plazo o término concreto dentro del cual se debía efectuar la liquidación del contrato, sino que remite en un todo a la aplicación del procedimiento que para ello fija el Estatuto de la Contratación Estatal, previsto en la Ley 80 de 1993, que en su art. 60, antes de ser modificado por la Ley 1150 de 2007, prescribía:

Art. 60. Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los cuatro (4) meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

Aquí es necesario dejar constancia que se tendrá como referencia la norma en cita, sin las modificaciones que posteriormente le fueron introducidas por la Ley 1150 de 2007, como quiera que esta entró en vigencia el 16 de enero de 2008 y el contrato que aquí nos ocupa terminó en septiembre de 2004, de manera que, de acuerdo con las disposiciones previstas en el art. 38 de la Ley 153 de 1887, en todos los contratos va implícita la ley vigente al tiempo de su celebración, con excepción de aquellas que se refieran a la forma de reclamar los derechos judicialmente; y, en cuanto hace referencia al cómputo de los términos de caducidad y prescripción se atenderá lo previsto en el art. 40 ibídem, que dispone que los términos se regirán por la ley vigente a la iniciación de los mismos⁴.

Ahora bien, de la lectura sistemática del art. 60 de la Ley 80 de 1993 y el art. 136 del C.C.A., se concluye que, a partir del día siguiente a aquel en que finaliza el contrato estatal se inicia el cómputo de los primeros cuatro (4) meses, dentro

⁴ ARTÍCULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

1. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y
2. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado, la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

ARTÍCULO 40. "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

de los cuales deben las partes contratantes procurar la liquidación de común acuerdo; vencido dicho término se inicia un nuevo plazo de dos (2) meses, dentro del cual la administración debe liquidar el contrato en forma unilateral al no haber logrado acuerdo alguno con su contratista y, finalmente, al vencimiento de este término se inicia el cómputo del correspondiente a la caducidad de la acción.

En este caso el contrato celebrado por las partes finalizó el 24 de septiembre de 2004, pues así lo informa el demandante en el hecho noveno de su libelo, de manera que a partir del día 25 de los mismos mes y año inició el plazo de cuatro (4) meses para lograr la liquidación contractual de común acuerdo y venció el día 25 de enero de 2005; y, hasta el día 25 de marzo de 2005, contando días calendario como obliga la ley y no como lo hizo la juez de primera instancia, se extendía el término para que se efectuara por la Administración demandada la liquidación unilateral del contrato.

A partir del día siguiente a esta última fecha se inició el término de caducidad de la acción, de dos (2) años, fijándose su vencimiento para el día **26 de marzo de 2007**, que fue interrumpido el día 21 de octubre de 2005 en virtud de la iniciación del trámite administrativo de conciliación extrajudicial. A esta fecha habían transcurrido 6 meses y 25 días, restando entonces quince (17) meses y cinco (5) días para su extinción.

Ahora bien, la juez de primera instancia encontró que el término de caducidad de la acción había sido interrumpido por 60 días de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60 de la Ley 446 de 1998 en cuanto modificó el art. 60 de la Ley 23 de 1991; sin embargo, advierte la Sala que tal disposición ya había sido derogada por el art. 21 de la Ley 640 de 2001, en el que se lee:

ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable

De acuerdo con esta disposición, la suspensión del término de caducidad de la acción opera en los siguientes eventos:

1. Desde la presentación de la solicitud y hasta que se logre el acuerdo conciliatorio;
2. Desde la presentación de la solicitud y hasta que se expida la constancia de haber sido fallido el intento de conciliación extrajudicial; o,
3. Hasta el vencimiento del término de tres (3) meses.

Debe tenerse presente que la norma se refiere a lo que ocurra primero, de manera que más allá de ese término de tres (3) meses, sea que se logre el acuerdo conciliatorio o no, el término de caducidad de la acción se reanuda hasta su finalización.

Entonces, habiéndose introducido la solicitud de conciliación extrajudicial el día 21 de octubre de 2005 y lográndose acuerdo entre las partes el día 3 de agosto de 2006, debe la Sala concluir de manera imperativa que se superó el término de tres (3) meses al que refiere la norma antes citada y, por tanto, el término de caducidad de la acción **sólo se suspendió hasta el día 21 de enero de 2006**, reiniciándose el día 22 y, su cómputo final, de diecisiete (17) meses y cinco (5) días, venció el **27 de junio de 2007**.

Como quiera que la demanda introductoria de este proceso fue introducida el día **28 de enero de 2008**, se hace evidente que la acción se ha intentado por fuera del término de caducidad de la acción, lo que impone confirmar en este aspecto la decisión de primera instancia.

Empero, siendo la caducidad de la acción un presupuesto procesal, no procede declarar la inhibición para resolver de fondo el asunto sometido al conocimiento de la jurisdicción, sino despachar en forma desfavorable las súplicas de la demanda, ante la ausencia de dicho presupuesto.

En conclusión, se modificará la sentencia de primera instancia, en cuanto se declaró inhibido el juez *a-quo*, para en su lugar denegar las pretensiones de la demanda.

COSTAS

Atendiendo los parámetros establecidos en el art. 171 del C.C.A., con las modificaciones que le fueron introducidas por la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de fecha veintiocho (28) de octubre de 2011, dictada por el Juzgado Quinto Administrativo de Bolívar, el cual quedará así:

"**NEGAR** las pretensiones de la demanda incoada por la SOCIEDAD D'COBROS LTDA. contra el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, por legales diferentes las invocadas por la juez de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

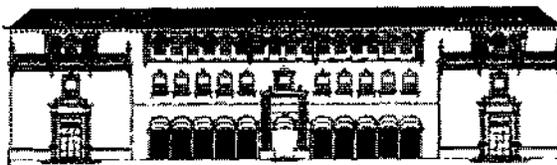
LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIEZER FANDINO GALLO

MARCELA LOPEZ ALVAREZ

(Con impedimento)



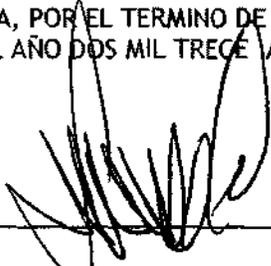
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1320
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLIVAR
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D-A-S
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2005-02433-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TREINTA Y UNO(31) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN N° 002

- SALA DE DECISIÓN 004 -

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

SENTENCIA No 283 ~~2013~~

Tema: *interpretación de norma*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Acción:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación:	13001-33-31-004-2005-02433-01
Demandante:	UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR
Demandado:	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S.

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSAA 8347 de 29 de julio de 2011, PSAA12 9201 de 1º de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, por la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN

DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S. para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

PRIMERA: Que es nula la resolución No. 1.279 fecha julio 5 de 2.005 proferida por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, por haberse expedido con violación de las normas legales a las que ha debido sujetarse.

SEGUNDA: Que por las mismas razones, es igualmente nula la resolución No. 129 del 13 de abril de 2.005, expedida por la Dirección Seccional D.A.S. Bolívar, en la medida en que confirmó en alguno de sus partes a la resolución No. 198 de fecha Agosto 24 de 2.004, proferida en contra de la Universidad Tecnológica de Bolívar.

TERCERA: Que por las mismas razones es nula la Resolución No. 198 del 24 de Agosto de 2.004, que impuso la sanción, con violación de las normas legales que debía sujetarse.

CUARTA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se restablezca en su derecho a la Universidad Tecnológica de Bolívar, y por lo tanto se le exonere del pago de sanción de las multas pretendidas por el DAS, motivado en el hecho que los contratos celebrados con ciudadanos extranjeros para ejercer como docentes se realizó con el lleno de los requisitos y autorizaciones correspondientes.

QUINTA: Se (sic) orden suspender el proceso administrativo de cobro fiscal, adelantado por el DAS contra mi representada, mientras se desarrolla y finaliza este proceso.

HECHOS

El soporte fáctico de los pedimentos, se concreta a lo siguiente:

Al ser la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR, una institución de educación superior sin ánimo de lucro, con el objetivo primordial de propender a la formación de personas, profesionales y de excelencia, comprometidos, con el desarrollo social y académicos, misionando a desarrollar en el estudiantado una formación investigativa, acorde con los avances científicos, y técnicos del mundo, moderno, a través de convenios de cooperación educacional, e intercambios con especialistas en diferentes áreas y estudiantes de todo el mundo. Para lograr dichos objetivos la universidad ha sido participe de convocatorias realizadas por gobiernos de diferentes países.

El 24 de agosto de 2004, la Dirección del Departamento Administrativo de Seguridad Seccional Bolívar, expidió la Resolución, N°. 198, mediante la cual impuso una multa a la Universidad Tecnológica de Bolívar, de 8 salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a VEINTIOCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$ 28.640.000), por no cumplir con lo establecido en los artículos 123 y 124 e incurrir en lo señalado en el N° 1, Literal L y numeral 2° del Decreto 2107 de 2001, por no cumplir con el deber de todo empleador de un extranjero, de informar la vinculación y desvinculación dentro de los 60 días calendarios siguientes a la iniciación o culminación de labores; por celebrar contratos comerciales con extranjeros sin el cumplimiento de los requisitos legales; y por propiciar o favorecer la permanencia irregular de extranjeros.

La entidad demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, contra la Resolución N°. 198 del 24 de agosto de 2004 aduciendo que la administración debía revocar o modificarla, por cuanto la vinculación de los extranjeros a la universidad había obedecido a:

- Convenios suscritos con el ICETEX – Consejo Británico para ofrecer profesores de inglés en centros docentes colombianos, otorgando el Gobierno una de cortesía a la ciudadana KENEE ELIZABETH, por lo que la obligación de dar aviso al DAS recaía en el ICETEX.
- Convenio para el intercambio cultural y desarrollo de agentes de cambios internacionales en AIESEC en Colombia y la Universidad, mediante la cual la estudiante de nacionalidad Checa LENKASOBOTKOVA fue escogida para el programa internacional de intercambios de practicantes, siendo la entidad AIESEC la obligada a dar aviso de su vinculación al DAS.
- Convenio de colaboración celebrado con la Universidad de Cienfuegos “Carlos Rafael Rodríguez”, quien envió al profesor ARMANDO PEREZ FUENTES, como asesor para la creación de programas de educación física y deportes en la Facultad de Ciencias Básicas de la universidad, quien detentaba un pasaporte especial, que no requería visa, en virtud el Convenio suscrito entre el Gobierno Colombiano y Cubano, con el cual no existía vínculo alguno laboral ni comercial ya que los valores a cancelar correspondían a su manutención y estadía.
- En relación con el ciudadano extranjero CARLOS JAVIER FERRIOLDORTICOS, tenía una visa que lo autorizaba para laborar en la Empresa Administrativa Industrial del Atlántico LTDA., y en razón de la excepción consagrada en el Art. 153

Decreto 2107 de 2001 podía ejercer la docencia universitaria, hasta por 8 horas semanales, previa comprobación de la idoneidad académica.

- Con relación al ciudadano MOISES RAMÓN QUINTANA ÁLVAREZ, la facultad que tenía la administración para imponer la sanción había caducado por haber trascurrido más de tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas, a la luz de lo preceptuado por el artículo 36 del C.C.A.
- **La extralimitación en que incurrió la administración al imponer la sanción ya que la ley establece multas de 1 hasta 12 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la administración sancionó por 36 smmlv, lo que contradice lo dispuesto por el artículo 137 numeral 3° del Decreto 2171 de 2001.**

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

Constitución Nacional: Artículos: 53 y 55
Código Contencioso administrativo Art. 84

Del extenso concepto de la violación establecido en la demanda, se resaltan los argumentos que se citan a continuación:

"Entonces no es de recibo el pronunciamiento impuesto por el Departamento Administrativo de Seguridad, en el sentido de exigir una autorización especial, para ejercer la docencia universitaria, además de la visa, lo cual no tiene asidero en la realidad ni en la norma, pretendiendo en su acto administrativos establecer obligaciones y requisitos diferentes a las consignadas en el mandato legal. Por consiguiente, esta clases de actuaciones constituyen restricciones ilegítimas al derecho, violando por ende, principios constitucionales y legales.

De otra parte hay que anotar contempla una excepción y es sabido que la técnica legislativa en materia de exenciones impone el legislador mencionar expresamente los casos que exceptúa de la regla general, habida cuenta de que las excepciones son de carácter restrictivo, por lo cual no es posible formularlas en términos generales o vagos, y es por ello que se establecen de forma clara y precisa de forma tal que no hay lugar a hacer interpretaciones, sino que del texto legal emanen las consecuencias jurídicas en forma sencilla." (...)

IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN IMPUESTA POR EL DAS.

"Efectivamente, el Departamento Administrativo de Seguridad, al imponer a mi representada UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR, una sanción consistente en veinticuatro (24) SMLMV por inobservancia de lo establecido en los artículos 123 y 127 del Decreto 2107 de 2001, consistente en el deber de todo empleador de exigir la presentación de los documentos respectivos a un extranjero y de informar al Departamento Administrativo de Seguridad, sobre su vinculación o desvinculación dentro de los sesenta (60) días siguientes a la iniciación o culminación de labores, por los extranjeros FERRIOLDORTICOS, FRASERTRYGVE, DARIORAU BORGES Y ARMANDO PÉREZ, (sic) violó el artículo 137 numeral 3° del Decreto 2107 de 2001, al imponer una pena mayor a la ordenada por el legislador, constituyendo claramente con dicha imposición una conducta lesiva, que rompe el equilibrio procesal y se desvía del mandato legal."

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD (D.A.S.)

A través de apoderado judicial designado para tal efecto, esta entidad contestó la demanda manifestado en lo pertinente lo siguiente:

(...) estos tienen la obligación de informar oportunamente a la autoridad correspondiente (DAS) sobre el ingreso, permanencia y regreso de extranjero (s) vinculados a los entes mencionadas por contrato de trabajo u otro medio, que en razón a su experiencia, calificación técnica, profesional o intelectual, contribuyan al desarrollo de actividades económicas, científicas, educativas de utilidad para el país, pues en Colombia se carece de los conocimientos y capacidades antes descritos.

En efecto, conviene precisar que los ciudadanos extranjeros pueden ingresar y permanecer en el territorio nacional para trabajar, cuando quiera que sea titulares de una visa que los ampare y autorice para hacerlo

en determinada empresa y ocupación, por lo tanto, en el caso que nos ocupa, los señores"...

(...) Como se observa, del acervo probatorio allegado a este asunto la Corporación Universitaria Tecnológica de Bolívar, sí incurrió en la violación al artículo 137 numeral 1 del Decreto 2107 de 2001 (vigente para la época de los hechos), pues vinculó a extranjeros (los señalados en este caso) sin el lleno de los requisitos legales, al favorecer la permanencia irregular de extranjeros, sin cumplir con su obligación legal de informar al Departamento Administrativo de Seguridad DAS entidad del estado que se encuentra respaldada legalmente para imponer multas, cuando quiera que se incurra en una de las causales establecidas en el mencionado artículo, y la entidad que represento sólo dio aplicación a la Ley.(...)

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 16 de Marzo de 2012, el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió:

FALLA:

"PRIMERO: Declarar la nulidad del primer punto del artículo primero de la Resolución 1279 de 5 de julio de 2005 expedida por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, solo por haber excedido el límite de las multas a imponer conforme lo normado en el numeral 3° del artículo 137 del Decreto 2107 de 2001, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

La sanción impuesta en el punto segundo del artículo primero de la Resolución 1279 de 5 de julio de 2005, permanece incólume por no haber sido objeto de cuestionamiento en la presente Litis.

SEGUNDO: En su lugar, declarar que el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD – DAS, debe fijar la sanción impuesta a la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR por no cumplir con lo establecido en los artículos 123 y 124 del Decreto

2107 de 2001, consistente en el deber de todo empleador de un extranjero de informar la vinculación dentro de los sesenta (60) días calendario a la iniciación de labores, hasta el monto permitido en el numeral 3° del artículo 137 del Decreto 2107 de 2001, con fundamento en las consideraciones de esta sentencia.

(...)

Lo anterior y en lo relevante bajo las siguientes consideraciones.

Consideró la Juez *a quo* que, en el *sub lite* quedó plenamente demostrado que la universidad Tecnológica de Bolívar, infringió los artículos 123 y 124 del Decreto 2107 de 2001, que regulaban las formalidades requeridas para contratar extranjeros en nuestro país, así como las obligaciones de los contratantes en materia inmigratoria, tales como, dar aviso al D.A.S. dentro de los 60 días calendarios siguientes a la iniciación de las labores, o de fomentar la permanencia ilegal de aquellos en el país, en aquellos casos en los cuales les hayan sido otorgadas visa de trabajo por un lapso determinado, y el empleador no de aviso al DAS al momento en que finalicen su contrato.

No obstante lo anterior, la Juez de primera evidenció que la entidad demandada graduó de forma incorrecta la sanción impuesta a la entidad demandante. Así lo consideró, puesto que la entidad demandada sancionó a la Universidad Tecnológica de Bolívar por la suma de 24 SMMLV, conforme lo dispone el artículo 137 numeral tercero de Decreto 2107 de 2001, el cual, de acuerdo a la interpretación realizada por la juez de Primera Instancia, estableció un límite de 12 SMMLV, pues debe entenderse que la sanción no debe imponerse por la infracción que se cometa por cada extranjero, si no, que debe ser observada de forma general.

De tal manera, estimó que la entidad demandada debía graduar en ese aspecto la sanción impuesta con base en el numeral tercero del artículo 137 del Decreto 2107 de 2001, pues superó el monto dispuesto por la norma citada. Para tal propósito, se basó en el Art. 27 del C.C, que se refiere a la interpretación gramatical de la ley.

V. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada a través de su apoderado judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 16 de Marzo de 2012, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A, solicitando su revocatoria.

El sustento de tal recurso repara la decisión de primera instancia para afirmar, que la Juez de primera instancia realizó un interpretación errada del numeral 3° del artículo 137 del Decreto 2107 de 2001, puesto que de la simple lectura de la norma resulta claro que la sanción descrita por esa norma se debe imponer de forma individual por cada extranjero.

Estima, que si bien es cierto la Juez de primera Instancia aplicó el sistema de interpretación gramatical consagrado por el Art. 27 del C.C, también lo es que la conclusión obtenida no es correcta. Así lo considera, puesto que la norma aludida empleó el sustantivo extranjero en forma singular, y por consiguiente, se faculta a su apadrinada para que imponga la sanción de forma individual, y no de forma genérica por todos los extranjeros.

De tal suerte, en el *sub lite* se debe dar aplicación al sentido natural de las palabras utilizadas por la citada ley, de las cuales se desprende de forma clara que, la sanción se debe imponer de forma individual. Además de ello, explica que la finalidad de la norma citada es la de proteger a los trabajadores colombianos del ingreso ilegal de mano de obra extranjera,

como quiera que el trabajo es considerado en un estado Social de Derecho como la base de la sociedad.

VI. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 9 de Abril de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fl. 373); y, con providencia adiada en Abril 22 de 2013, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 376).

En esta oportunidad el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S. ratificó los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

Por su parte, la UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE BOLÍVAR, en voces de su apoderada judicial, consideró que en el presente caso no es acertado la el argumento planteado por la entidad demandada en su recurso de alzada. Así lo estima, puesto que dicha entidad cuestiona la conclusión a la que arriba el Juez de Primera instancia, luego de interpretar gramáticamente la norma que consagra la sanción a imponer, realizando para tal fin, diversas interpretaciones de la norma; cuando ello le está vedado cuando se aplica el sistema de valoración gramatical.

De tal manera, que conforme a la interpretación realizada por la entidad demandada, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia.

VII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador delegado ante este despacho, guardó silencio en esta oportunidad.

VIII. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Tramitada la segunda instancia y dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la

Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes.

XI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el Inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de Marzo 16 de 2012 proferida por el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

Caducidad

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta, que el acto administrativo acusado fue notificado personalmente el día veintisiete (27) de julio de 2005, fecha a partir de la cual se contabiliza el término de caducidad de 4 meses dispuesto para esta acción, que para este caso vencía el día 28 de noviembre de 2005; en ese orden de ideas, como quiera que la demanda se presentó el día 25 de noviembre de 2005, se entiende acorde al término establecido por el Art. 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso el problema jurídico se contrae a determinar, si hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, bajo el entendido que, atendiendo a la interpretación gramatical de la norma el DAS sí estaba facultado para imponer sanciones individuales a la Universidad Tecnológica de Bolívar por cada extranjero con base en el numeral 3º del

artículo 137 del Decreto 2107 de 2001, que ascendió a 24 SMMLV; a diferencia de lo considerado por la Juez de primera instancia, quien encontró errada la graduación de la sanción impuesta por el D.A.S. a la Universidad Tecnológica de Bolívar, con base en la norma citada, puesto que para su imposición se tuvo en cuenta a la infracción cometida con cada extranjero; cuando, de la interpretación gramatical de la norma se desprende que aquella impuso un límite de 12 SMMLV.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser confirmada en su integridad, toda vez que el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., desbordó las facultades que le confirió el Art. 137 numeral Tercero del Decreto 2107 de 2001, bajo el entendido, que dicha normatividad al tipificar lo siguiente conducta reza: *3. Multas de uno (1) hasta doce (12) veces el salario mínimo legal mensual, a la persona jurídica o natural o entidad pública que contrate o dé empleo al extranjero sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que no dé aviso al Departamento Administrativo – DAS, de la vinculación o desvinculación dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes; es decir, que por la comisión de aquella, se estableció una sanción límite de 12 smmlv, sin distinguir el legislador si debía interponerse por cada extranjero; como si lo precisó para la sanción dispuesta en la misma norma en su numeral 2°.*

Así las cosas, atendiendo al principio de interpretación gramatical, la Sala no comparte los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de alzada, toda vez que, a pesar de fundar su inconformidad con la sentencia apelada, valiéndose del sistema de interpretación gramatical, las conclusiones a las que llega son erradas, puesto que no atendió el tenor literal del artículo, si no, que partió de suposiciones pretendidas por el legislador; siendo que el tenor literal de la Ley resulta claro, máxime si se

considera, que en materia sancionatoria debe respetarse el principio de tipicidad.

De tal forma, que en el caso bajo estudio debe entenderse que el legislador fue preciso y solo estableció una sanción general para la conducta descrita en el artículo 137 numeral 3° del Decreto 2107 de 2001.

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

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

- Resolución N°. 198 de 24 de Agosto de 2004, a través de la cual el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., impuso multa a la Universidad Tecnológica de Bolívar.
- Resolución N°. 129 del 13 de abril de 2005, por medio de la cual se resolvió recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución anterior.
- Resolución 1279 de 2001, a través de la cual se resolvió recurso de apelación en contra de la Resolución 129 del 13 de abril de 2005.

De tal manera, que en este caso se entiende agota la vía gubernativa en la forma como dispone el art 135 del C.C.A

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La controversia sometida al conocimiento de esta Corporación, gira en torno a las normas que a continuación se citan:

*"Artículo 123. **Derogado por el Decreto 4000 de 2004, artículo 125.** Todo empleador de un extranjero deberá exigirle la presentación de la cédula de extranjería cuando corresponda y de acuerdo con lo establecido en el presente Decreto, e informar al Departamento Administrativo de Seguridad-DAS-, sobre su vinculación, dentro de los*

sesenta (60) días calendario siguientes a la iniciación de labores o estudios. Se exceptúa de este último requisito a los contratantes o empresarios de espectáculos públicos, culturales o deportivos, cuando la permanencia en el territorio nacional se limite a las respectivas presentaciones, en cuyo caso exigirán la visa correspondiente e informarán al Departamento Administrativo de Seguridad-DAS-, con antelación a la realización del espectáculo.

No obstante, cuando se trate de extranjeros cuya situación no esté prevista en el inciso anterior, el empleador, contratante o entidad pública o privada que vincula al extranjero, deberá exigir la presentación de la respectiva visa e informar al Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a la iniciación de labores.

Artículo 124. **Derogado por el Decreto 4000 de 2004, artículo 125.** En caso de que la visa haya sido otorgada al titular en consideración de la existencia de un contrato con entidad pública o privada, o nominación por entidad pública, y que ésta deba registrarse, la entidad nominadora o contratante, según sea el caso, deberá comunicar por escrito al Departamento Administrativo de Seguridad-DAS-, la terminación del contrato o la desvinculación, dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes a su ocurrencia". (...)

"Artículo 137. **Derogado por el Decreto 4000 de 2004, artículo 125.** El Director del Departamento Administrativo de Seguridad-DAS-, o sus delegados debidamente autorizados, podrá imponer las sanciones descritas a continuación, mediante resolución motivada contra la cual proceden los recursos de la vía gubernativa en el efecto suspensivo.

1. *Multas de medio (1/2) hasta cinco (5) veces el salario mínimo legal mensual vigente, a quienes incurran en las siguientes faltas: (...)*

2. *Multas de cinco (5) hasta doce (12) veces el salario mínimo legal mensual vigente, **por cada extranjero**, a la persona natural o jurídica que propicie o favorezca su permanencia irregular.
(...)*

3. *Multas de uno (1) hasta doce (12) veces el salario mínimo legal mensual vigente, a la persona jurídica, natural o entidad pública que contrate o dé empleo al extranjero sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que no dé aviso al Departamento Administrativo de Seguridad-DAS-, de la vinculación o desvinculación dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes". (...)*

Ahora bien, específicamente respecto de la sanción consagrada en el numeral 3° del Decreto 2107 de 2001, se origina la disparidad entre la Universidad Tecnológica de Bolívar y el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, puesto que entienden de forma distinta como se debe imponer la sanción en ella descrita.

Por su parte, el DAS considera que en el presente caso la sanción se debe imponer de forma individual, teniendo en cuenta las infracciones cometidas con cada extranjero; mientras que la Universidad Tecnológica de Bolívar estima que, la sanción debe ser impuesta sin tener en cuenta el número de infracciones, y su límite es de hasta 12 SMMLV. De lo anterior se observa que surge un conflicto en cuanto a la interpretación de la norma en cita, circunstancia que hace necesario que esta Corporación indague sobre, qué ha considerado el H. Consejo de Estado sobre la interpretación de las normas.

En ese sentido, la Corporación de Cierre de la Jurisdicción¹ ha dicho:

“Dentro de los métodos de interpretación que sirven de fundamento para explicar los alcances de la ley o para desentrañar el espíritu del legislador están el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático. Aunque alguna parte de la doctrina², adiciona otros como el motivo de la ley, el examen del conjunto de la legislación y el resultado de la interpretación.

El Código Civil integrada la Ley 153 de 1887, en el capítulo de interpretación de la ley, incorporó cada uno de los métodos de interpretación. El gramatical al prever que cuando el sentido de la ley sea claro no podrá ser desconocido con el argumento de acudir al espíritu de la ley (art. 27).

ARTICULO 27. INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

¹CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCION QUINTAConsejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVOBogotá, veintuno (21) de mayo de dos mil nueve (2009)Radicación numero: 25000-3-31-000-2008-00007-01 Actor: MANUEL VICENTE LOPEZ LOPEZDemandado: CONCEJAL DEL DISTRITO CAPITAL

²Kauffmann en su obra “Hermenéutica y Derecho” dice que no sólo existen los cuatro métodos de interpretación deSavigny “sino...también otros orientados al resultado, equidad, seguridad jurídica, intereses individuales y supraindividuales, génesis de la norma, principios generales, conformidad con la Constitución, practicabilidad, naturaleza de la cosa, etc. Pero, ¿cómo se debe orientar todo esto, máxime cuando no hay una jerarquía racional, clara y determinada, de los argumentos? Karl Engisch explica esto rotundamente, cuando reconoce que la práctica de los jueces consiste en “escoger caso por caso aquellos métodos de interpretación que lleven a un resultado satisfactorio”. Por tanto, una determinación jurídica del resultado. O por así decirlo: del valor y la jerarquía de los medios interpretativos o de los argumentos decide [el propio intérprete]”.KAUFFMANN Arthur, Ed. Comares de Ciencia Jurídica. Colección filosofía, derecho y sociedad. Granada España. Pág. 78.

La doctrina define como sentido claro "no solamente cuando su texto es diáfano, sino cuando no hay otro que lo contraríe"³.

Ahora bien, si el texto de la ley no es claro o contiene alguna expresión oscura porque es ininteligible o ambigua, el legislador permite recurrir a su intención o espíritu (la ratio legis), el cual puede encontrarse por dos vías: la inmediata cuando la manifestación está en la misma ley o la mediata cuando se debe acudir a la historia fidedigna de su expedición (actas de debates en comisión y plenarias). Se estará frente al sistema filológico histórico⁴.

También existe como método, la interpretación sistemática, lógico sistemática⁵ o de contexto, prevista en el artículo 30 del Código Civil, que se utiliza para los pasajes oscuros de la ley y permite al intérprete ilustrarse por medio de otras leyes, en particular, las que versan sobre el mismo asunto. Dentro de ese contexto está la armonización del ordenamiento visto como un todo (contexto externo) y la ubicación dentro del propio cuerpo de la normatividad (contexto interno). Se trata entonces de una interpretación de la ley como un todo orgánico como un sistema."

³ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Introducción al derecho. 7ª ed. Editorial Temis. Bogotá. 1986. Pág. 289.

⁴"La interpretación filológica-histórica, para conocer la voluntad del legislador, procede así. Primero se revisa y se analiza la exposición de motivos de la ley. Esta es la explicación de las causas y motivaciones que indujeron al legislador a elaborar una ley determinada. Si esta fuese insuficiente para conocer dicha voluntad, el intérprete se aboca a conocer los debates parlamentarios, es decir, los argumentos que los diputados y senadores esbozaron en sus discursos para manifestar las causas que los indujeron a votar a favor o en contra de la iniciativa de ley. Finalmente, el intérprete puede recurrir también a los trabajos preparatorios, es decir, los estudios y proyectos realizados por los especialistas que auxilian al legislador en la elaboración de las leyes". ALVAREZ LEDESMA, Mario I. Introducción al Derecho. Ed. McGraw-Hill. Méjico. 1997. Pág. 282.

⁵"La interpretación lógico-sistemática procede de un modo enteramente diverso [NOTA: a la filológica histórica]. En este caso, el intérprete parte de la consideración básica del ordenamiento jurídico como un sistema. Por lo tanto, una ley jamás aparece sola o aislada, sino que forma parte de un todo, esto es, por las reglas y existencias del sistema del cual forma parte. En este modo de interpretación la exigencia de unidad y el criterio de jerarquía establecidos por la Constitución son esenciales...Por eso, en el supuesto de que intención del legislador histórica descubierta vía la interpretación filológica-histórica, atentara contra los principios o criterios constitucionales, obviamente, éstos prevalecerán sobre tal intención". Ibidem nota al pie 3. Pág. 282.

Visto lo anterior, la Sala dará aplicación al sistema de interpretación de la ley de forma gramatical, como quiera que no observa duda alguna en lo descrito por el numeral 3º del artículo 137 del Decreto 2107 de 2001, que obligue a esta Corporación a utilizar los demás métodos de interpretación.

EL CASO EN CONCRETO.

En su oportunidad la Juez de Primera instancia concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, sólo en el entendido que, la entidad demandada realizó una indebida graduación de la sanción impuesta a la Universidad Tecnológica de Bolívar, consagrada en el numeral 3º del artículo 137 del Decreto 2107 de 2001⁶. Así lo consideró, puesto que al interpretar de forma gramatical la norma citada, se evidencia que, solo facultó al Departamento Administrativo de Seguridad DAS para imponer sanción por la conducta en ella descrita, hasta el monto de 12 SMLMV, indistintamente de cuantos extranjeros hubiere contratado u omitiere brindarle información al DAS.

A su turno, la parte demandada repara de la decisión de primera instancia para afirmar, que en el *sub lite*, de la interpretación gramatical de la Ley puede colegirse de forma diáfana, que la entidad demandada sí estaba facultada para imponer sanciones por cada irregularidad que la entidad accionante hubiere cometido con cada extranjero. Así lo estima, puesto que dicha norma al utilizar el sustantivo extranjero en su forma singular, expresó claramente que, la sanción debía imponer de forma individual.

⁶Decreto 2107 del 2001 Art. 137 numeral 3º. Multas de uno (1) hasta doce (12) veces el salario mínimo legal mensual, a la persona jurídica o natural o entidad pública que contrate o dé empleo al extranjero sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que no dé aviso al Departamento Administrativo – DAS, de la vinculación o desvinculación dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes()

Ahora bien, vistos los argumentos expuestos por la Juez de primera instancia y por el recurrente, considera la Sala que en presente caso el recurso de alzada no tiene vocación de prosperar. Así se considera, puesto que respecto de la aplicación de las normas en el Estado colombiano, por regla general siempre debe atenderse al tenor literal de la misma. En ese sentido, el primer sistema de interpretación normativo que debe utilizar el operador judicial es de tipo gramatical, que se encuentra descrito en el Art. 27 del C.C., en tanto que los demás sistemas de interpretación, tales como, teleológico, histórico, o sistemático, solo deben emplearse cuando la norma no sea clara.

Así las cosas, con el sistema de interpretación gramatical se propende por atender al tenor literal de la Ley, con base en la simple lectura de la norma. En ese sentido, es sobre este sistema de interpretación de la ley, respecto del cual gira la controversia sometida al conocimiento de esta Corporación, pues la Juez de primera instancia y la entidad apelante, empleando el mismo sistema de interpretación, llegan a conclusiones disimiles.

En ese orden, la Sala observa que la elucubración realizada por el apelante, si bien se funda en la interpretación gramatical de la ley, también lo es que, desnaturaliza la manera como debe aplicarse ese método de interpretación. Nótese que, para concluir que la norma sí lo autoriza para sancionar de forma individual por cada extranjero, se vale de interpretaciones antípodas, con relación a las que se desprenden de la simple lectura de la norma, bajo el entendido que, presupone que el legislador cuando se refirió en la norma al "extranjero", quiso hacer alusión a que la infracción se sanciona por cada uno de ellos, y además que lo pretendido con la disposición es la protección del derecho al trabajo de los colombianos.

Contrario a ello, la Sala al aplicar el método de interpretación gramatical a la norma que nos ocupa, advierte de la simple lectura de la disposición, que el legislador no dispuso de forma expresa que la sanción a imponer por la infracción descrita en el numeral 3° del Art. 137 del Decreto 2107 de 2001, debiera graduarse de forma individual por cada extranjero. En ese orden, para concluir lo anterior, la Sala no debió realizar mayor análisis que efectuar una lectura juiciosa de la norma, sin necesidad de escudriñar en el espíritu de la norma o interpretación teleológica como lo supuso la entidad demandada, pues lo que se aparta de la interpretación gramatical, viene a constituirse en un método de interpretación diferente, con técnicas distintas en su aplicación; y que dicho que dicho sea de paso, en consideración de la Sala no tienen cabida en el *sub lite*, como quiera que el legislador en este caso fue claro, y para ello basta con atender al tenor literal de la Ley.

Para abundar en razones, no debe perderse de vista que, el Art. 137 del Decreto 2107 de 2001 consagró diversas conductas sancionables con diferentes tipos de sanciones. Para tal efecto, solo basta con analizar lo dispuesto por numeral 2° de la norma citada que reza: *2. Multas de cinco (5) hasta doce (12) veces el salario mínimo legal mensual vigente, por cada extranjero, a la persona natural o jurídica que propicie o favorezca su permanencia; ahora bien, su numeral tercero, respecto del cual gira la controversia en este caso, señala: "3. Multas de uno (1) hasta doce (12) veces el salario mínimo legal mensual, a la persona jurídica o natural o entidad pública que contrate o dé empleo al extranjero sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que no dé aviso al Departamento Administrativo – DAS, de la vinculación o desvinculación dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes"(...)*

De lo anterior, se desprende con meridiana claridad que, en el caso de la sanción descrita en el numeral 2°, se refiere a una situación cuyos verbos rectores son **propicie o favorezca, la permanencia ilegal del extranjero en**

el país, circunstancia para la cual el legislador estableció de forma clara que la sanción por la comisión de la conducta descrita se impondría por cada extranjero.

Por otro lado, y a diferencia de lo anterior, el numeral 3º del artículo 137 del Decreto 2107 de 2001, señaló verbos rectores de forma compuesta alternativa no acumulativa, esto es, que basta la realización de alguno de ellos para configurar la sanción, los cuales citamos a continuación: **contrate** o **dé** empleo al extranjero sin el cumplimiento de los requisitos legales, o que no **dé aviso** al Departamento Administrativo – DAS, de la vinculación o desvinculación dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes. Ello quiere decir que, en el presente caso nos encontramos ante dos conductas distintas y en ese sentido el citado Decreto estableció sanción por esta conducta hasta el límite de 12 SMMLV, y no de 24 SMMLV como la impuso el DAS.

Y ello es así, puesto que el numeral 2º del Art. 137 del Decreto 2107 de 2001, pretende prevenir la permanencia ilegal de los extranjeros en el Estado colombiano, es decir, el ingreso o la permanencia de aquellos en el país sin la autorización de la autoridad competente; mientras que, el numeral 3º del Art. 137 ídem esta direccionado a prevenir el desempeño de labores del extranjero en el Estado, sin el lleno de los requisitos legales. De tal manera, que en el numeral 3º de la norma citada parte del supuesto que el extranjero se encuentra en nuestro país de forma legal, mas no tiene autorización para trabajar; o, en su defecto el empleador omite dar aviso al DAS de su vinculación o desvinculación dentro de los 60 días siguientes. De tal suerte, se entiende que es una conducta menos grave y de ahí que la sanción sea inferior con relación a la que dispone el numeral 2º del Decreto 2107 del 2001.

Al respecto de la interpretación gramatical de ley el H. Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

INTERPRETACION GRAMATICAL - Se hace necesaria para indagar por el sentido natural y obvio de una norma o expresión no definida por el legislador / INTERPRETACION AUTENTICA - Ante su inexistencia es posible acudir a la interpretación gramatical

Ante la ausencia de una interpretación auténtica por parte del mismo legislador que fijare el sentido de la expresión cuestionada (Código Civil artículo 25), es conveniente recurrir a la interpretación gramatical, atendiendo a la naturaleza escrita y positiva que tiene la normatividad tributaria en Colombia, en este caso, la Ley 383 de 1997 en su artículo 33 modificado por el artículo 53 de la Ley 488 de 1998. Para ello es necesario, darle aplicación a lo previsto en el artículo 28 del Código Civil según el cual "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal", lo que implica que cuando el legislador no ha definido expresamente el significado de alguna norma o expresión de orden legal, necesaria para que el juez pueda pronunciarse en un caso determinado, se hace inminente la conveniencia de indagar por su sentido natural y obvio de la misma, acudiendo entre otros, al significado que aparezca en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

A su vez, sobre la interpretación de normas sancionatorias la Corporación de cierre⁷ señaló:

"En relación con disposiciones de carácter sancionatorio la interpretación que debe realizar el juez es más rigurosa porque de lo contrario se vulneraría el principio de legalidad o de reserva, según el cual la intervención punitiva del Estado al definir los hechos punibles y sus consecuencias debe estar descrito en forma precisa en la ley. Principio que se describe con el aforismo nullum crimen, nullapoena, nulla mensura sine legescripta, stricta, certa et praevia."

En virtud de todo expuesto, y conforme al postura adoptada por el H. Consejo de Estado respecto de la interpretación gramatical de la ley y en especial de las normas sancionatorias, esta Sala de decisión concluye que el recurso de alzada no tiene vocación de prosperar, pues tal y como se explicó anteriormente, en el presente caso basta con atender el tenor literal de la ley, a propósito del empleo del método de interpretación gramatical, para darse cuenta de que el legislador en ningún momento fue dubitativo en cuanto a la imposición genérica de la sanción, tal como lo dispuso el numeral 3º del Art. 137 del Decreto 2107 de 2001.

En ese sentido, la Sala considera que la Resolución 1279 del 5 de julio 2005, a través de la cual el DAS sancionó a la universidad Tecnológica de Bolívar con 24 smmlv con base en el numeral 3º artículo 137 del decreto 2107 de 2001, por omitir informar a dicha entidad sobre la vinculación y desvinculación dentro de los 60 días siguientes a la iniciación o culminación de sus labores, de los extranjeros: FERRIOLDORTICOS, FRASERTRYGVERE y DARÍORAÚL BORGES, violó de forma clara el límite de la multa establecida para dicha conducta, puesto que tal como quedó expuesto, la entidad demanda efectuó una interpretación errónea de la norma, por cuanto impuso la sanción respecto de cada extranjero;

⁷CONSEJO DE ESTADOSALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOConsejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUEBogotá, D.C., trece (13) de agosto de dos mil dos (2002). Radicación número: 11001-03-15-000-2001-280-01(REVPI-004)Actor: EDGAR JOSE PEREA ARIAS

cuando la norma solo lo autorizó a imponer multa de hasta 12 SMMLV. Además de ello debe considerarse que, en materia de sanciones aquellas deben estar establecidas de forma clara, en aras de no vulnerar del derecho al debido proceso de los administrados.

Así las cosas por todo lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, toda vez que el recurso de alzada no logró desvirtúa el análisis efectuado por la Juez a quo para fundar su fallo.

En virtud de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión 004 administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de marzo de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Adjunto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones que resulten necesarias en los libros y sistemas de radicación judicial.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ENRIQUE FANDIÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1321
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: MIGUEL SANCHEZ ZABALA
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-001-2008-00156-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Noviembre Seis (6) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. 291 /2013

2ª Instancia

Tema: Acreencias Laborales- Médico en Servicio Social Obligatorio

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 13-001-33-31-001-2008-00156-01
Demandante: MIGUEL SANCHEZ ZABALA
Demandado: ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, el Señor MIGUEL SANCHEZ ZABALA instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN

DE ZAMBRANO para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

1.- Que se declare la nulidad del Oficio No. 0115 del 13 de junio de 2008, proferido por el Gerente de la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO, por medio del cual manifiesta no acceder a la petición de reconocimiento de prestaciones sociales a favor del señor MIGUEL SANCHEZ ZABALA, quien prestó sus servicios como Médico del Servicio Social Obligatorio.

2.- Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada al pago de las prestaciones sociales que se generaron durante el tiempo en que el actor laboró para la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO, como médico del servicio social obligatorio, tales como cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, y el pago de los salarios de los meses de agosto, septiembre y octubre del año 2006.

3.- Que se ordene a la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO a reconocer y pagar al actor, la sanción moratoria correspondiente al no pago oportuno de las cesantías, más el pago de los dineros cancelados por el actor a la seguridad social en salud y pensión en lo que proporcionalmente le corresponde al empleador.

HECHOS

En apoyo de sus pretensiones, el demandante narra los siguientes hechos relevantes:

Afirma que el actor prestó sus servicios como médico del Servicio Social Obligatorio en la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO y vinculado mediante contrato de prestación de servicios.

Señala que hasta la fecha, la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO no le ha cancelado los salarios correspondientes a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2006 y mucho menos el pago de las prestaciones sociales generadas por el tiempo en que laboró para esa entidad, como tampoco el pago de sanción moratoria y pago de seguridad social en salud y pensión.

Manifiesta que mediante derecho de petición de fecha 23 de mayo de 2008, el señor MIGUEL SANCHEZ solicitó a la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO, el pago de los salarios y prestaciones adeudadas la que fue negada mediante el oficio hoy demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- Constitución Política, Artículos 1 y 2.
- Decreto 1045 de 1978, Artículos 8, 20, 24, 30, 32, 33, 40 y ss.
- Decreto 1848 de 1969, Artículos 2, 43, 51, 68, 72 y ss.
- Decreto 3135 de 1968: Artículos 5, 8, 11, 14, 15 y ss.

Como concepto de violación de las normas acusadas, expresa que en materia de remuneración y de acuerdo a lo señalado por el artículo 6º Decreto 2396 de 1981, quienes desempeñan el servicio social obligatorio, cuentan con los mismos derechos que el resto de personal que labora en la respectiva entidad.

Señala que el artículo 6º de la misma norma, determinó que las personas que deban cumplir con el servicio social obligatorio quedaran sujetas a las disposiciones que en materias de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen.

Manifiesta que el empleo desempeñado por el actor, cuenta con los derechos y obligaciones propias de todo empleo público.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda presentada por la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO, no fue tomada en cuenta por el Juez de Primera Instancia por cuanto el poder otorgado carecía de presentación personal del otorgante.

III. SENTENCIA CONSULTADA

El Juez Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil doce (2012), y en su parte resolutive decidió:

"FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 0115 de fecha 13 de junio de 2008, expedido por la E.S.E. Hospital Local de Zambrano – Bolívar, por el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la demandante.

SEGUNDO: ORDENAR a la E.S.E. HOSPITAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO – BOLIVAR, a título de restablecimiento del derecho, reconocer y pagar a favor del actor, las prestaciones sociales del actor (sic), tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes al periodo de mayo 1 a octubre 30 de 2006.

INDÉXESE LA CONDENA, en los términos consignados en la parte motiva de esta sentencia.

(...)

TERCERO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

(...)"

Estimó el Juez *a quo*, que el objeto del nombramiento fue la prestación del servicio de salud como Médico de Servicio Social Obligatorio a la Institución Hospitalaria demandada, adscrita al Departamento de Bolívar, en las áreas de Consulta Externa y Urgencias, es decir, que se orientó al cumplimiento de lo consagrado por la Ley 50 y Decreto 2396 de 1981.

Señala que el hecho de que sea el mismo Gerente de la ESE quien certifique al Despacho que la entidad demandada le adeuda al señor MIGUEL SANCHEZ ZABALA los honorarios correspondientes a los meses de agosto, septiembre y

octubre de 2006, tal como lo afirma el actor en la demanda y que además la parte accionada no haya demostrado el pago real y efectivo de las prestaciones sociales que se generaron durante el tiempo que el demandante laboró en dicha entidad (cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, etc), constituyen argumentos fácticos suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda y por tanto, se reconocerá la existencia del contrato realidad en lo referente a los meses de mayo 1° a octubre 30 de 2006.

Considera que como restablecimiento del derecho se ordenará el pago a favor del actor de la totalidad de las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados de la entidad que desempeñaban similar labor, tomando como base para la liquidación respectiva el salario legalmente establecido para éstos.

De igual manera afirma que se ordenará a la demandada el pago de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de la orden de prestación de servicios debieron ser asumidos totalmente por el presunto contratista, no obstante en el caso de que estos no se hayan cancelado se deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos sistemas, descontando de las sumas que se adeudan al demandante el porcentaje que a éste corresponde.

En cuanto a la prescripción e indemnización moratoria señaló que no hay lugar a su declaración y reconocimiento, por cuanto la sentencia es constitutiva de derecho y es a partir de ella que nacen las prestaciones en cabeza del beneficiario.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 15 de mayo de 2013, esta Corporación aprehendió el conocimiento del grado jurisdiccional de consulta, y de conformidad con lo establecido en artículo 184, inciso 4 del C.C.A., dispuso correr traslado a las

partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para emitir concepto (fi. 150-151).

En esta oportunidad procesal las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.

V. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROCEDIBILIDAD DE LA CONSULTA

El presente proceso ha llegado a esta Corporación para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que a su tenor dispone:

"ART. 184. Consulta. Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo serán consultables junto con el auto que las liquide, en los eventos del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente se consultarán las sentencias dictadas en primera instancia que impongan condena a cargo de la entidad pública, cuando de la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común por cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito y se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades o del representado por curador ad litem. El agente del Ministerio Público, antes

del vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término de cinco (5) días, contados a partir de la entrega del expediente que se efectúe una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado." (Negrillas y subrayas de la Sala)

En esas condiciones es necesario previamente verificar si se dan los presupuestos legales para ello, tratándose de un asunto contencioso de carácter laboral, donde la sentencia de primera instancia impuso condena a cargo de la entidad pública, procede constatar si la demandada durante la respectiva actuación no ejerció defensa alguna de sus intereses.

Así se observa que la demandada fue notificada personalmente del auto admisorio de la demanda el día 9 de noviembre de 2010, al Gerente de la ESE Hospital Local San Sebastián de Zambrano (fl. 54), y fijada en lista entre el 15 y 29 de marzo de 2011 (fl. 25 rvso.), observando la Sala que, el escrito de contestación no puede ser tenido en cuenta toda vez que el poder conferido no tiene nota de presentación personal por parte del otorgante (fls. 39 a 44) y no presentó sus alegaciones finales.

Determinada la procedencia del grado de consulta, esta Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, analizará la sentencia dictada por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena el 17 de agosto de 2012.

CADUCIDAD.

De conformidad con lo previsto en el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A., pueden demandarse en cualquier tiempo los actos administrativos que reconozcan prestaciones periódicas.

Como quiera que el presente asunto cobija el estudio de una prestación de tal carácter, no hay lugar a verificar si en el presente caso se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

PROBLEMA JURÍDICO.

Como problema jurídico, la Sala deberá determinar si en el presente asunto hay lugar a reconocer las prestaciones sociales teniendo en cuenta el Servicio Social Obligatorio prestado por el demandante en la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO. De igual manera, se debe analizar el acto acusado, para establecer si se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico o si por el contrario lo transgrede, caso en el cual se debe declarar su nulidad.

TESIS DE LA SALA.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, pues la parte actora logró demostrar que se encontraba en las mismas condiciones que los médicos de planta y que dicha equivalencia fue desconocida por el ente demandado.

La tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Se trata del Oficio No. 0115 de fecha 13 de junio de 2008, proferido por el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO por medio del cual negó el reconocimiento de prestaciones sociales a favor del señor MIGUEL ANGEL SANCHEZ ZABALA, quien prestó sus servicios como Médico del Servicio Social Obligatorio (fl. 8).

En sede administrativa el señor MIGUEL ANGEL SANCHEZ ZABALA, presentó derecho de petición de fecha 23 de mayo de 2008 (fl. 9-11), solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que se generaron durante el tiempo en que laboró para la ESE HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIÁN DE ZAMBRANO, como médico del servicio social obligatorio, tales como cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, y el pago de los salarios de los meses de agosto, septiembre y octubre del año 2006, la que fue atendida mediante Oficio No. 0115 de fecha 13 de junio de 2008, negando dicha solicitud,

agotando así la vía gubernativa como lo dispone el art. 63 del C.C.A. y, por tanto, habilitando a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectuar el control de legalidad del acto administrativo acusado en la forma como lo establece el art. 135 ib.

MARCO NORMATIVO

En aras de resolver el problema jurídico planteado, se tendrá en cuenta la normatividad vigente para la época de los hechos, así como la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

✓ Sobre el Servicio Social Obligatorio.

El Servicio Social Obligatorio fue creado mediante la **Ley 50 de 1981**, la cual, en su artículo 1º señala lo siguiente:

"ARTICULO 1º. Créase el Servicio Social Obligatorio, el cual deberá ser prestado dentro del territorio nacional por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto - Ley 80 de 1980. El término para la prestación del Servicio Social Obligatorio, será hasta de un año.

PARÁGRAFO. El cumplimiento del Servicio Social Obligatorio se hará extensivo a los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, que pretendan ejercer su profesión en el país, sin perjuicio de lo establecido en los tratados internacionales y se prestará por única vez."

Artículo 2º:

"ARTÍCULO 2º. El Servicio Social Obligatorio se prestará con posterioridad a la obtención del respectivo título y será requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de dicho título, para vincularse a cualquier organismo del Estado y para ejercer la profesión dentro del territorio nacional. {...}"

Artículo 6º:

"Art. 6.- Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio."

- **Decreto 2396 de 1981**, "Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la Salud".

Artículo 1º:

"Art. 1.- Los egresados de los siguientes programas universitarios y tecnológicos que hayan obtenido en respectivo título, y quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo hayan convalidado, cumplirán con el Servicio Social Obligatorio:

α. Medicina (...)"

Artículo 2º:

"Art. 2.- La duración del Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas enunciados en el artículo 1º del presente Decreto será de un (1) año y exigirá dedicación de tiempo completo."

- **Resolución N° 000795 de 1995**, emanada del Ministerio de Salud, "Por la cual se establecen los Criterios Técnicos Administrativos para la Prestación del Servicio Social Obligatorio".

Artículo 1º, numerales 7º y 8º:

"Art. 1.- (...)

7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cuales presten sus servicios.

8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc." (Subrayado y Negrilla Fuera de Texto)

"Art. 10.- Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones." (Subrayado Fuera de Texto)

"Art. 12.- Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio."

De conformidad con la normatividad arriba estudiada, se puede llegar a las siguientes conclusiones preliminares respecto de las personas que presten el Servicio Social Obligatorio:

- a) Que las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los empleados del Servicio Social Obligatorio, serán los propios de la Institución a la que se vinculen.
- b) Que estarán sujetos a las disposiciones que en materia de personal rijan en las entidades a las que se vinculen.
- c) Que están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las entidades donde prestan sus servicios.

CASO CONCRETO

Revisado el material probatorio obrante en el expediente y aportado por el actor con la demanda y por la entidad demandada en el periodo probatorio, se tiene, que el señor MIGUEL SANCHEZ ZABALA prestó sus servicios a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO, desde el 1° de mayo hasta el 30 de octubre del año 2006, desempeñando el cargo de Médico de Servicio Social Obligatorio, tal como consta en el certificado remitido por la misma entidad, visible a folio 72 del expediente.

A folio 73 obra Acta de Iniciación de prestación de servicios profesionales suscrito entre el señor MIGUEL SANCHEZ ZABALA y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO, con una duración de 6 meses y por la suma de \$9.600.000, de igual manera a folio 74 Contrato de Prestación de Servicios Profesionales suscrito entre el actor y la entidad hospitalaria de fecha 1° de mayo de 2006.

Siguiendo con el estudio del acervo probatorio, se observa, que a folio 75 del expediente reposa el certificado de fecha 28 de noviembre de 2007, en donde la entidad demandada reconoce deberle al actor los meses de agosto, septiembre y octubre de 2006, por la suma total de \$4.800.000, por haber prestado sus servicios profesionales como médico del Servicio Social Obligatorio de esa Institución Hospitalaria.

A folio 76 del expediente milita copia del Acta de Recibo Final del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales de fecha 30 de octubre de 2006.

De lo anterior se evidencia que el actor prestó el Servicio Social Obligatorio en la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO entre el 1º de mayo y el 30 de octubre de 2006, para tal efecto, celebró un contrato de prestación de servicios con la entidad hospitalaria.

Visto el contrato, observa la Sala que la celebración tuvo como objeto:

"...prestar sus servicios profesionales como Médico del Servicio Social Obligatorio al contratante, en las aéreas de Consulta Externa y Urgencias".

Asimismo, se expresó en la cláusula octava del aludido contrato, que no se generaba relación laboral alguna, con el siguiente tenor literal:

"DISPOSICIONES VARIAS: El presente contrato se regirá por el derecho privado, no implica relación laboral entre las partes y su domicilio contractual será Zambrano Bolívar."

Tal y como se indicó, el objeto contractual fue la prestación como Médico del Servicio Social Obligatorio a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN SEBASTIAN DE ZAMBRANO, es decir, que se orientó al cumplimiento de lo consagrado por la Ley 50 y Decreto 2396 de 1981.

Ahora bien, la cláusula que excluyó del pago de las prestaciones sociales, está en contravía de las disposiciones superiores que conceden a los profesionales que prestan dicho servicio, el beneficio de estar cobijados por las normas que regulan el tema de administración de personal, salarios y prestaciones sociales, que rigen en las entidades donde prestan sus servicios, de tal manera, que ésta cláusula es inexistente, pues contraría disposiciones de carácter general.

Del análisis legal de la normatividad, se desprende que la Ley 50 de 1981, adujo en el artículo 8, que las tasas remunerativas y el régimen prestacional de los empleados del Servicio Social Obligatorio, serán los propios de la institución a la que se vinculen, lo mismo hizo el Decreto Reglamentario 2396 de 1981, cuando

dijo en el artículo 6, que estarán sujetos a las disposiciones en materia de personal, así también lo entendió la Resolución 795 de 1995 del Ministerio de Salud, que reafirmó que están sujetos a las disposiciones vigentes en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales de las entidades donde prestan sus servicios.

En cuanto a la vinculación que deben tener con la Administración, está visto que estos cargos se enmarcan dentro de la Estructura del Sector Oficial de Salud Territorial, asignándoseles el nivel 3220, cuya denominación es Médico Servicio Social Obligatorio, según el Decreto 1921 de 1994, por lo que en principio, se puede afirmar que se trata de una relación laboral por el término de duración del servicio (1 año).

No debe ser otra la orientación dada por el Legislador al momento de crear el Servicio Social Obligatorio, que garantizar la cobertura en salud a todos los habitantes del territorio nacional, especialmente para las personas desprotegidas que están vinculadas al régimen subsidiado o que tienen la calidad de vinculados al sistema, es importante destacar que la oferta de profesionales de la salud no alcanza a cubrir a toda la población colombiana según los índices estadísticos del DANE, y mucho menos para el año 1981, cuando fue creada ésta atención social, por lo que las normas regulatorias se encaminan a ofrecer un incentivo económico y laboral para los profesionales que deben cumplir con el requisito para convalidar su título.

Sobre el asunto, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en su Jurisprudencia, haciendo las siguientes precisiones¹:

“De la anterior normatividad se evidencia que el Servicio Social Obligatorio es una fuente de personal calificado e idóneo para incrementar la cobertura de la prestación del servicio de salud, no una forma especial o flexible de vinculación a la administración pública. En este sentido, tal como lo establecieron claramente las normas transcritas, quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal vinculado a la entidad.”

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Víctor Alvarado Ardila, sentencia de 16 de abril de 2009, Rad. No. 0694-07.

Al encontrarse el señor MIGUEL SANCHEZ ZABALA respaldado por normas de rango superior que sustentan las peticiones impetradas en la demanda, y verificado el cumplimiento de los requisitos que generan la obligación de la Administración para con el accionante, se procederá a determinar la viabilidad de acceder al reconocimiento y pago de los siguientes derechos salariales y prestacionales:

✓ **De las primas de servicios, vacaciones y navidad**

La prima de servicios está regulada en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, en los siguientes términos:

"Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.

Esta prima no regirá para los funcionarios que con anterioridad tengan asignada esta contraprestación cualquiera que sea su nombre."

Por su parte, la prima de vacaciones está consagrada en los artículos 24 y 25 del Decreto 1045 de 1978, así:

"ARTICULO 24. DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones creada por los decretos-leyes 174 y 230 de 1975 continuarán reconociéndose a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, en los mismos términos en que fue establecida por las citadas normas. De esta prima continuarán excluidos los funcionarios del servicio exterior.

ARTICULO 25. DE LA CUANTIA DE LA PRIMA DE VACACIONES. La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio.

Finalmente, la prima de navidad fue establecida por el Decreto 1045 de 1978, en los siguientes términos:

ARTICULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad. Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecida otra cosa, esta prima será equivalente

a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año.

La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de Navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.”.

Bajo los supuestos normativos anteriores, procede el reconocimiento y pago de las primas de servicios, vacaciones y navidad a que haya lugar, proporcionalmente por el período laborado, y en los términos legales.

✓ **De las cesantías.**

Las cesantías están dentro de las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos, y entre ellos, los del orden territorial. Así, las cesantías definitivas son las que se reconocen y pagan cuando se termina el vínculo entre la Administración y el servidor público, es decir, cuando éste se retira (o es retirado) del servicio.

Para las cesantías de los trabajadores de los entes territoriales subsisten dos regímenes, el de cesantías retroactivas y el de liquidación anual de la misma.

Al respecto la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996², que en su artículo 13 dispone:

“Artículo 13º.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo; (...).”.

² “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones” Diario Oficial No 42951 de 321 de diciembre de 1996, pág. 1.

De igual manera procede el reconocimiento y pago de las cesantías y de los intereses a las cesantías a que haya lugar, proporcionalmente por el período laborado, y en los términos legales.

✓ **Aportes a salud y pensiones.**

En materia pensional, la Ley 100 de 1993 en su artículo 20 estableció el monto de las cotizaciones para la pensión de vejez, del 10% calculado sobre el ingreso básico, a partir del año 1996. (Sin las modificaciones del Art. 7 Ley 797 de 2003)

Respecto al tema de cotización en Salud, **la Ley 100 de 1993 en su artículo 204** precisó:

"... La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al sistema general de seguridad social en salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. Un punto de la cotización será trasladado al fondo de solidaridad y garantía para contribuir a la financiación de los beneficiarios del régimen subsidiado."

En este punto, corresponde a la entidad demandada efectuar **directamente** las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan al demandante el porcentaje que a éste le correspondía aportar.

Así las cosas, no sería justo ni equitativo con el actor, negarle el pago de las prestaciones sociales y demás beneficios que reciben los médicos nombrados en el mismo nivel y grado, pues así lo contempla el ordenamiento.

Ahora bien, es el mismo Gerente de la entidad hospitalaria demandada, quien reconoce deber honorarios al señor MIGUEL SANCHEZ ZABALA correspondientes a los meses de agosto, septiembre y octubre de 2006 por haber prestado sus servicios profesionales como Médico del Servicio Social Obligatorio, tal como se afirma en la demanda, por lo tanto, conforme al acervo probatorio arrojado al proceso, quedó demostrado que efectivamente existió una violación al ordenamiento jurídico y por tanto es procedente ordenar el reajuste de los salarios y prestaciones percibidos por el actor como Médico de Servicio de Salud Obligatorio, a lo devengado por un Médico General, con lo hizo el A-quo.

En esas condiciones se confirmará la decisión de primera instancia que accedió a las súplicas de la demanda.

COSTAS

No se condenará en costas al apelante en aplicación del artículo 55 de la ley 446 de 1998, modificatorio del artículo 171 del C. C. A., porque no se demostró temeridad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha diecisiete (17) de agosto de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

DLBT


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



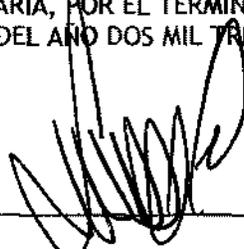
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1322
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
DEMANDADO	: SANTANDER LASTRA ESCOBAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2004-00230-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TREINTA Y UNO(31) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

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

SALA DE DECISIÓN No 004

287

1ª Instancia

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO.

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
Radicación: 13-001-23-31-000-2004-00230-00.
Demandante: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.
Demandado: SANTANDER LASTRA ESCOBAR.
**Tema: CONVALIDACIÓN DE PENSIONES CON BASE EN EL ART. 148
DE LA LEY 100 DE 1993.**

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA quien a través de apoderado judicial interpuso acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA instauró demanda en ejercicio de la ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

"**PRIMERA.** Declarase que la Resolución Administrativa No. 323 expedida el 26 de agosto de 1993 y la No. 114 del 17 de mayo de 1995, "POR LA CUAL SE RECONOCE Y RELIQUIDA RESPECTIVAMENTE UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN" al señor Santander Lastra Escobar, son nulas parcialmente por violar el régimen pensional contemplado en las leyes 33 de 1985 (Art. 1º) y 100 de 1993. Por haber reconocido como salario base de liquidación el 100%. Cuando el salario base de liquidación es el 75% de conformidad con la norma citada, y como tal deben cesar los efectos económicos del Acto en contra de la Universidad de Cartagena.

"(sic)**PRIMERA.** Como restablecimiento del derecho impóngase al señor **SANTANDER LASTRA ESCOBAR**, la obligación de restituir a la Entidad demandante, una vez quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad de los actos administrativos, los siguientes conceptos:

"a.- La cantidad de \$83.353.562.00, o sea el equivalente a los pagos que la Universidad de Cartagena ha efectuado al demandado en cumplimiento de la resolución cuestionada, desde el 1 de Mayo de 1995, hasta el mes de agosto incluida la mesada adicional del mes de junio del año 2002.

"b.- El monto total de los valores pagados al demandado, en cumplimiento de la resolución cuestionada, desde el 1 de Mayo de 1995, hasta la fecha en que por disposición de esta Jurisdicción se ponga término al pago de la jubilación.

"**TERCERA.** Declárese que la Universidad de Cartagena no está obligada a seguir pagando la pensión reconocida en el acto que se anula.

"**CUARTA.** Dispóngase que los valores a restituir, serán debidamente indexado, tal y como lo dispone el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, esta indexación se hará de conformidad con la certificación del DANE y por el término comprendido entre la fecha en que

la universidad de Cartagena hizo el desembolso y la fecha en que se produzca el pago efectivo de la misma, y que fundamento en los hechos y el derecho que paso a exponer."

HECHOS RELEVANTES

El señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR laboró para la entidad demandante desde el 1º de Abril de 1959 hasta el 30 de junio de 1993, desempeñándose como auxiliar administrativo, adscrito a la universidad de Cartagena, en tal condición tenía la calidad de Empleado Público tal y como lo dispone el artículo 122 del Decreto Extraordinario 80 de 1980. Su retiro se produjo por determinación unilateral de la demandada.

Para la época que entró en vigencia, tanto el Decreto 80 de 1980, como el Acuerdo Superior 20 del 23 de diciembre de 1981, el señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, se desempeñaba como auxiliar I de Contabilidad y por tal, a partir de esa fecha dejaba de ser Trabajador Oficial y pasaba a ser Empleado Público, como lo disponía el nuevo régimen jurídico aplicable al personal administrativo de la entidad empleadora.

Para la época en que entró en vigencia el Decreto Extraordinario 80 de 1980, en lo relacionado con cuantía y requisitos para obtener el derecho a la pensión de jubilación de los Trabajadores Oficiales vinculados a la Universidad de Cartagena, se aplicaba lo dispuesto por la convención colectiva de 1977, que disponía que la pensión sería equivalente al 100% de lo devengado por el trabajador, siempre que acreditara haber prestado servicios por 20 años y tener 45 años de edad.

Por considerar que cumplía con los requisitos establecidos en la convención colectiva para acceder a la pensión de jubilación, el señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, solicitó el reconocimiento de la misma; para esta época tenía la calidad de empleado público.

Para el 22 de enero de 1980, fecha en que operó el cambio de trabajador a empleado público, el señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, contaba con una edad de 39 años, pues había nacido el 29 de marzo de 1940; o sea, no reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio, para acceder a la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva de 1977, que prescribe, que para acceder a ese derecho como trabajador oficial, requiere 20 años de servicio y 45 de edad.

El demandado, para la época en que entró en vigencia el Decreto Extraordinario 80 de 1980, no cumplía los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en los términos de la convención colectiva, por lo que el reconocimiento de su pensión de jubilación quedaba sometido al régimen de los empleados públicos, concretamente al régimen previsto en la Ley 33 de 1985.

Al demandado señor, SANTANDER LASTRA ESCOBAR, tampoco le es aplicable en lo que respecta **al tiempo de servicio y edad**, del régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993.

Ante la petición formulada por el señor SANTANDER LASTRA, la universidad de Cartagena a través de la GERENCIA DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, expidió la resolución administrativa No. 307 del 20 de diciembre de 1995.

La pensión de jubilación al demandante se le reconoció con fundamento en la convención colectiva de 1977 que disponía que la pensión fuera equivalente al 100% de lo devengado por el trabajador, siempre que acreditara haber prestado servicios por 20 años y tener 45 años de edad.

El señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, al 26 de agosto de 1993, momento a partir del cual se reconoció la pensión, contaba con 53 años y 5 meses de edad, pues había nacido el 29 de marzo de 1940; pero para esa misma fecha había laborado para la Universidad de Cartagena durante más de 20 años.

En el mismo acto administrativo donde se reconoce la pensión se advierte, que el monto de la pensión reconocida, es el 100% del salario devengado, incluyendo las doceavas partes de los siguientes factores: Prima de vida cara, prima de vacaciones, prima de navidad y prima extra de junio, para una pensión al momento de su reconocimiento de \$ 291.590.71 pesos.

El acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación, fue notificado personalmente al señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR; en dicho acto administrativo se anunció que contra el procedía los recursos de reposición y apelación, de los cuales no hizo uso el pensionado. Esta actuación administrativa se encuentra en firme al tenor de lo dispuesto por el art 62 C.C.A.

En otras palabras, el demandado, señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR se le reconoció una pensión de jubilación sin reunir el requisito de la edad para acceder a dicho derecho.

No obstante la lesividad que los actos administrativos demandados causa a la entidad Universitaria demandante, no pueden ser revocados en forma directa, pues han creado una situación jurídica de carácter particular, en cuyo caso corresponderá a la jurisdicción contenciosa administrativo pronunciarse sobre su legalidad.

Como consecuencia de la declaratoria judicial de nulidad de los actos administrativos demandados, el accionado deberá restituir a la Universidad de Cartagena en valores debidamente indexados, la cantidad de dinero que en virtud de dichos actos administrativos hayan pagado por concepto de pensión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocan como normas trasgredidas con los actos acusados: los artículos 48 de la Constitución Política; artículos 122 y 130 del Decreto Extraordinario 80 de 1980; Artículo 1º y 3º de la Ley 33 de 1985; artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y el Decreto 1158 de 1994 (reglamentario de esta última); el art 150, numeral 19 de la Constitución Política.

Se expuso como criterio de violación:

Para la época en que entró en vigencia el Decreto 80 de 1980, (22 de enero de 1980), el señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, no reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación, por lo cual debía ser reconocida en los términos del régimen legal vigente para cuando cumpliera efectivamente dichos requisitos por lo cual se le debía aplicar el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36.

Cuando se promulgó la Ley 100 de 1993 y entró a regir frente a los servidores de la Universidad de Cartagena, el demandado señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, tenía más de cuarenta años de edad, en consecuencia su régimen de pensiones era el contemplado en la Ley 33 de 1985, que prescribe como requisitos para que un empleado público

acceda a su jubilación, además de 20 años de servicio que tenga 55 años de edad.

Cuando los actos administrativos demandados (resoluciones No. 323 del 26 de agosto de 1993 y la No. 114 del 17 de mayo de 1995) fueron expedidos, el señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, aún no contaba con la edad prevista en la Ley 33 de 1985 para jubilarse (55 años), motivo que constituye causal de nulidad de los actos administrativos acusados, por violación evidente al régimen legal a cuyo amparo debía expedirse el mismo, contrariando el artículo 48 Constitucional.

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de curador ad litem, designado para tal propósito, la parte demandada contestó la demanda afirmando que, los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9, son ciertos; mientras que respecto del hecho 8, manifestó que se atiene a lo que se pruebe en el curso del proceso.

A su vez afirmó, que las pretensiones expuestas por la parte demandante se encuentran ajustadas a derecho y, además, que no tenía pruebas por solicitar.

C. alegatos de conclusión

Con auto de fecha diez (10) de Octubre de dos mil doce (2012), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas y como quiera que no habían pruebas por practicar, se prescindió del periodo probatorio; de manera, que se señaló la hora judicial de las Nueve y treinta (9:30 am) de la mañana del día veintiuno (21) de Noviembre de 2012 para llevar a cabo la audiencia de fijación de hechos y alegaciones finales de que trata la el artículo 66 de la ley 1395 del 2010, en concordancia con el artículo 211 A del C.C.C.

Así las cosas, llegado el día y la hora señalada para celebrar la audiencia de fijación de hechos y alegaciones finales, se constituyó la Sala de decisión 004 para tal fin, y pasados quince (15) minutos sin que se hicieran presentes las partes, se cerró la diligencia y se ordenó que ingresará el proceso para dictar sentencia, conforme lo dispone el Art. 124 del C.P.C, decisión que se notificó por estrados.

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 2º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan Actos Administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales, situación que se evidencia en el *sub lite*.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado se refiere a prestaciones periódicas (pensión de jubilación), que pueden demandarse en cualquier tiempo, según lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso, consiste en establecer si las Resoluciones Administrativas No. 323 del 26 de octubre de 1997, proferida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, y la No. 114

del 17 de mayo de 1995, son nulas, por violar el régimen pensional contemplado en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

TESIS DE LA SALA

Conforme a la reciente postura consolidada por la Corporación de cierre de la jurisdicción sobre este tema, la Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda, por cuanto el reconocimiento de derechos pensionales que se causaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con base en normatividades del orden territorial, o en este caso de entes autónomos como la Universidad de Cartagena, que contrariaron los regímenes pensionales dispuestos por la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, fueron convalidadas conforme lo dispuso el Ar. 146 Ídem; dejando incólumes aquellos derechos de naturaleza especial.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Mediante la Resolución No. 323 del 26 de agosto de 1993 proferida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación al señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR desde el momento efectivo de su retiro.

El reconocimiento pensional se efectuó dando por acreditado un tiempo de servicio de 34 años y 3 meses, comprendido entre el 1º de abril de 1959 y el 30 de junio de 1993; y determinando el cumplimiento de 50 años de edad el día 29 de marzo de 1990.

Como disposiciones aplicables para el reconocimiento pensional se invocaron la Ley 6ª de 1945, el acuerdo 37 de 1975, la convención colectiva de 1977 y los Estatutos y Acuerdos internos de la Universidad de Cartagena.

El reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de \$ 291.591.71 pesos, tomando como salario base de liquidación el 100% del salario mensual

devengado en el último año de servicio, disponiendo que contra dicho acto procedía el recurso de reposición y apelación (fls. 22 y 24).

La Gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena profirió la Resolución No. 114 del 17 de mayo de 1995, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación del demandado por un monto \$ 394.688,25 (fl. 25).

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA PENSIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición para aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones -a más tardar el 30 de junio de 1995 para las entidades territoriales, según el artículo 151 *ibídem*- cumplían los requisitos de edad o tiempo de servicios (cualquiera de los dos) allí previstos. En este sentido, dispuso el inciso 2º de la precitada disposición:

*"La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, **será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.** Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley"* (destacado fuera de texto).

Salvo los servidores públicos que hubieran tenido un régimen pensional especial, la norma anterior aplicable resulta ser la Ley 33 de 1985, que en su artículo 1º estableció los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, así:

"Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente

al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

El párrafo 2º de la norma en cita, exceptuó parcialmente de la aplicación del régimen allí contenido a los empleados oficiales (del orden nacional y territorial) que a la fecha de su promulgación -febrero 13 de 1985- hubieren cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, para los cuales se continuarían aplicando las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que con posterioridad a la expedición de la Carta Política de 1991 el legislador, considerando que en el nivel territorial existían regímenes prestacionales contrarios a la Constitución y a la ley, con el fin de salvaguardar derechos laborales consolidados, avaló dichas situaciones en materia pensional. Así al expedir la Ley 100 de 1993, previó en su artículo 146:

"Artículo 146. Situaciones jurídicas individuales definidas por disposiciones municipales o departamentales. Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido [o cumplan dentro de los dos años siguientes]¹ los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica la situación de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la sanción de la presente ley".

¹ Aparte declarado inexecutable mediante sentencia C-410 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Dentro de las razones que expuso la Corte Constitucional para declarar la exequibilidad parcial del artículo precedente está la protección de los derechos adquiridos, al señalar:

"De esta manera, teniendo en cuenta la intangibilidad de los derechos adquiridos de los pensionados por jubilación del orden territorial antes de la expedición de la ley 100 de 1993, las situaciones jurídicas individuales definidas con anterioridad, por disposiciones municipales y departamentales, deben continuar vigentes.

Por lo tanto, se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo acusado, así como del inciso segundo, en la parte que reconoce el derecho a pensionarse con arreglo a las disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales, para quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo hayan cumplido los requisitos exigidos en dichas normas. Ello con fundamento en la garantía de los derechos adquiridos, reconocida por el artículo 58 superior, por tratarse de situaciones adquiridas bajo la vigencia de una ley anterior al nuevo régimen de seguridad social (ley 100 de 1993).

No sucede lo mismo con la expresión contenida en el citado inciso segundo acusado, en virtud de la cual tendrán igualmente derecho a pensionarse con fundamento en las disposiciones señaladas, quienes cumplan "dentro de los dos años siguientes" los requisitos exigidos en dichos preceptos para pensionarse. A juicio de la Corte, ello quebranta el ordenamiento superior, ya que equipara una mera expectativa con un derecho adquirido. Ello impide que los que están próximos a pensionarse -es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la ley- y que tan solo tienen una mera expectativa de adquirir el derecho, puedan hacerse acreedores a los beneficios propios de la ley 100 de 1993".

De acuerdo con el anterior pronunciamiento, se evidencia que la Ley 100 de 1993 convalidó los derechos adquiridos sin justo título, con fundamento en normas territoriales anteriores a su expedición.

Marco normativo general de la Universidad de Cartagena.

El 3 de junio de 1977 se suscribió una convención colectiva de trabajo entre la Universidad de Cartagena y el sindicato de trabajadores de la misma, quedando consignado en la cláusula sexta:

"LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, ADEMÁS DE LOS CASOS CONSAGRADOS EN LA LEY RECONOCERÁ PENSIÓN VITALICIA DE JUBILACIÓN, A SUS TRABAJADORES OFICIALES QUE HUBIEREN PRESTADO SUS SERVICIOS A ELLA, DURANTE MÁS DE VEINTE (20) AÑOS CONTINUOS O DISCONTINUOS, PARA LO CUAL SE LES DESCONTARÁ (1) AÑO DE LA EDAD REQUERIDA POR LA LEY POR CADA AÑO QUE EXCEDA DEL TIEMPO CONTEMPLADO POR LAS DISPOSICIONES LEGALES".

Mediante Resolución No. 47 del 21 de junio de 1977 el Consejo Directivo de la Universidad de Cartagena aprobó dicho acuerdo colectivo.

Posteriormente, el Decreto 80 de 1980, por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria, estableció en su artículo 122 que el personal administrativo de las instituciones oficiales de educación superior está integrado por empleados públicos y trabajadores oficiales, siendo estos últimos solamente *"los obreros que desempeñen funciones en construcción, preparación de alimentos, actividades agropecuarias, jardinería, aseo y mantenimiento de edificaciones o equipos. Los demás empleados administrativos tienen la calidad de empleados públicos"*.

En cumplimiento de lo anterior, la universidad expidió el Acuerdo 020 del 23 de diciembre de 1981, aprobando su planta de personal y por Resolución No. 043 del 12 de febrero de 1982 se incorporaron a la planta de personal los empleados administrativos del ente educativo.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2337 de 1996 *"con el objeto establecer el régimen general para el reconocimiento del pasivo pensional de las universidades oficiales y de las instituciones oficiales de educación superior de naturaleza territorial"*.

EL CASO EN CONCRETO.

Al señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, mediante Resolución No. 323 del 26 de agosto

de 1993, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, para lo cual verificó los siguientes requisitos: 34 años, 3 meses al servicio de la Universidad de Cartagena, comprendidos entre el 1º de Abril de 1959 hasta el 30 de junio de 1993; y 50 años de edad cumplidos el día 29 de marzo de 1990. (fls. 22-24).

Respecto a los requisitos pensionales, obra a folios 64-65, certificación expedida por la Secretaría General de la Universidad de Cartagena, en donde consta que el demandante, prestó sus servicios a la Universidad de Cartagena desde el 1º de abril de 1959 hasta el 30 de junio de 1993, aumentándose el periodo de servicio y reliquidándose la pensión hasta el 30 de abril de 1995 por la resolución No. 114 de 1995 (fl 45) como auxiliar administrativo. De la resolución anterior, se puede constatar la acreditación del tiempo de servicio total de 35 años y un mes.

De conformidad con las normas referidas en precedencia, tenemos que el Decreto 80 de 1980, que cambió la naturaleza de la vinculación laboral de los trabajadores administrativos de las instituciones públicas de educación superior, haciéndolos pasar de trabajadores oficiales a empleados públicos, respetó los derechos adquiridos de las personas que al momento de su expedición tuvieran prestaciones sociales consolidadas; no obstante, ello no operó de forma automática para la Universidad de Cartagena, puesto que al ostentar la naturaleza jurídica de ente autónomo, se requería que aquella adoptará directamente su planta de personal.

Así las cosas, atendiendo las previsiones del Decreto 80 de 1980, la Universidad de Cartagena expidió el Acuerdo 020 del 23 de diciembre de 1981, aprobando su planta de personal y por Resolución No. 043 del 12 de febrero de 1982, incorporó a todo su personal a la planta de dicha entidad.

En ese orden, a 12 de febrero de 1982 cuando el actor adquirió la connotación de trabajar oficial, aquel tenía 22 años y 2 meses de servicio, y 41 años de edad, evidenciándose que no había consolidado su derecho

pensional, a la luz de la Convención Colectiva del 3 de junio de 1977, por lo tanto el Decreto 80 de 1980 afectó su régimen de pensión, quedando sujeto el demandado a las disposiciones aplicables a los empleados públicos, pues mientras no cumpliera la totalidad de los requisitos pensionales, no era titular del derecho pensional frente a la ley, como quiera que si bien cumplía con el requisito de acumular más de 20 años de servicios, también los es que no alcanzaba el mínimo de edad de 45 años, requeridos por la Convención Colectiva del año 1977.

De tal manera que, a la fecha 26 de agosto de 1993 cuando se le reconoció la pensión al señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, aún no había sido expedida la Ley 100 de 1993; por tal razón el régimen pensional aplicable al demandante, es el previsto en la Ley 33 de 1985, donde se establece que los requisitos para acceder a la pensión de jubilación son: haber cumplido 20 años de servicio y tener 55 años de edad (art. 1º).

En cuanto atañe al porcentaje de reconocimiento de la pensión, dispone la Ley 33 de 1985 que sería el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (art. 1º), factores que fueron definidos en la Ley 62 de 1985, que subrogó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985.

Lo anterior, pone de manifiesto que los actos acusados por los cuales se reconoció la pensión de jubilación al señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, y se efectuó la reliquidación de la misma, vulneraron el régimen pensional dispuesto por la Ley 33 de 1985, como quiera que, al momento en que se le reconoció su derecho, aquella era la normatividad aplicable para tal fin; y no la convención colectiva del año 1977. De tal suerte que, su pensión se debió reconocer con observancia de la Ley 33 de 1985.

A pesar de lo anterior, si bien es cierto que en este caso está demostrado que la resolución en virtud de la cual la Universidad de Cartagena le reconoció su pensión al señor SANTANDER LASTRA, se profirió con inobservancia del régimen pensional de los empleados públicos

consagrado por la Ley 33 de 1995, también lo es que, a luz de recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado, esa Corporación ha determinado que en estas situaciones, solo se configura la nulidad de aquellos actos administrativos, cuando el derecho a la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con base en el Art. 146 ídem.

En ese orden, la Corporación de cierre de la Jurisdicción², al resolver controversias similares planteadas por la Universidad de Cartagena, sometidas a su conocimiento en virtud de recurso de apelación, ha determinado lo siguiente:

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS PUBLICOS – Reconocimiento con base en normas territoriales. Convalidación a quienes cumplen requisitos dentro de los dos años siguientes al sistema de seguridad social. Sentencia de inexecutable. Efectos

Así, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 es claro al establecer que se mantienen los derechos "extralegales" siempre y cuando la situación se haya consolidado con anterioridad a su vigencia, es decir, que se entienden incluidas las convenciones colectivas aplicadas irregularmente a los empleados públicos precisamente porque les extienden prestaciones superiores a las establecidas en las normas legales aplicables a éstos y en tal sentido constituyen derechos adquiridos que deben ser respetados. El aparte del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 que permitía la aplicación de dicha norma a quienes reunían los requisitos pensionales durante los dos años siguientes a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, resulta inconstitucional por ser violatorio del derecho a la igualdad. Pese a lo anterior, observa la Sala que la sentencia que declaró inexecutable el aparte citado fue proferida el 28 de agosto de 1997 sin que la Corte Constitucional modulara sus efectos en forma retroactiva, razón por la cual se entiende que la decisión rige

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B"
Consejera ponente BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 13001-23-31-000-2004-00272-01(1730-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: BENICIO SANCHEZ CABARCAS

sólo hacía el futuro. En el sub lite se encuentra demostrado que la pensión de jubilación del demandada fue reconocida 3 de noviembre de 1994, es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tal razón su situación debe entenderse convalidada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, la pensión de jubilación liquidada en aplicación de los Acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Universidad de Cartagena en el año 1978, con el 100% de lo devengado en el último año debe mantenerse en los mismos términos.

Esta posición, ha sido sostenida por esa Corporación en los siguientes pronunciamientos:

- **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C , nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012) Radicación número: 13001-23-31-000-2003-00491-02(0912-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: REBECA LECOMPTE DE FIGUEROA;**
- **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01641-01(1804-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: INDULTO JOSÉ HERNÁNDEZ PADILLA;**
- **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01582-02(0628-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: ARIEL PEREZ LUNA**

Visto lo anterior, del material probatorio allegado al plenario, se evidencia de forma clara que las prerrogativas que le fueron concedidas al señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR a través de la Convención colectiva del 3 de junio de 1977, se consolidaron el día 29 de marzo de 1985, fecha en la cual

confluyeron los requisitos de 45 años de edad, conforme se desprende las resoluciones acusadas, y 20 años de servicios, certificados por el Secretario general de la Universidad de Cartagena (64-65), requeridos por la citada convención para ser beneficiaria de los derechos conferidos por aquella.

En ese orden, resulta claro para la Sala que la situación del señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR, se subsume dentro de las circunstancias descritas por la reiterada jurisprudencia que sobre el tema ha proferido el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, toda vez que, su derecho al reconocimiento de pensión, con base en lo dispuesto por la Convención Colectiva del 3 de junio de 1978, **se consolidó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; de tal manera que, se encuadra** dentro de la previsión dispuesta por el Art. 146 de Ídem.

Y ello así, puesto que hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el sistema de seguridad social en nuestro país atravesó por un periodo de dispersión, y en aras de no desconocer las prerrogativas especiales concedidas a los trabajadores, aun sin justito como en el *sub examine*, el Sistema General de Seguridad Social, Ley 100 de 1993, dispuso de forma expresa el respeto de aquellos derechos, supeditados a que su consolidación se hubiere ocasionado antes de su entrada en vigencia.

Por todo lo expuesto, la Sala considera que no le asiste razón a la entidad demandante al solicitar la nulidad de los actos administrativos a través de los cuales le reconoció y reliquidó la pensión al señor SANTANDER LASTRA ESCOBAR con base en la convención colectiva del 3 de junio de 1977, puesto que a pesar de que el Decreto de 1980 sí afectó su situación al transformarlo en empleado público, también lo es que, el H. Consejo de Estado, ha considerado que esas prerrogativas convencionales se entienden convalidadas, conforme lo dispone el Art. 146 de 1990.

En conclusión, la Universidad de Cartagena no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos y, en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

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.

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

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

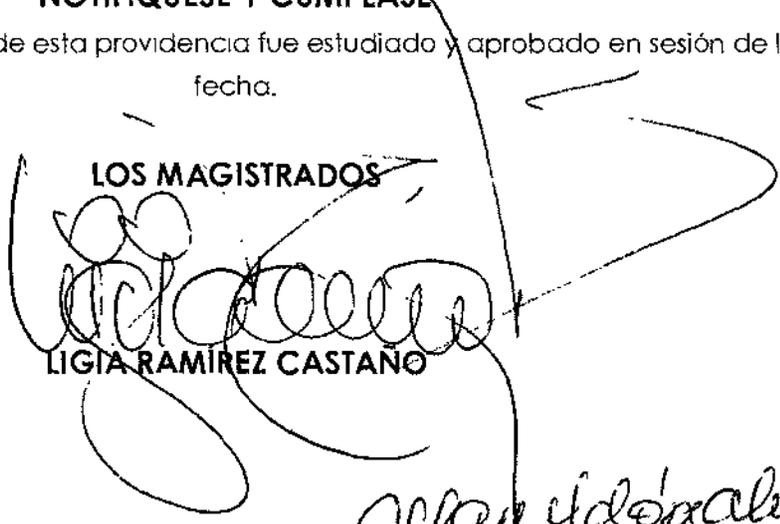
SEGUNDO: No hay lugar a condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones en los libros radiadores y el sistema judicial "Justicia Siglo XXI".

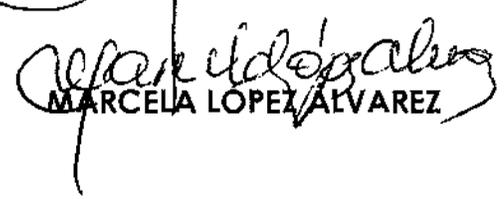
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE EL CERECEDEO GALLO
FAB


MARCELA LOPEZ ALVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1323
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ROCIO ENITH ARRIETA NAVARRO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DEFENSA- POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-003-2008-00679-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TRECE (13) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

Cartagena de Indias, D.T. y C., Noviembre Trece (13) de dos mil trece (2013).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 92¹/2013

1º instancia

Tema: FALLA DEL SERVICIO

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA
Referencia : No. 13-001-23-31-003-2008-00679-00
Demandante : ROCIO ENITH ARRIETA NAVARRO Y OTROS
Demandado : NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

SENTENCIA

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011, PSSA12 9201 de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA** ha sido promovido por la señora **ROCIO ENITH ARRIETA NAVARRO** quien a su vez actúa en representación de sus menores hijos **MOISÉS MORALES ARRIETA, MARÍA ALEJANDRA MORALES ARRIETA y DIOSI PATRICIA MORALES PINEDA** contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL**.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

PRIMERA: DECLARAR que la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL**, es responsable administrativamente de los daños y perjuicios causados a **ROCIO ENITH ARRIETA NAVARRO** y a sus menores hijos **JULIO Y JULIANA MORALES**,

Y DIOSI PATRICIA MORALES PINEDA, como consecuencia de la muerte violenta del señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, ocurrida el día 1 de diciembre de 2006, en un hecho imputable por fallas en el servicio al ente administrativo demandado.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNESE a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL a reconocer y pagar a ROCIO ENITH ARRIETA NAVARRO y a sus menores hijos JULIO, JULIANA MORALES, y DIOSI PATRICIA MORALES PINEDA a cada uno de ellos, lo que valgan UN MIL (1.000) GRAMOS ORO en la fecha de ejecutoria de la sentencia, conforme certificación del BANCO DE LA REPUBLICA.

TERCERA: CONDÉNESE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL, por concepto de perjuicios materiales, según la regulación se hará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, con sujeción a las bases determinadas en esta providencia. (...)

2. HECHOS RELEVANTES:

1. El día 1º de diciembre del año 2008, el señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, fue retenido en la Estación de Policía del corregimiento de SAN ANDRÉS, jurisdicción del Municipio de Córdoba – Bolívar, a raíz de un riña sostenida con el señor DAVID VELASQUEZ, quien sufrió una herida y para lo cual fue trasladado a la ESE Centro de Salud Con Camas de Córdoba Bolívar.

2. Seguidamente, la Policía hizo su intervención, trasladando al señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, en calidad de detenido hasta las instalaciones de la Estación de Policía, por ser el presunto victimario de las lesiones sufridas por DAVID ENRIQUE VELÁSQUEZ CUELLO.

3. Cuando la víctima era trasladada al centro asistencial falleció.

4. La ciudadanía ante esta circunstancia, se aglomeró en la Estación de Policía del Corregimiento de San Andrés, Jurisdicción del Municipio de Córdoba Tetón, en donde se encontraba detenido el Señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, lanzando insultos, impropiedades y manifestando la intención de tomarse la estación de policía para hacer justicia con sus propias manos.

5. Ante esta situación, los señores policías que se encontraban de turno, debieron pedir refuerzos, en ejercicio de las políticas que se debieron trazar en el plan de

contingencia para las fiestas patronales de dicha población, pero al parecer no había el referido plan y el Comandante de la Estación de Policía retardo la solicitud de refuerzos a la Estación de la Cabecera Municipal o no lo hicieron, dicha omisión trajo como consecuencia, que la ciudadanía se amotinó, se tomaron la Estación de Policía donde se encontraba en calidad de detenido el señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, quien en forma violenta fue golpeado e incinerado hasta producirse su muerte. (...)

B. LA CONTESTACIÓN

MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL: a través de apoderado judicial designado para tal efecto, esta entidad contestó la demanda afirmando que, en el *sub lite* la muerte del señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ fue un lamentable episodio que se generó como consecuencia de la retaliación de la ciudadanía del Corregimiento de San Andrés, comprensión del municipio de Córdoba (Bol), por el presunto homicidio del señor DAVID ENRIQUE VELÁZQUEZ PUELLO, a manos de la víctima en la presente demanda.

Explica, que los policiales que custodiaban la Estación de Policía del Corregimiento de San Andrés, no tuvieron oportunidad de repeler el ataque de una turba enardecida de más de trecientas personas, quienes en aras de tomar venganza, ingresaron por la fuerza a la mencionada Estación de Policía, doblegando a los efectivos de dicha entidad, quienes con el material logístico a su disposición trataron de impedir por todos los medios posibles, la muerte del señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ.

C. DECRETO DE PRUEBAS

Con auto de fecha junio 24 de 2010, conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl1391-142).

D. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto de Abril 19 de 2013, se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente (fl. 167). En esta oportunidad procesal la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, ratificó los argumentos expuestos en

la contestación de la demanda; mientras que la parte demandante guardó silencio.

MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, guardó silencio en esta oportunidad

III. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

IV. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A, en concordancia con lo dispuesto por el Art. 134 E ídem, como quiera, que la pretensión mayor al momento de la presentación de la demanda fue estimada en \$740.000.000, suma de dinero que superaba el monto de 500 smmlv dispuestos por la norma citada, como presupuesto para que la presente acción sea conocida por esta Corporación; teniendo en cuenta, que para la fecha de presentación de la demanda, 2 de diciembre de 2008, el salario mínimo mensual legal correspondía al valor de \$461.500.

CADUCIDAD

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que, el daño alegado por las partes tuvo ocurrencia el día 1º de diciembre de 2006, y como quiera que la demanda se presentó el día 2 de diciembre de 2008, se encuentra acorde al término de caducidad de 2 años que prevé el artículo 136 numeral 8º del C.C.A, para ejercer la presente acción.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso está dirigido a determinar, si hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, como consecuencia del presunto incumplimiento del deber que le correspondía con relación al señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, quien fuere detenido por dicha entidad, y posteriormente asesinado estando bajo su custodia, a manos de una turba de más de 300 personas; hechos ocurridos en el corregimiento de San Andrés, comprensión del Municipio de Córdoba (Bol).

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

La responsabilidad extracontractual del Estado tiene su fundamento normativo superior en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone:

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

De acuerdo con lo anterior, para que la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, en cualquiera de sus niveles, sea procedente, es imprescindible que pueda imputársele un daño antijurídico, ocasionado como resultado de la acción u omisión de alguna o algunas de las obligaciones a su cargo.

El H. Consejo de Estado ha reiterado en varios pronunciamientos que, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, en los cuales se endilga a la Administración una omisión derivada del presunto incumplimiento de las funciones u obligaciones legalmente a su cargo, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio.

En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia hubiere sido determinante la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Corporación de cierre de la jurisdicción ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligatorio que las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado y, por otro, el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto.

Ahora bien, una vez se ha establecido que la entidad responsable no ha atendido el respectivo contenido obligacional o lo ha hecho de forma deficiente o defectuosa, esto es ha omitido el cabal cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha asignado, resulta menester precisar si dicha falencia ha tenido, o no, relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño, atendiendo las exigencias derivadas de **la posición de garante**.

Sobre el particular, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha establecido que cuando a la Administración Pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la **posición de garante** en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber. Al respecto la Corporación de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en sentencia del 4 de octubre del 2007¹, señaló:

"Por posición de garante debe entenderse aquélla situación en que coloca el ordenamiento jurídico a un determinado sujeto de derecho, en relación con el cumplimiento de una específica obligación de intervención, de tal suerte que cualquier desconocimiento de ella acarrea las mismas y diferentes consecuencias, obligaciones y sanciones que repercuten para el autor material y directo del hecho².

Así las cosas, la posición de garante halla su fundamento en el deber objetivo de cuidado que la misma ley –en sentido material– atribuye, en específicos y concretos supuestos, a ciertas personas para que tras la configuración material de un daño, estas tengan que asumir las derivaciones de dicha conducta, siempre y cuando se compruebe fáctica y jurídicamente que la obligación de diligencia, cuidado y protección fue desconocida.

Acerca del contenido y alcance de la obligación de protección y seguridad, en el caso concreto, indudablemente converge, en aspectos puntuales y dinámicos con la posición de garante, y esta Sala sobre lo primero ha dicho:

"En el presente caso, del expediente aparece claro que para la

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de octubre de 2007, Exp. 15.567. M.P. Enrique Gil Botero.

² "La posición de garante trata de dar una explicación y respuesta teórica y coherente a la cuestión de cuáles son las condiciones que deben darse para que el no impedir la entrada de un resultado sea equiparable a la causación positiva del mismo. Según la opinión que aquí será defendida, sólo se puede alcanzar una solución correcta si su búsqueda se encamina directamente en la sociedad, pero ésta entendida como un sistema constituido por normas, y no si la problemática toma como base conceptos enigmáticos basados en el naturalismo de otrora, pues la teoría de la posición de garante, como aquí entendida, busca solucionar solamente un problema normativo-social, que tiene su fundamento en el concepto de deber jurídico." Cf. PERDOMO Torres, Jorge Fernando "La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión", Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001, Pág. 17 a 20. Ver igualmente LÓPEZ Díaz, Claudia "Introducción a la Imputación Objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia; JAKOBS, Günther "Derecho Penal – Parte General", Ed. Marcial Pons; ROXIN, Claus "Derecho Penal – Parte General "Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito", Ed. Civitas.

*producción del daño fue determinante la omisión de la administración en brindar la protección que reiteradamente habían solicitado los demandantes para sus vidas y bienes. A pesar de las constantes amenazas contra las vidas y los bienes de los demandantes, las autoridades militares y de policía que conocían de la situación peligro por la que atravesaban, y ante quienes con insistencia habían acudido en demanda de protección, guardaron silencio y no asumieron conducta alguna tendiente a brindar la protección pedida, con los medios disponibles para ello. Sin justificación alguna omitieron dar respuesta, de cualquier naturaleza que fuese, a las peticiones que días antes de la toma guerrillera les hicieran los demandantes. Surge clara, pues, en este caso, la omisión del Estado en brindar protección a los bienes de los demandantes, la cual fue determinante en la producción del daño antijurídico que se reclama. Los demandantes presentaron varias solicitudes concretas de protección a las autoridades, las cuales fueron desatendidas, sin tener en cuenta que existían circunstancias especiales (como la muerte del administrador de la finca y las constantes denuncias que por boleto, presentaron los actores, etc.), que hacían necesaria una protección inmediata a sus vidas y a sus bienes por parte de las autoridades competentes, teniendo en cuenta para ello, como se dijo anteriormente, los medios con que contaba el Estado para realizar dicha tarea, habida cuenta que las vidas y los bienes de un grupo de personas, se encontraban expuestas a una situación de inminente peligro, el cual se concretó, con la muerte de tres personas y la destrucción de las viviendas, los muebles y el hurto de semovientes y otros bienes, propiedad de los actores."*³

Con fundamento en lo anterior, forzoso resulta concluir que los elementos cuya concurrencia se precisa para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión y, por ende, para que se concluya que la Administración desconoció la posición de garante que el ordenamiento jurídico le impuso, son los siguientes: **i)** la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública; **ii)** la falta de atención o la atención irregular o inoportuna de dicha obligación por parte de la Administración en el caso concreto y, **iii)** la relación causal adecuada entre dicha omisión y la producción del daño.

Corresponde a la Sala, en consecuencia, verificar si tales elementos se configuran en el caso que ahora se estudia, asunto que se abordará a continuación.

CASO CONCRETO

A continuación la Sala procederá al análisis de los elementos integrantes de la responsabilidad en el presente caso.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de febrero de 2000, exp. 14787, M.P. Alíer E. Hernández. Enríquez.

EL DAÑO

En el presente caso, los demandantes afirman que el daño que se les ha ocasionado se deriva de la muerte del señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ. En ese sentido, la Sala se apresta al análisis de las pruebas allegas al expediente con el propósito de acreditar la existencia o no de este elemento integrante de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio.

Así pues, se allegó al expediente certificado de defunción N°. 2112834 de quien en vida respondía al nombre de NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, así como su respectivo Registro Civil de Defunción (fl.105), donde consta que falleció el día 1° de diciembre 2006, en el corregimiento de San Andrés, jurisdicción del Municipio de Córdoba (Bol.).

En ese mismo sentido, fue aportado al plenario Formato de Inspección de Levantamiento del Cadáver, así como el protocolo de necropsia del occiso, NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, del cual se cita el siguiente aparte:

"Mecanismo de muerte: Se trata del cadáver de un hombre adulto, quien fallece por herniación del uncu cerebeloso debido a edema cerebral agudo, hematoma subdural, debido a trauma encefalocraneano severo y politraumatismo."

De tal manera que, conforme a los documentos relacionados anteriormente, la Sala encuentra acertadita de forma clara, que la muerte del señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ se produjo efectivamente el día 1° de diciembre de 2006; en consecuencia el daño, como elemento de la responsabilidad en el *sub lite*, está plenamente demostrado

Así las cosas, la Sala procederá al análisis de las actuaciones adelantadas por la entidad demandada en aras de evitar la ocurrencia del daño en el *sub lite*

FALLA DEL SERVICIO

Así las cosas, la Sala se adentra en el análisis de las actuaciones adelantadas por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL, para afirmar que, en el *sub lite* no le cabe responsabilidad alguna a la entidad demanda a propósito del daño que se le endilga. Así lo considera la Corporación, puesto que del análisis de las pruebas allegadas al expediente, se puede constatar claramente, que la entidad

demandada adoptó todas las medidas pertinentes para salvaguardar la vida del señor MORALES RODRÍGUEZ; situación que resultó imposible, debido al ataque de más de 300 personas a un grupo de policías que no superaban el número de 20.

Para fundamentar lo anterior, la Sala se vale de las investigaciones disciplinarias y penales que se adelantaron con ocasión de la muerte del señor MORALES RODRIGUEZ, allegadas a instancia e iniciativa de la parte demandante, de las cuales, respecto de las acciones adelantadas por la entidad demandada en aras de solventar la asonada que acabó con la vida de la víctima, se extrae lo siguiente:

INVESTIGACIÓN DISCIPLINARIA ADELANTADA EN CONTRA DEL **SUB TENIENTE ALBERTO LUIS CORTE VALERO**, COMANDANTE DE LA ESTACIÓN DE POLICÍA DEL CORREGIMIENTO SAN ANDRÉS:

VERSIÓN ESPONTANEA DEL SUBTENIENTE -

(...) nuevamente se reunieron los amigos familiares y gente que no tenía nada que ver, con palos, piedras machetes, botellas, botellas llenas de gasolina, varillas y llenos de dolor, y en estado de embriaguez nos lanzaron estos objetos, a NICANOR lo escondimos en Compartel, por una ventana que comunica a la Estación y ahí le dijimos a la comunidad de que NICANOR, lo estaban buscando unos policías por el terraplén, parte de atrás de la estación, cuando uno de ellos dijo que él vio cuando nosotros lo teníamos capturado dentro de la estación, en ese entonces fuimos víctimas de maltrato tanto verbal como físico por las piedras, botellas y palos lanzados, en contra de nuestra integridad, respondiendo nosotros con gases lacrimógenos y disparos de advertencia(..)

(..) hicieron un hueco en la pared, la segunda puerta fue destruida por las patadas y los troncos que lanzaban y como la muchedumbre era mas o menos de 200 a 250 personas, entre amigos familiares y demás personas de otros corregimientos, siendo así incontrolable la asonada, ya que tenían el hueco, la segunda puerta y las dos ventanas para entrar y cuando nos opusimos nos pegaban con palos y piedras donde salió lesionado el Patrullero ARBOLEDA MOSQUERA EDINSON, sufriendo un trauma ocular, cabe anotar que para ese momento contábamos con una fuerza de 1 - 4 - 29 y no reaccionamos disparando en contra de ellos por igualdad de armas. Negritillas y subrayas de la Sala.

La anterior declaración fue ratificada de igual forma por los patrulleros DIEGO ARLEX ARIAS CABILLAS, WILLIAM RAMIRO BARRAGÁN GUZMÁN y DUVIER GONZALO CABRERA.

Además de las declaraciones señaladas, es necesario hacer énfasis en la que a continuación se cita:

Declaración jurada del **RADIO OPERADOR C.A.D. RAÚL CONEO DÍAZ**

"Conocimiento de la asonada si, ya que por medio de los radios de comunicación de ellos informaron que la ciudadanía les estaba haciendo una asonada porque tenían a un capturado el cual lesionó a otro ciudadano de esa localidad mediante una riña, quien posteriormente falleció en el municipio de Córdoba tetón. A la pregunta 4 responde. En primera instancia se le informó al jefe de turno, al comandante de distrito encargado, al personal de Infantería de Marina. A la pregunta 5 responde. Lo cierto es que ese desplazamiento era peligroso debido a que por esos sectores existe presencia de grupos al margen de la ley y todo desplazamiento debía ser autorizado por el Comando de Departamento. A la pregunta 7 responde. Si, al momento de la asonada perdimos la comunicación con ese personal por radio y nos comunicamos con el comandante de la estación por medio de celular, el cual nos confirmó que el capturado se los quitó la ciudadanía, ya que ellos hicieron hasta lo imposible por controlar a la multitud la cual era muy grande, confirmando también que la Estación de Policía la habían destruido y ellos tenían unos policías heridos, cabe anotar que el avión de la Infantería, sobre voló la zona, momentos mas tarde de lo sucedido, también les llegó personal del EMCAR, del Carmen, Cordoba Tetón y la Infantería de Marina los cuales lograron controlar la situación, pero la ciudadanía atentó contra la integridad del ciudadano el cual resultó muerto."

Así las cosas, del material probatorio relacionado anteriormente, se evidencia de forma clara que, los efectivos de la Policía que custodiaban la estación de Policía del Corregimiento de San Andrés, jurisdicción del Municipio de Córdoba (Bol.), se enfrentaron a la asonada fraguada por los habitantes de ese corregimiento. Como se puede notar, los policiales se negaron de forma férrea a hacer entrega del

señor MORALES RODRIGUEZ a la comunidad, negativa que generó gran molestia en la turba, pasando de las agresiones físicas a las verbales, hasta llegar al exabrupto de herir a varios policiales.

En ese orden, la comunidad enardecida destruyó la estación de policía; sin embargo, aquellos no pudieron encontrar al capturado en ese lugar, pues a propósito de defender su vida, los efectivos de la Policía lo trasladaron a un SAI contiguo a la estación, donde muy a pesar, fue encontrado por la comunidad y finalmente asesinado, cuando escapó de la custodia de la Policía

En concordancia con lo anterior, nótese que a diferencia de lo planteado por los actores en su demanda, los efectivos de la Policía Nacional, sí solicitaron los refuerzos requeridos de forma oportuna; sin embargo, debido a la posición geográfica del corregimiento, así como la presencia de grupos al margen de la ley, se hizo imposible el envío inmediato de aquellos, circunstancia que obligó a los policías de la estación a resistir la situación con los medios disponibles que contaban para tal fin, tales como disparos disuasivos y gases lacrimógenos; sin hacer uso excesivo de la fuerza, lo que hubiera derivado en una completa masacre.

Así entonces, los demandantes en el *sub lite*, solo afirman que se configura una presunta falla del servicio por parte de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, sin traer al proceso para tal finalidad prueba alguna que de cuenta de aquella; *contario sensu*, del material probatorio allegado al proceso, se vislumbra claramente que, la entidad demandada trató por todos los medios de aplacar la asonada organizada por el corregimiento, tal y como le obligaban sus funciones, con exposición de las vidas de sus efectivos, inclusive.

Al respecto, el H. Consejo de Estado⁴ ha considerado:

**"FALLA RELATIVA DEL SERVICIO - Disponibilidad de medios físicos y jurídicos /
FALLA RELATIVA DEL SERVICIO - Previsibilidad del daño / FALLA RELATIVA DEL
SERVICIO - Circunstancias del caso concreto**

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011) Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750) Actor: ALICIA MARGOTH MONTILLA Y OTROS Demandado: MUNICIPIO DE SAN LORENZO Y OTRO Referencia: REPARACION DIRECTA - APELACION SENTENCIA

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera", así, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad."

De tal manera que, conforme lo expuesto por la Corporación de cierre de la jurisdicción, las autoridades en el Estado colombiano tienen la obligación y el deber de salvaguardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos, conforme lo dispone el Art. 2º de la C.P., utilizando para tal finalidad, los medios de los que estén provistos en determinadas situaciones. En ese sentido, le corresponde al operador judicial analizar en cada caso, si de acuerdo a los medios disponibles por las autoridades, se cumplió o no de forma eficiente con las responsabilidades a su cargo, para así determinar finamente si le atañe la responsabilidad que se les endilga.

En tal virtud, conforme al análisis efectuado por la Sala anteriormente, se evidencia con meridiana claridad que, la entidad demandada cumplió con los deberes que le cabían, acorde con los medios disponibles para tal propósito, como quiera que

exigirles acciones diversas, equivale a fomentar el exceso de la fuerza y el abuso del poder para con la comunidad, teniendo en cuenta que en su situación, la única forma posible de morigerar la asonada era con disparos directos a la población, lo cual les estaba prohibido.

Analizadas las actuaciones adelantadas por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL direccionadas a solventar la asonada fraguada por la población del corregimiento de San Andrés comprensión del municipio de Córdoba (Bol), que culminó con la muerte del señor MORALES RODRÍGUEZ, la Sala Pasará al estudio del siguiente elemento la responsabilidad, el nexo de causalidad.

NEXO DE CAUSALIDAD

Este elemento de la responsabilidad, se instituye como aquel que se encarga de establecer, si el daño y el la falla del servicio endilgada a la entidad demanda, como elementos integrantes de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio, se deben a la prestación defectuosa o tardía del servicio, así como al actuar negligente u omiso de la entidad demandada.

Pues bien, en el presente caso, manifiestan los actores que, la muerte del señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, se produjo como consecuencia del actuar negligente de los efectivos de la Policía Nacional, puesto que, aquellos al ver que la situación de orden público se hacía insostenible, debieron pedir refuerzos; omisión que ocasionó el amotinamiento de la población de San Andrés, finalizando con la muerte del señor MORALES RODRÍGUEZ.

Ahora bien, tal como quedó visto precedentemente, se demostró de forma clara que la entidad demandada sí cumplió con los deberes que le correspondían, puesto que se probó en el curso del proceso que, dicha entidad sí solicitó refuerzos con el fin de aplacar la situación de orden público que se presentó en el corregimiento de San Andrés, jurisdicción del municipio de Córdoba (Bol.)

Sin embargo, para abundar en razones, la Sala se percató que, de la revisión de las pruebas allegadas a instancia y por iniciativa de la parte demandante tales como, investigación penal adelantada por la Fiscalía General de la Nación por la muerte del señor NICANOR MORALES RODRÍGUEZ, así como el expediente administrativo disciplinario, contentivo de la investigación disciplinaria tramitada en contra del Sub Teniente de la policía Nacional ALBERTO CORTES VALERO,

comandante de la Estación de Policía del corregimiento de San Andrés, el día que sucedieron los hechos, que se configura claramente **la culpa exclusiva de la víctima.**

En ese sentido, de las piezas procesales que comprenden la investigación disciplinaria realizada por la policía Nacional, se destacan los testimonios del Sub Teniente LUIS ALBERTO CORTE VALERO, y de los patrulleros JOSÉ REINALDO BOHÓRQUEZ DÍAZ, DIEGO ARLEX ARIAS, WILIAN RAMIRO BARRAGAN y DUVIER GONZALO CABRERO, quienes se encontraban prestando guardia en la Estación de Policía del corregimiento de San Andrés, jurisdicción del Municipio de Córdoba (Bol.) y, manifestaron al unísono que, ante la situación que se presentó, decidieron esconder al señor MORALES RODRÍGUEZ en un SAI, que colindaba a través de una ventana con la estación de policía, donde permaneció con el Patrullero JOSÉ REINALDO BOHÓRQUEZ DÍAS por más de dos horas, hasta cuando las personas descubrieron el lugar donde estaba. Fue ahí, cuando el señor MORALES RODRÍGUEZ **salió corriendo por la parte de atrás de la estación hacia un terraplén, y fue atrapado por la turba enardecida, quienes finalmente le ocasionaron la muerte.**

Los hechos narrados anteriormente, a su vez fueron ratificados en la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, tal como se desprende de los declaraciones de los policiales, JULIO CESAR BOLAÑOS ALVAREZ y EDWAR ARIZA PEDROZA.

Así entonces, se evidencia de forma clara que, en el presente caso el señor MORALES RODRIGUEZ escapó de la custodia de los policiales exponiendo su vida, configurándose la culpa exclusiva de la víctima.

Respecto a casos donde se ve involucrada la fuerza pública ante situaciones de alteración al orden, donde resultan afectado los particulares infractores, el Consejo de Estado⁵ ha tenido oportunidad de pronunciarse, desarrollando previamente en todos los casos, el tema de la causal eximente de responsabilidad por la culpa exclusiva de la víctima, así:

⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA PRIMERA CON FRENTE ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente MAURICIO FAJARDO GÓMEZ Bogotá, D.C. veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00454-01(18800) Referencia: ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA APELACION DE SENTENCIA

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

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

Conforme a la sentencia citada y, descendiendo a las circunstancias que originaron el lamentable suceso que termina con la vida del señor MORALES RODRÍGUEZ, lo primero que se advierte es que la víctima participa de manera activa y directa sobre la producción del daño sobre ella recaído, como quiera que escapó de la custodia de la policía

Así pues, forzoso resulta concluir que tal resultado dañoso es exclusiva y jurídicamente imputable a la propia víctima, en virtud de su participación directa en el hecho, puesto que al escapar de la custodia de los policías, se desvirtuó la posición de garante que ostentaba la entidad demandada respecto aquel, pues con su actuación colocó en grave riesgo su vida, imposibilitándole a la entidad demandada que le garantizara su seguridad; **configurándose así la culpa exclusiva de la víctima.**

Por todo lo expuesto, la Sala considera que, en el caso bajo estudio no se

configura la falla del servicio alegada por los actores, que pueda derivar en la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, puesto que aquella respondió a los ataques de la población, de conformidad con los medios disponibles para tal propósito; además de ello, el daño en este caso se origina por la culpa exclusiva de la víctima, por haber escapado de la custodia de los policías; razones estas que derivan en la negativa de las pretensiones de la demanda.

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.

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

FALLA

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



JORGE ENRIQUE FERRIANDINO GALLO

FAB



MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1324
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
DEMANDADO	: EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-010-2008-00161-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TRECE (13) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



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

SALA DE DECISION No 004

Cartagena de Indias D.T y C., Noviembre Trece (13) de dos mil trece (2013)

SENTENCIA No. **294**/2013
2ª instancia

Tema: Devolución por reliquidación de mesada pensional – Ley 33 de 1985

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD.
Radicación : 13-001-33-31-010-2008-00161-01
Demandante: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Demandado: EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintisiete (27) de abril de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

A través de apoderado judicial constituido al efecto, la UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, instauró demanda en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - LESIVIDAD contra la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes

PRETENSIONES

“PRIMERA. Declarase que la Resolución Administrativa No. 593 expedida el 09 de diciembre de 1991 y la No. 150 del 26 de marzo de 1992, “POR LA CUAL SE RECONOCE Y RELIQUIDA, RESPECTIVAMENTE, UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN” a la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ, son nulas, parcialmente, por violar el régimen pensional contemplado en la ley 33 de 1985 (Art. 1º Parágrafo 2º), por haber reconocido como salario base de liquidación el 100% de promedio devengado en el último año de servicio, cuando el salario base de liquidación corresponde al setenta y cinco por ciento (75%) de ese promedio, y como tal deben cesar los efectos económicos del Acto en contra de la Universidad de Cartagena.

SEGUNDA. Como restablecimiento del derecho impóngase a la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ, la obligación de restituir a la Entidad demandante, una vez quede ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad de los actos administrativos, los siguientes conceptos:

a- La cantidad de SESENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$66.224.854), o sea el equivalente al mayor valor, o suma que excedió del 75% de la cuantía de la mesada pensional que ha cancelado la Universidad de Cartagena a favor de la demandada, desde que fue reconocido su derecho, es decir, desde su inclusión en la nómina de jubilados, (enero de 1992) hasta el 31 de agosto de 2008, inclusive, incluidas las mesadas adicionales que se han cancelado y los reajustes pensionales que se han aplicado; así como las que se cancelen hasta que se produzca el fallo que declare la nulidad solicitada.

TERCERA. Declárese que la Universidad de Cartagena no está obligada a seguir cancelando el mayor valor, o la suma que excedió el 75% de la cuantía de la mesada pensional de los actos que parcialmente se anulan.

(...).”

HECHOS

La señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de jubilación, por medio de la Resolución No. 593 de 1991, expedida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, equivalente al 100% del promedio de salarios y primas devengadas en el último año de servicios.

Señala que las disposiciones que fundamentaron el reconocimiento fueron la Ley 6ª de 1945, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, los reglamentos y estatutos internos de la Universidad de Cartagena y Acuerdos No. 27 de mayo de 31 de 1978 y No. 01 de agosto de 1978 del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena.

Afirma que la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ, completó los 15 años de servicio el 01 de febrero de 1976 y los 20 años el 1º de febrero de 1981, es decir, es beneficiaria de la transición establecida en la Ley 33 de 1985, en consecuencia la pensión debía reconocerse a los 50 años de edad, tal y como lo estableció la Ley 6ª de 1945 y las demás condiciones como tiempo de servicio y salario base de liquidación debían sujetarse a las previsiones establecidas en la Ley 33 de 1985.

Indica que en los considerandos de la citada resolución se estableció que la Universidad de Cartagena reconoce a sus servidores la mesada pensional equivalente al 100% del promedio de los salarios devengados en el último año o más.

Manifiesta que la pensión reconocida sin competencia legal para efectos, con fundamento en unos reglamentos y estatutos internos aprobados por el Consejo Superior de la Universidad, irrumpiendo una materia exclusiva del legislador, en cuantía que ni la misma Ley 33 de 1985 establecía.

Sostiene que la Resolución No. 150 del 26 de marzo de 1992, mediante la cual reliquidó la pensión de jubilación inicialmente reconocida a favor de la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ, incurrió en el mismo yerro.

Agrega que al realizar la confrontación de los actos acusados con la Ley 33 de 1985 y la Ley 6ª de 1945, no cabe duda de que se ha infringido una norma superior, pues no es competencia de un establecimiento público como lo es la Universidad de Cartagena, consagrar requisitos o condiciones para obtener la pensión de jubilación y al haber sujetado el acto cuestionado a las normas expedidas por el centro docente superior, es del caso aplicar la excepción de ilegalidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política, Artículos 150 numeral 19 literal e).
- Ley 33 de 1985, artículo 1.

La entidad demandante desarrolló el concepto de violación manifestando que el Consejo Superior de la Universidad de Cartagena no tenía ni tiene la competencia para establecer condiciones de pensión, facultad que está reservada al legislador.

Señala que la expedición de acuerdos internos a cargo del Consejo Superior de la Universidad de Cartagena que establecieron condiciones pensionales distintas a las establecidas en la ley, carecen de valor y por lo tanto no pueden reconocerse prestaciones con base en esos preceptos, pues los reconocimientos así efectuados son ilegales.

Afirma que la pensión reconocida a la demandada va en detrimento del erario público al estar por encima del tope legal establecido en la norma que debió regular el reconocimiento de la prestación, por lo tanto es viable la declaratoria de nulidad de los actos administrativos acusados, ante la imposibilidad de revocarlos directamente, pues han creado una situación jurídica de carácter particular.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte accionada, señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ, no contestó la demanda.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia del 27 de abril de 2012, el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda.

La Juez de primera instancia consideró que el derecho pensional de la demandada fue reconocido por la Universidad de Cartagena con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que a nivel territorial, entró a regir el 30 de junio de 1995, dado que la resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación se expidió con fecha 9 de diciembre de 1991, por tanto, de conformidad con el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que protege las situaciones jurídicas individuales que se hayan consolidado por disposiciones de carácter territorial en materia de pensiones de jubilación extralegales, como es el caso de los actos acusados, procede el amparo de los derechos adquiridos, por lo cual no se decretará la nulidad de los actos administrativos acusados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La entidad demandante a través de su apoderado judicial, presentó y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2012 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, dentro del término previsto en el art. 212 del C.C.A., solicitando su revocatoria.

Señala que el Juzgado debió acceder a las pretensiones de la demanda y establecer que para el otorgamiento de la pensión de jubilación reconocida a la demandada, debió aplicarse en su integralidad lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, en cuanto al tiempo de servicio y monto de la pensión, y con relación a la edad debía aplicarse el parágrafo 2º que remite a la Ley 6ª de 1945, es decir, a la edad de 50 años.

Manifiesta que dada la calidad de empleado público de la demandada para el momento de acreditar los requisitos, según lo establecido en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política, la facultad para fijar el régimen de prestaciones sociales esta atribuida al Congreso de la República, en consecuencia, el régimen prestacional aplicable a la demandada era la ley 33 de 1985.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto calendado el 14 de febrero de 2013, esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (fl. 294); y, con

providencia adiada en febrero 28 del año en curso, se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (fl. 296).

En esta oportunidad procesal la parte demandante reiteró los mismos argumentos expuestos en su recurso de apelación, la parte demandada guardó silencio, y el Ministerio Público desistió de emitir concepto de fondo.

VI. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

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

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia adiada 27 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del C.C.A.

CADUCIDAD

La presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho no ha caducado, si se tiene en cuenta que el acto administrativo demandado se refiere a prestaciones periódicas (pensión de jubilación), que pueden demandarse en cualquier tiempo, según lo dispuesto en el artículo 136 del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso, consiste en establecer si las Resoluciones Administrativas No. 593 del 9 de diciembre de 1991 y la No. 150 del

26 de marzo de 1992, proferida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, son nulas, por violar el régimen pensional contemplado en las Leyes 33 de 1985 y 100 de 1993.

TESIS DE LA SALA

En consideración de la Sala, la sentencia recurrida deberá ser confirmada, por cuanto el reconocimiento de derechos pensionales que se causaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con base en normatividades del orden territorial, o en este caso de entes autónomos como la Universidad de Cartagena, que contrariaron los regímenes pensionales dispuestos por la Ley 33 de 1985 y la Ley 100 de 1993, fueron convalidadas conforme lo dispuso el Art. 146 Ídem; dejando incólumes aquellos derechos de naturaleza especial.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Mediante la Resolución No. 593 del 9 de diciembre de 1991 proferida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, se reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación a la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ desde el momento efectivo de su retiro (fl. 22-23).

El reconocimiento pensional se efectuó dando por acreditado un tiempo de servicio de 30 años y 8 meses, comprendido entre el 1º de febrero de 1961 y el 30 de septiembre de 1991; y determinando el cumplimiento de 50 años de edad el día 16 de septiembre de 1991.

Como disposiciones aplicables para el reconocimiento pensional se invocaron la Ley 6º de 1945, Decreto 3135 de 1968, Reglamentos y Estatutos de la Universidad de Cartagena y Acuerdos No. 01 de agosto de 1978 del Consejo Superior y 27 de mayo 31 de 1978 del Consejo Directivo de la Universidad.

El reconocimiento pensional se efectuó en cuantía de \$189.252,27 pesos, tomando como salario base de liquidación el 100% del salario mensual devengado en el último año de servicio, disponiendo que contra dicho acto procedía el recurso de reposición y apelación.

La Gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena profirió la Resolución No. 150 del 26 de marzo de 1992, por medio de la cual se reliquidó la pensión de jubilación de la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ por un monto \$207.825,50 (fl. 24).

Marco jurídico y jurisprudencial

Advierte la Sala que por tratarse de un acto de carácter particular, proferido por el organismo demandante a través de uno de sus funcionarios, se está ante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de un acto propio, denominada doctrinal y jurisprudencialmente en Colombia como acción de lesividad, para cuya procedibilidad se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 73 del C.C.A. que dice:

"ARTICULO 73. REVOCACION DE ACTOS DE CARACTER PARTICULAR Y CONCRETO. <Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del dos (2) de julio del año 2012. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión."

Procede entonces la acción de lesividad, cuando la Administración expide un acto administrativo que le resulta perjudicial en razón de que contraviene el orden jurídico superior, y sin embargo, no puede revocarlo directamente debido a que no se reúnen los requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante la revocatoria directa, ya que no es viable obtener el consentimiento escrito del particular, salvo que de manera excepcional frente a la actuación evidentemente fraudulenta de su parte, la administración podrá prescindir de la obtención previa de su consentimiento (Corte Constitucional sentencia C 835 de 2003.)

✓ **Naturaleza Jurídica de la Universidad de Cartagena y Autonomía Universitaria**

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 40 de 1996, que modifica el Acuerdo 3 de 1994, la Universidad de Cartagena es una institución educativa creada por Decreto de 6 de octubre de 1827 y reconocida por disposiciones legales posteriores como son la Ordenanza No. 12 de 1956 del Consejo Administrativo de Bolívar y el Decreto No. 166 del 24 de febrero de 1983 de la Gobernación del Departamento de Bolívar¹.

El artículo 69 de la Constitución Política garantiza la autonomía universitaria que se traduce en comportamientos administrativos de gestión tales como darse sus propios reglamentos, estatutos y directivas, su tenor literal es el siguiente:

"Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo. El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior."

Esta autonomía significa que la institución puede organizarse internamente dentro de los parámetros que el Estado le permite al reconocerle la calidad de Universidad.

La llamada autonomía universitaria debe entenderse como la capacidad de disponer conforme a la misma Constitución y a la Ley, de un margen de manejo y organización que le permita al ente universitario dirigir sus destinos con arreglo a sus propios objetivos, pero siempre bajo la dirección del Estado.

Por mandato expreso del artículo 62 de la Constitución de 1886, con sus reformas, en especial la de 1957, la ley debía determinar las condiciones de jubilación de los empleados del Estado y, en general, todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán determinar otras condiciones sino dentro de las normas que expida el Congreso para regular, entre otras, las condiciones de jubilación.

¹ Pagina web de la Universidad de Cartagena "unicartagena.edu.co".

La Constitución Política de 1991, en el artículo 150, numeral 19, ordinal e), dispone:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

[...]

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

[...]

e). Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.[...]"

La autonomía universitaria no incluye la facultad de reglamentar el régimen pensional de sus empleados dado que tal función es exclusiva del Congreso de la República por expresa disposición de la Constitución Política, lo que significa que es ilegal cualquier disposición perteneciente a normas de carácter local, como Ordenanzas, Acuerdos Municipales, Resoluciones o Acuerdos de Establecimientos Públicos bien sean nacionales o del orden departamental, que regulen la materia.

✓ **Régimen pensional establecido por la Universidad de Cartagena**

El Consejo Directivo de la Universidad de Cartagena, a través de los Acuerdos 27 y 01 de 31 de mayo y 1 de agosto de 1978 estableció el régimen de pensiones aplicable a los empleados públicos docentes que reiteró a través del Acuerdo 26 de 1996 de la siguiente manera (fl. 29-30):

- a) Reconocimiento de pensión de jubilación con (20) años de servicios, continuos o discontinuos, exclusivos a la Universidad, cincuenta (50) años de edad y en monto del cien por ciento (100%) del promedio devengado durante el último año de servicio a la Universidad, a quienes el 31 de diciembre de 1984 hubiesen tenido quince (15) años de servicio continuos o discontinuos en la Universidad de Cartagena.*
- b) Reconocimiento de pensión de jubilación con (20) años de servicio, continuos o discontinuos cumplidos con la Institución, cincuenta (50) años de edad y en monto del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en el último año de servicio a quienes ingresaron antes del 21 de febrero de 1985.*
- c) Para los casos no previstos en los numerales anteriores se aplica la ley. [...]"*

En relación con este punto, reitera la Sala que el régimen pensional de los empleados públicos de las Universidades Oficiales es una atribución exclusiva del Congreso de la República por expresa disposición de la Constitución

Política, lo que significa que es ilegal cualquier disposición perteneciente a normas de carácter local.

✓ **Normatividad legal aplicable en materia pensional**

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, en el artículo 11, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003, determina su campo de aplicación con el siguiente tenor literal:

"El Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional, conservando y respetando, adicionalmente todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos y establecidos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo para quienes a la fecha de vigencia de esta ley hayan cumplido los requisitos para acceder a una Pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de Prima Media y del sector privado en general.

Lo anterior será sin perjuicio del derecho de denuncia que le asiste a las partes y que el tribunal de arbitramento dirima las diferencias entre las partes."

De otro lado el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 preceptúa:

"Art. 36. Régimen de transición. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.
[...]"*

De acuerdo con las anteriores preceptivas las personas que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones tuvieran 15 años de servicio cotizados, o 35 años de edad si es mujer o 40 años de edad si es hombre tendrán derecho a que se les reconozca la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicio cotizado y monto de la pensión dispuestos en el régimen anterior al que se encontraban afiliados al 30 de junio de 1995, fecha

en que entró a regir el sistema de pensiones para los servidores públicos del nivel Departamental, Municipal y Distrital (artículo 151 de la Ley 100 de 1993).

La Ley 33 de 1985 reguló el régimen prestacional de todos los empleados oficiales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por mandato del artículo 1º no sólo se equiparó la edad de la mujer con la del varón para efectos de jubilación en 55 años, sino que estableció la regla para la pensión de los empleados oficiales de todos los niveles territoriales y se consagraron unas excepciones, con el siguiente tenor literal:

"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años, tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio".

(...)

Parágrafo 2º. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

(...)."

El parágrafo 2, ibidem, estableció que a los empleados que llevaran un tiempo de servicio de 15 años a la fecha de expedición de la ley, se les aplicaría el régimen anterior de pensiones dispuesto en la Ley 6ª de 1945 que en el artículo 17, literal b), estableció una pensión vitalicia de jubilación en favor de los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, en cuantía equivalente al 75% (Ley 4 de 1966, modifica en lo pertinente el literal b) del artículo 17 ibídem).

Teniendo en cuenta la normatividad en cita, la pensión de jubilación de la demandada debió reconocerse únicamente con las normas legales que regulan el régimen pensional de los servidores públicos y no aplicando también Acuerdos proferidos por la misma Universidad que establecen un monto pensional superior al legal.

✓ **Situaciones definidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**

El artículo 146 de la Ley 100 de 1993 dispone:

"Las situaciones jurídicas de carácter individual definidas con anterioridad a la presente ley, con base en disposiciones municipales o departamentales en materia de pensiones de jubilación extralegales en favor de empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados, continuarán vigentes.

También tendrán derecho a pensionarse con arreglo a tales disposiciones, quienes con anterioridad a la vigencia de este artículo, hayan cumplido o cumplan dentro de los dos años siguientes los requisitos exigidos en dichas normas.

Lo dispuesto en la presente ley no afecta ni modifica situaciones de las personas a que se refiere este artículo.

Las disposiciones de este artículo regirán desde la fecha de la sanción de la presente ley".

Así, la norma es clara al establecer que se mantienen los derechos "extralegales" siempre y cuando la situación se haya consolidado con anterioridad a su vigencia, es decir, que se entienden incluidas las convenciones colectivas aplicadas irregularmente a los empleados públicos precisamente porque les extienden prestaciones superiores a las establecidas en las normas legales aplicables a éstos y en tal sentido constituyen derechos adquiridos que deben ser respetados.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C- 410 de 28 de agosto de 1997, declaró exequible la norma excepto en el aparte que pretendía salvaguardar los derechos de quienes cumplan los requisitos pensionales en los dos años siguientes a su vigencia, por las siguientes razones:

"(...)

Y es que si a diciembre de 1993 cuando entró en vigencia dicha ley, los trabajadores aún no habían adquirido el derecho pensional, no hay razón alguna que justifique que a los mismos se les aplique, cuando tan solo tienen una mera expectativa frente a una ley vigente, dichos preceptos pues ello genera una situación abiertamente violatoria de la igualdad, pues así como la expectativa se genera para quienes esperan pensionarse dentro de los dos años, porqué no para quienes cumplan los requisitos legales dentro de los dos años y un día o más?; nótese que lo que dispone la Constitución es que se garantizan los derechos ya adquiridos, que no pueden ser desconocidos por una ley posterior, y no las meras expectativas. Por ende, dichos trabajadores quedarán sometidos, al momento en que respecto de ellos se consolide el derecho pensional, a las normas legales vigentes para aquel entonces, es decir, las contenidas en la Ley 100 de 1993.

Así entonces, el derecho pensional sólo se perfecciona previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, edad y tiempo de

servicio, lo cual significa que mientras ello no suceda, los empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 no habían cumplido dichos requisitos, apenas tenían una mera expectativa, por lo que no les son aplicables las normas vigentes antes de la expedición de dicha ley. Quiere ello decir, que en el momento en que el legislador expidió la norma cuestionada, "el derecho" a pensionarse con arreglo a las normas anteriores no existía como una situación jurídica consolidada, como un derecho subjetivo del empleado o servidor público. Apenas existía, se repite, una expectativa, susceptible de ser modificada legítimamente por el legislador.

Por lo tanto, el privilegio establecido en el inciso segundo para quienes cumplan dentro de los dos años siguientes a la vigencia de la ley 100 los requisitos para pensionarse, genera un tratamiento inequitativo y desigual frente a los demás empleados o servidores públicos o personas vinculadas laboralmente a las entidades territoriales o a sus organismos descentralizados que cumplan dichos requisitos con posterioridad. Situación esta que quebranta el artículo 13 superior, en cuya virtud todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y se prohíbe cualquier forma de discriminación entre personas o grupos de personas que se encuentren en circunstancias iguales.

En este orden de ideas, se declarará exequible el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, salvo la expresión "o cumplan dentro de los dos años siguientes", la cual se declarará inexecutable, como así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

..."

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, el aparte del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 que permitía la aplicación de dicha norma a quienes reunían los requisitos pensionales durante los dos años siguientes a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, resulta inconstitucional por ser violatorio del derecho a la igualdad.

Pese a lo anterior, observa la Sala que la sentencia que declaró inexecutable el aparte citado fue proferida el 28 de agosto de 1997 sin que la Corte Constitucional modulara sus efectos en forma retroactiva, razón por la cual se entiende que la decisión rige sólo hacía el futuro.

Así, atendiendo lo dispuesto en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993 que determina la "VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES", en el orden nacional a partir del 1º de abril de 1994 y en los niveles departamental, municipal y distrital máximo el 30 de junio de 1995, el aparte de la norma declarado inexecutable debe ser aplicado desde las fechas señaladas hasta

completar los dos años porque la sentencia fue proferida con posterioridad, 28 de agosto del mismo año 1997, y no tuvo efectos retroactivos.

Sobre el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 7 de octubre de 2010, Exp. No. 1484-09, M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado, manifestó lo siguiente:

"En la Sentencia C- 410 de 1997 la Corte no moduló los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad del aparte en estudio, razón por la cual, ha de entenderse que ellos son ex nunc. Lo anterior implica que deben avalarse las situaciones que durante la vigencia del texto inicial del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 se adquirieron.

- Por lo expuesto, resulta válido afirmar que no sólo las situaciones que se consolidaron o adquirieron con anterioridad al 30 de junio de 1995 con fundamento en normas municipales o departamentales, se reitera, a pesar de su ilegalidad, quedan amparadas por lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993; sino también aquellas que se adquirieron antes del 30 de junio de 1997, pues, se reitera, estas últimas no se vieron afectadas por la declaratoria de inexecutable efectuada con la Sentencia C-410 de 28 de agosto de 1997, dados los efectos de la misma. (...)"

En el *sub lite* se encuentra demostrado que a la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ, la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, mediante Resolución No. 593 del 9 de diciembre de 1991, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación, para lo cual verificó los siguientes requisitos: 30 años, 8 meses al servicio de la Universidad de Cartagena, comprendidos entre el 1º de febrero de 1961 hasta el 30 de septiembre de 1991; y 50 años de edad cumplidos el día 16 de septiembre de 1991. (fls. 21-23).

De tal manera que, a la fecha 9 de diciembre de 1991 cuando se le reconoció la pensión a la señora EDITH ECHAVEZ DE LA CRUZ, aún no había sido expedida la Ley 100 de 1993; por tal razón el régimen pensional reconocido por la Universidad de Cartagena aplicando sus reglamentos y estatutos, debe continuar vigente con fundamento en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993, que protege las situaciones jurídicas individuales que se hayan consolidado por disposiciones de carácter territorial, en materia de pensiones de jubilación extralegales, como es el caso de los actos acusados, proferidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, pone de manifiesto, que si bien es cierto que en este caso está demostrado que la resolución en virtud de la cual la Universidad de Cartagena le reconoció su pensión a la señora ECHAVES DE LA CRUZ, se profirió con inobservancia del régimen pensional de los empleados públicos consagrado por la Ley 33 de 1985, también lo es que, a luz de recientes pronunciamientos del H. Consejo de Estado, esa Corporación ha determinado que en estas situaciones, solo se configura la nulidad de aquellos actos administrativos, cuando el derecho a la pensión se causó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con base en el Art. 146 ídem.

En ese orden, la Corporación de cierre de la Jurisdicción², al resolver controversias similares planteadas por la Universidad de Cartagena, sometidas a su conocimiento en virtud de recurso de apelación, ha determinado lo siguiente:

PENSION DE JUBILACION DE EMPLEADOS PUBLICOS – Reconocimiento con base en normas territoriales. Convalidación a quienes cumplen requisitos dentro de los dos años siguientes al sistema de seguridad social. Sentencia de Inexequibilidad. Efectos

Así, el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 es claro al establecer que se mantienen los derechos "extralegales" siempre y cuando la situación se haya consolidado con anterioridad a su vigencia, es decir, que se entienden incluidas las convenciones colectivas aplicadas irregularmente a los empleados públicos precisamente porque les extienden prestaciones superiores a las establecidas en las normas legales aplicables a éstos y en tal sentido constituyen derechos adquiridos que deben ser respetados. El aparte del artículo 146 de la Ley 100 de 1993 que permitía la aplicación de dicha norma a quienes reunían los requisitos pensionales durante los dos años siguientes a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, resulta inconstitucional por ser violatorio del derecho a la igualdad. Pese a lo anterior, observa la Sala que la sentencia que declaró inexequible el aparte citado fue proferida el 28 de agosto de 1997 sin que la Corte Constitucional modulara sus efectos en forma retroactiva, razón por la cual se entiende que la decisión rige sólo hacia el futuro. En el sub lite se encuentra demostrado que la pensión de jubilación de la demandada fue reconocida 3 de noviembre de 1994, es decir, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por tal razón su situación debe entenderse convalidada de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 y por tanto, la pensión de jubilación liquidada en aplicación de los Acuerdos proferidos por el Consejo Superior de la Universidad de Cartagena en el año 1978, con el 100% de lo devengado en el último año debe mantenerse en los mismos términos.

²CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejera ponente. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2004-00272-01(1730-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: BENICIO SANCHEZ CABARCAS

Esta posición, ha sido sostenida por esa Corporación en los siguientes pronunciamientos:

- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2003-00491-02(0912-11), Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: REBECA LECOMPTE DE FIGUEROA;

- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01641-01(1804-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, Demandado: INDULTO JOSÉ HERNÁNDEZ PADILLA;

- CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012). Radicación número: 13001-23-31-000-2002-01582-02(0628-11) Actor: UNIVERSIDAD DE CARTAGENA Demandado: ARIEL PEREZ LUNA

En ese orden, resulta claro para la Sala que la situación de la señora EDITH ECHAVEZ, se subsume dentro de las circunstancias descritas por la reiterada jurisprudencia que sobre el tema ha proferido el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa, toda vez que, su derecho al reconocimiento de pensión, **se consolidó antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**; de tal manera que, se encuadra dentro de la previsión dispuesta por el Art. 146 de Ídem.

En conclusión, la Universidad de Cartagena no logró desvirtuar la presunción de legalidad que reviste a los actos administrativos y, en consecuencia se confirmará el fallo impugnado.

COSTAS

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

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia de fecha 27 de abril de 2012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **REMITASE** el expediente al Juzgado de origen, para los efectos legales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

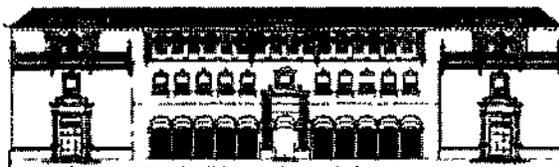
Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

JORGE ELIOT RIVERA FALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1325
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: LINA ARROYO ALVARINO
DEMANDADO	: E-S-E HOSPITAL LOCAL SAN NICOLAS D E TOLENTINO DE PINILLOS BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2011-00214-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DECISIÓN No. 2

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

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Clase de Acción : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicación : 13-001-33-31-003-2011-00214-01
Demandante : LINA ARROYO ALVARINO
Demandado : ESE HOSPITAL LOCAL SAN NICOLÁS DE TOLENTINO

Tema : CESANTÍAS RETROACTIVAS

Procede la Sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante Acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante a través de apoderado, contra la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

Solicita lo siguiente:

(...)

"PRIMERO.- Declárense nulo el acto ficto o presunto constituido por no dar respuesta al oficio de fecha enero 24 de 2011, radicado en su despacho el día 07 d (sic) febrero de 2011, mediante el cual se solicitaba lo siguiente: 1) Que se expida el acto administrativo debidamente motiva (sic) que ordene el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas debidamente indexadas a la señora Lina Mercedes Arroyo Alvarion (sic), 2) que se ordene el pago de uniformes y calzados de las vigencias 20006 (sic), 2007,2008 y el primer trimestre

de 2009, 3) que se ordene el pago de los parafiscales en salud y pensiones a la Caja de Previsión Social CAJANAL o a la entidad que la haya reemplazado.

“SEGUNDA.- Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, se le ordene a la demanda (sic) que se expida el acto administrativo debidamente motiva (sic) que ordene el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas debidamente indexadas a la señora Lina Mercedes (sic) Arroyom (sic) Alvarino.

“TERCERO: Que se ordene a la demanda (sic) el reconocimiento y pago de uniformes y calzados de las vigencias 20006 (sic), 2007, 2008 y el primer trimestre de 2009.

“CUARTO: La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda en curso legal en Colombia y se ajustarán dichas condenas tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor conforme a lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

“QUINTO: Para el cumplimiento de la sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

“SEXTO: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada.”

(...)

1.2. HECHOS

Los relata de la siguiente forma:

(...)

1) La señora Lina Mercedes Arroyo Alvarino, viene vinculada al sector salud subsector oficial desde junio 01 de 1982, cuando fue nombrada y posesionada en el cargo de Promotora de Salud en la unidad regional salud No.3 cuya sede era el Hospital San Juan de Dios de Magangué, desempeñando sus funcione (sic) en el corregimiento de coyongal (sic).

2) Que el día 30 de junio de 1999. Se celebró un convenio interadministrativo entre el Departamento de Bolívar – Secretaria de Salud y el Municipio de Pinillo (sic) para la asunción de la Dirección y Prestación de los servicios de salud del primer nivel atención por parte del m (sic) municipio y el Departamento de Bolívar – Secretaria Seccional de Salud – cede los recursos físicos, económicos y humanos al municipio, en virtud de dicho convenio la señora Lina Mercedes Arroyo Alvarino, fue transferida al Municipio de Pinillo (sic) y posteriormente

del Municipio de Pinillo (sic) a la ESE Hospital San Nicolás de Tolentino de Pinillo (sic), con las misma (sic) condiciones y prerrogativas de carácter salarial y prestacional que tenía el Departamento y sin solución de continuidad.

3) Que mi poderdante fue afiliada al Fondo Nacional del ahorro con (sic) sin estar obligada a ello por ser empleada de Nivel Departamental, igualmente tiene derecho a la retroactividad de las cesantías por haber ingresa (sic) al sector salud con anterioridad a la expedición de la ley 100 de 1993, es decir, antes del 23 de diciembre de 1993.

4) El sistema de salud creado por la Ley 9 de 1973, nace por convenios entre la nación, los departamento (sic), los Municipios, las instancias y las comisarias, por lo tanto los trabajadores y empleados de los servicios seccionales de salud eran trabajadores, empleados y funcionarios del orden territorial respectivo.

5) Que la gerente de la ESE Hospital Local San Tolentino de Pinillo (sic), durante la vinculación de la actora nunca realizo el pago de los aporte (sic) para seguridad social en pensiones, pero si realizaba y realiza los descuentos de los salarios de los empleados.

6) Que a la actora se adeudan a (sic) de las cesantías retroactivas.

7) Que también le adeudan dotaciones de uniformes y calzados de los años 2006, 2007, 2008 y el primer trimestre de 2009.

8) que el día 07 de febrero de 2011, se radico (sic) derecho de petición sin respuesta hasta el momento.

9) En audiencia de conciliación celebrada el día 17 de agosto de los cursantes la demandada digo (sic) “ la entidad que nosotros representamos ESE Hospital Local San Nicolás de Tolentino de Pinillo (sic) Bolívar, no tiene animo conciliatorio dado que no existe claridad jurídica frente a los derechos reclamados por la accionante, dado que su naturaleza de derechos laborales no la cobija por el rango de las funciones realizadas por ella y su vinculación con la entidad que representamos”.

10) Que el ultimo (sic) asignación básica mensual de la actora fue de ochocientos un mil cero veintiún (801.021) pesos M/L.

(...)

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Estima que los actos administrativos acusados, son contrarios a las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 13, 29, 53

Artículos 242 de la Ley 100 / 93

Artículo 33 Ley 60 / 93

Artículo 17 Ley 6 / 45; Artículos 1 y 2 Ley 65 /46

Los Artículos 1, 2, 25, 53, 11, 48. De la Constitución Nacional.

Como fundamentos de la violación argumenta el accionante que "en la Constitución Nacional, el trabajo representa un valor esencial en el Estado social de derecho como se deduce del conjunto normativo integrado por el preámbulo y los artículos 1, 2, 25, 53, 39, 48, 55, 56 y 64 en cuanto lo reconoce como un derecho en cabeza de toda persona a pretender y obtener un trabajo en condiciones dignas y justas, e igualmente como una obligación social, fundada en la solidaridad social."

Para los trabajadores el pago oportuno de los salarios es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. No puede olvidarse que la figura de la retribución salarial está directamente ligada con la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas a la subsistencia.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada descorre el traslado de la demanda por medio del escrito que obra a folios 46 a 54, en la que plantea su posición frente a cada uno de los hechos formulados en la demanda, y además de ello, se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas.

Como excepciones plantea la de prescripción de la obligación e inepta demanda. En lo referente a la excepción de prescripción la entidad demandada plantea lo siguiente:

(...)

Fundamenta el apoderado de la parte demandante la presente demanda instaurada contra mi poderdante, en el hecho de haber presentado derecho de petición la señora Lina Arroyo

Alvarino, en fecha 7 de febrero de 2011, donde solicita que en dicho acto ordene el pago de uniformes y calzados de vigencias 2006, 2007, 2008 y primer trimestre de 2009.

Entre esas fechas y la fecha de presentación del derecho de petición en el que reclama a la entidad demandada, es decir, 07 de febrero de 2011, han transcurrido mas de tres años lo que indica a las claras que se dan los requisitos facticos legales, que fundamentaron la respuesta dada a la demandante en su momento, al contestar su derecho de petición, pues han trascurrido más de tres (03) años desde que se hicieron exigibles cada una de las sumas de dinero anteriormente señaladas.

(...)

En relación a la excepción de inepta demanda la parte demandada manifiesta:

(...)

Me permito poner de manifiesto que la actora en su demanda no cumple con el mencionado requisito de forma, en atención a que las pretendidas acreencias laborales reclamadas no fueron relacionadas en la forma exigida por la norma arriba transcrita, lo cual se puede observar del texto de las pretensiones de la demanda.

La actora con esas pretensiones de manera absolutamente imprecisas, plantea la reclamación de unas acreencias laborales indeterminadas, ya que hace una mezcla sin fraccionar para poder establecer con claridad lo realmente adeudado en cuanto a periodos de pensión y salud, así como tampoco hace claridad sobre el monto o desde cuando tiene derecho a las cesantías retroactivas, no especifica si el fondo de cesantías le pago las cesantías y solo le quedaron debiendo el supuesto retroactivo ni señala si le hizo reclamo en primera instancia al fondo de cesantías donde estuviese afiliada, tampoco discrimina el valor de las dotaciones reclamadas, solo se limita a señalar unos años pero nada más.

(...)

3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 26 de noviembre de 2012, denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

“(...)”

Asevero la actora que el día 30 de junio de 1999, se celebró un convenio interadministrativo entre el Departamento de Bolívar – Secretaria Seccional de Salud y el Municipio de Pinillos, por medio del cual el Departamento de Bolívar cedió los recursos físico, económicos y

humanos al ente territorial y que en virtud de dicho convenio, la actora fue transferida al municipio de pinillos a la E.S.E San Nicolás de Tolentino con las mismas condiciones y prerrogativas de carácter salarial que tenía en el departamento y sin solución de continuidad. Pues bien, considera el despacho que era deber de la parte actora, como carga probatoria, no solo demostrar que para el año 1993 se encontraba a una institución a dependencia de salud que pertenezcan al subsector oficial del sector salud, sino que además, era indispensable que en el aludido convenio interadministrativo, en lo atinente a la transferencia de personal, se daba la misma conservando las condiciones y prerrogativas de carácter salarial que tenían tales empleados en el departamento y sin solución de continuidad.

En ese sentido, debe precisar el despacho que en el plenario no reposa prueba que demuestre en primer lugar, la existencia del convenio interadministrativo comentado en precedencia y en razón del cual, la demandante fue transferida al Municipio de Pinillos y específicamente, a la E.S.E Hospital Local San Nicolás de Tolentino.

Al no existir en el expediente dicho acto administrativo, no resulta posible para esta judicatura establecer la veracidad de lo afirmado por la actora al sostener que la susodicha transferencia de personal del departamento de Bolívar al Municipio de Pinillos se produjo sin solución de continuidad y conservando las condiciones laborales y prestacionales que asistían en calidad de empleada departamental, no pidiendo de esa manera, evidenciarse en el plenario el derecho a la retroactividad de las cesantías que depreca la demandante, conllevando ello a negar las suplicas de la demanda respecto de tal precisión.

Ahora bien en lo que respecta al reconocimiento y pago de los uniformes y calzados durante la vigencia de 2006, 2007, 2008 y el primer trimestre de 2009, se ha de manifestar que si bien de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la ley 70 de 1988, las personas que trabajan al servicio de establecimientos públicos tales como para el que se desempeñaba la actora, en principio tienen derecho a ello, pero siempre y cuando su remuneración sea inferior a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)

Más adelante con respecto al tema se señala lo siguiente:

(...)

En virtud a que como también lo señala la jurisprudencia, para el logro de salir avante con pretensiones de esta índole, se requiere indefectiblemente la acreditación de los perjuicios respectivos en ocasión de no haberse suministrado las dotaciones pertinentes de uniforme y calzado para las épocas señaladas.

En vista, que ello no se acredita acá, lo pertinente es manifestar que no se accederá a la prosperidad de las pretensiones respecto de uniforme y calzado deprecadas.

Aunado lo anterior no existe prueba que pruebe que la actora para las vigencias 2006, 2007 y 2008 haya percibido un ingreso mensual inferior a dos salarios mínimos legal, siendo indispensable la misma para determinar si la actora era acreedora del (sic) dicha prestación laboral.

Y por último, en lo atinente a que se realice el pago de parafiscales e salud y pensiones a la Caja de Previsión Social CAJANAL, es preciso afirmar, que también corre la misma suerte que la pretensión anterior, dado que en materia probatoria los artículos 168 y 169 C.C.A, remiten al C, de P Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración, como también el decreto y practica de pruebas de oficio.

Ante esa remisión expresa, preciso es tener en cuenta que el artículo 174 del C.P.C, señala que toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, luego, para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados el efecto en el código indicado pues así lo establece el artículo 183 ibídem. En consecuencia con ello la parte demandante debió solicitar las pruebas en la demanda según el ordinal 5º del artículo 137 del C.C.A.

(...)

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

En la oportunidad procesal para ello, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, señalando como motivos de inconformidad los siguientes:

"(...)"

La sentencia recurrida, al pronunciarse en el fondo del asunto, niega las suplicas de la demanda al considerar, que el demandante no adjunto o solicito los medios de prueba correspondientes a fin de que fuesen valorados en esta instancia a efectos de entrar a o (sic) deprecado.

(...)

Más adelante el apelante hace referencia a un aparte de la sentencia de primera instancia, en donde se manifiesta que existe una incongruencia entre los hechos de la demanda y

certificado obrante a folio 22 del expediente, expedido por la Gerencia de la E.S.E Hospital Local San Nicolás de Tolentino del Municipio de Pinillos, en el que se hace constar que la actora laboro en esa entidad desde el 23 de julio de 1982, hasta el 1 de julio de 2009, Contrario a lo que se plantea en los hechos de la demanda que dice que la vinculación de la actora viene dada desde el día 1 junio de 1982 en la Unidad Regional de Salud No.3 Hospital San Juan de Dios de Magangué, entidades totalmente distintas a la E.S.E demandada. Tal como lo manifiesta constancia expedida por la Coordinadora del PAR de la E.S.E San Juan de Dios hoy liquidada.

Manifiesta la parte actora en el recurso que la incertidumbre generada por los certificados mencionados es aclarada en memorial enviado al presente asunto, en atención a oficio ordenado por el a quo al Fondo Nacional del ahorro en donde se solicita certificado en que conste si la actora aparece como beneficiaria del mismo, y en caso afirmativo desde cuando viene afiliada y todo lo concerniente a sus cesantías.

En respuesta al mencionado oficio el Fondo Nacional del Ahorro responde que la actora aparece retirada del mismo por el Servisalud de Bolívar, el Hospital San Juan de Dios de Magangué y el Hospital San Nicolás de Tolentino, entidades que realizaron aportes de cesantías a su nombre, la primera de ellas desde 1978 a 1993, la segunda de 1994 a 1999 y la tercera de 2000 a 2009.

De conformidad con lo anterior la parte demandante afirma que la actora presto sus servicios de manera continua e ininterrumpidamente a las entidades relacionadas por el Fondo Nacional del Ahorro en los tiempos señalados en dicho documento, como quiera que no existió ruptura del vínculo laboral entre ellas, solo hasta el año 2009 cuando voluntariamente renuncio al cargo de promotora rural.

5. TRASLADO PARA ALEGAR

5.1. DEMANDANTE:

Alegó mediante memorial obrante a folio 136 a 143 del expediente manifestando lo siguiente:

(...)

Si bien es cierto que no se allego al proceso los convenio (sic) interadministrativo firmado entre el Departamento de Bolívar – Secretaria Seccional de Salud y el Municipio de Pinillo (sic) para asunción de la dirección y prestación de servicios de salud en primer nivel de atención. No es menos cierto que el proceso de descentralización de la salud en Colombia

*en un hecho notorio, además el expediente existen por lo menos indicios de dicho proceso y certificaciones que afirman que la actora laboro, para el sector salud desde julio 01 de 1982.
(...)*

Más adelante la actora manifiesta lo siguiente:

(...)

El a quo, da por cierto que lo afirmado por la Gerente del Hospital San (sic) Tolentino de Pinillo (sic) en certificado adiado Febrero 12 de 2011.

Certificación que es incompleta y errónea, ya que quien nombro a la actora fue la Unidad Regional de Salud No.3, mediante la resolución No,242 de junio 23 de 1982, y la señora Lina Arroyo Alvarino, se posesione del cargo de promotora rural de salud del MAC de Pinillo (sic) con residencia en coyontal – la Unión, a partir del 24 de julio de 1982, con una asignación mensual de \$8100.00 Mcte. Firmada por los doctores Carlos Tejada Ramos directo (sic) y el Dr. Dimas Arias Martínez, jefe administrativa.

Dando la sensación de que la resolución fue expedida por la demanda (sic), lo que en mi opinión pudo inducir al error al juez de primera instancia.

5.2. DEMANDADO:

No presento alegatos.

5.3. MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Publico mediante memorial obrante a folio 147 a 153 rindió concepto manifestando lo siguiente:

(...)

Obra a folio 12 derecho de petición elevado por la parte demandante a la ESE Hospital San Nicolás de Pinillo, en el cual reclama el pago de uniformes y calzado de las vigencias 2006, a 2009. El documento no presenta constancia de recibo por la entidad, sin embargo como en la contestación de la demanda fue admitido la existencia la existencia de dicha petición, esta se tendrá como recibida en la fecha 24 de enero de 2011.

A folio 22 y posteriormente a folio 68 se aprecia certificación expedida por el gerente de la ESE Hospital San Nicolás de Tolentino de Pinillos, en la cual se certifica que Lina Mercedes Arroyo Alvarino (demandante), presto sus servicios a esa entidad en el cargo de

PROMOTORA DE SALUD, durante el periodo comprendido entre el 24 de julio de 1982 y el 1 de julio de 2009. Se agrega que recibía un salario de \$801.021.

Los folios 23 y 24 contienen constancia expedida por la coordinadora del PAR de la extinta ESE Hospital San Juan de Dios de Magangué, en el que se indican que la demandante laboro en esa entidad desde el 01 de julio de 1982 hasta el 30 de octubre de 1999 en el cargo de promotora rural en salud.

De los folios 71 a 75 se encuentra copia del extracto individual de cesantías, expedida por el Fondo Nacional del Ahorro, en el cual se detallan los bonos realizados a la cuenta de la actora entre los años 200 y 2011.

Analizadas las pruebas anteriores en su conjunto y en aplicación de los principios y reglas de la sana crítica, este despacho concluye que al haber estado la demandante vinculada como servidora pública desde el año 1982, aunque hay (sic) sido transferida a otra instituciones, no existió solución de continuidad en sus (sic) régimen prestacional, en lo que a la cesantías respecta.

De igual forma se estableció que aunque fue vinculada al Fondo Nacional de Ahorro, esta situación no impide que siga disfrutando del régimen de liquidación retroactivo de cesantías, tal como, tal como expresamente lo señaló el Fondo Nacional del Ahorro. Así que la demandante conserva el derecho al régimen de liquidación retroactivo.

En este orden de ideas, deberá liquidarse sus cesantías con base en este sistema, y descontar las sumas pagadas por el Fondo Nacional del Ahorro, luego el mayor valor resultante deberá ser cubierto por la demandada.

(...)

Con relación a las dotaciones de uniforme y calzado de los años 2006 a 2009 plantea lo siguiente:

(...)

En autos se demostró que la actora devengaba una asignación mensual inferior a dos salarios mínimos mensuales, por lo que era acreedora de pretendido beneficio. Adicionalmente la parte demandada no probó frente a la negación indefinida de la actora, que cumplió con dichas dotaciones, por lo que se tendrá como cierto que no fueron entregadas en los periodos reclamados.

Sin embargo, debemos resaltar que si bien es procedente el pago indemnizatorio por el no suministro de las dotaciones de uniforme y calzado, este solo resulta viable descontando los periodos que se encuentran prescritos, toda vez que su reclamación administrativa fue presentada el 24 de enero de 2011, luego los periodos anteriores el 24 de enero de 2008 de encuentran prescritos.

En atención a todo lo expuesto, y con las salvaguardias de los periodos prescritos, somos de la posición que las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad, por lo que recomendamos se revoque la sentencia de primera instancia.

(...)

II. TRAMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Por auto de fecha 5 de abril de 2013 se admitió el recurso de apelación (folio 133).
2. El 10 de mayo de 2013 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (folio 135).
3. El 4 de octubre de 2013 el proceso ingresó al Despacho para sentencia (folio 154).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

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

2. ACTOS ACUSADOS

- Acto ficto o presunto derivado de la petición de fecha 24 de enero de 2011 radicada ante la entidad demandada y mediante la cual el actor solicita el reconocimiento y pago de la retroactividad de cesantías.

3. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas, así como también determinar si la actora tiene derecho al pago de uniformes y calzados de las vigencias 2006, 2007, 2008 y primer trimestre de 2009.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A nivel jurisprudencial se ha definido el auxilio de cesantías como la suma de dinero que el empleador está obligado a pagar al trabajador a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio a la finalización del contrato de trabajo, en el caso de los particulares; o en el caso de los públicos, un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, pero basado en el mismo fundamento jurídico y filosófico en una y otra clase de trabajadores: la relación de trabajo.²

Tal prerrogativa tiene la finalidad de contribuir con las cargas económicas que deben enfrentar los trabajadores al momento de encontrarse desempleados o permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda, en el caso del pago parcial de cesantías³.

El artículo 17 de la Ley 6 de 1945, establece por primera vez el reconocimiento del auxilio de cesantías a los empleados y obreros del nivel nacional.

“Artículo 17: Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:

a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1 de enero de 1942.”

Posteriormente, el artículo 1 del Decreto 2567 de 1946 extendió los beneficios prestacionales otorgados a los empleados y obreros nacionales mediante la Ley 6 de 1945, a los empleados y obreros al servicio de los Departamentos y los Municipios.

“Artículo 1.- El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la nación, los departamentos y los municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce meses.”

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II Subsección A, noviembre 11 de 2009 Expediente No. 250002325000200304523 01 (0808-07), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³ *Ibidem*

Esta disposición fue reiterada por el párrafo del artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1947, textos que se transcriben a continuación:

Ley 65 de 1946: "Artículo 1º.- Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo.- Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los departamentos, intendencias y comisarías y municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6 de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma Ley."

Decreto 1160 de 1947: "Artículo 2º.- Lo dispuesto en el artículo anterior se extiende a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, teniendo en cuenta respecto de éstos lo dispuesto por el Decreto 2767 de 1945. Pero si la entidad correspondiente no hubiere obtenido su clasificación, estará obligada a la cancelación de las prestaciones sociales en su totalidad, sin atender a las limitaciones establecidas en el Decreto mencionado."

Los artículos 2 y 6 de la Ley 65 de 1946 y del Decreto 1160 de 1947, respectivamente, regularon lo atinente a los factores a tener en cuenta para la liquidación y otorgamiento del derecho.

Ley 65 de 1946: "Artículo 2. Para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se aplicarán las reglas indicadas en el Decreto 2567 del 31 de agosto de 1946, y su cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc."

Decreto 1160 de 1947: "Artículo 6.- De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses."

En los años posteriores se crearon normas tendientes a suprimir la retroactividad e imponer un sistema anualizado, sin embargo, el cambio de régimen no se dio de forma homogénea para todos los servidores públicos del Estado. Para los servidores del sector salud, que es el caso que nos interesa, tenemos de manera concreta el inciso 3 del artículo 242 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la prohibición del régimen retroactivo.

“Artículo 242. Fondo Prestacional del Sector Salud. El fondo del pasivo prestacional para el sector salud, de que trata la Ley 60 de 1993, cubrirá las cesantías netas acumuladas y el pasivo laboral por pensiones de jubilación causado a 31 de diciembre de 1993.

El costo adicional generado por concepto de la retroactividad de cesantía del sector salud que a la vigencia de esta Ley tienen derecho a ello, conforme al artículo 33 de la Ley 60 de 1993, y para los fines previstos en esta, será asumido por el Fondo del Pasivo Prestacional y las entidades territoriales, en los plazos y términos de concurrencia que establece la misma Ley.

A partir de la vigencia de la presente Ley no podrán reconocerse ni pactarse para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantía a ellos aplicable.

En el caso de que las instituciones a que se refiere el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 y para los efectos allí previstos, estén reconociendo por un régimen especial un sistema pensional distinto del exigido por la entidad de previsión social a la cual se afilien o se encuentren afiliados los trabajadores correspondientes, la pensión será garantizada por el Fondo del Pasivo Prestacional y las entidades territoriales, hasta el momento en que el trabajador reúna los requisitos exigidos por la entidad de previsión y los diferenciales de pensión serán compartidos y asumidos por el Fondo, las entidades territoriales y la mencionada entidad provisional, en la proporción que a cada cual le corresponda.

Las entidades del sector salud deberán seguir presupuestando y pagando las cesantías y pensiones a que están obligadas hasta tanto no se realice el corte de cuentas con el fondo prestacional y se establezcan para cada caso la concurrencia a que están obligadas las entidades territoriales en los términos previstos en la Ley 60 de 1993.

PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, entiéndese por cesantías netas, las cesantías acumuladas menos las pagadas a 31 de diciembre de 1993.”

Como se puede observar del inciso subrayado, la exclusión del régimen retroactivo es solo para los nuevos servidores, es decir, que los vinculados antes de la vigencia de la norma siguen teniendo el beneficio, como es el caso de la actora, ya que inicio labores el 3 de noviembre de 1987, mucho antes de la expedición de la 100 de 1993.

Por ultimo en lo referente al pago de uniformes y calzados se tendrán en cuenta los artículos 1 de la Ley 70 de 1988 y el artículo 1 del decreto 1978 de 1989 los cuales plantean:

Artículo 1 de la ley 70 de 1988:

“Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora”.

Artículo 1 del decreto 1978 de 1989:

“Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales; tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo”.

5. HECHO PROBADOS

De las pruebas obrantes en el proceso que van a ser objeto de estudio en el presente asunto:

- La actora solicitó mediante memorial de fecha 24 de enero de 2011, radicado ante la entidad demandada el día 07 de febrero de 2011, el reconocimiento y pago de la retroactividad de cesantías (folio 11y 12).
- Derecho de petición radicado el día 25 de junio de 2007, interpuesto ante la gerencia de la E.S.E Hospital Local San Nicolás de Tolentino de Pinillos Bolívar.
- Copia simple de la cuenta de cobro de las dotaciones de uniformes y calzados de años anteriores, radicada el día 15 de octubre de 2009.
- Copia de cuenta de cobro radicada el día 03 de junio de 2010, por concepto de dotación de uniformes y calzados de los años 2006, 2007, 2008 y la primera dotación de 2009.
- Derecho de petición solicitando el pago de la seguridad social en pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL o al fondo de pensiones que la reemplazó.
- Certificado de trabajo y salario expedido por la gerencia de la ESE Hospital Local San Nicolás de Tolentino donde se hace constar que la actora desempeñaba el cargo de promotora de salud.
- Constancia expedida por la ESE Hospital Local San Nicolás de Tolentino de fecha 20 de febrero de 2010.

- Acta de conciliación prejudicial No. 114 – 2011 expedida por la Procuraduría 66 Judicial ante los Juzgados Administrativos.
- Acto administrativo donde se acepta la renuncia de la actora de fecha primero (01) de julio de dos mil nueve (2009).
- Constancia expedida por el Fondo Nacional del Ahorro donde aparece todo lo concerniente a los movimientos de las cesantías de la actora y su vinculación a este.

6. ANÁLISIS DEL CASO.

Para resolver el problema jurídico, la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones:

Dentro del expediente existe prueba de que la actora si era beneficiaria del sistema de retroactividad de cesantías por cuanto se encontraba vinculada al Departamento de Bolívar antes del 31 de diciembre de 1993, por lo tanto su situación en materia de cesantías se regía por lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945 y sus cesantías deben ser liquidadas teniendo en cuenta el último sueldo devengado junto con el promedio de todo lo que recibió como retribución directa e indirecta por sus servicios.

No obstante lo anterior en el presente asunto existe un vacío probatorio en el sentido de que en la demanda se manifiesta que el día 30 de junio de 1999 se celebró convenio interadministrativo entre el Departamento de Bolívar – Secretaria Seccional de Salud y el Municipio de Pinillos (Bolívar); por medio del cual el Departamento de Bolívar sede recursos económicos, físicos y humanos al Municipio de Pinillos y en virtud de este, como se manifiesta en la demanda, la actora fue transferida al ente territorial mencionado.

Revisado el expediente se encuentra que dicho convenio no reposa en el plenario y en ese sentido, no resulta posible para esta sala establecer cual entidad es la que debe responder por el pago de dicha retroactividad de cesantías, es decir, si el Departamento de Bolívar – Secretaría Seccional de Salud, o el Municipio de Pinillos.

Esto teniendo en cuenta que esta es una prueba indispensable y base de la pretensión principal de la demanda en el presente caso, ya que por medio de este elemento de juicio se pueden evidenciar las condiciones específicas en que fue trasladada la actora a la entidad demandada, condiciones que para esta sala son de mucha importancia verificar, en lo atinente a la planta de personal transferida, las condiciones salariales de los empleados, su régimen, si estos fueron trasladados con o sin solución de continuidad, entre otros aspectos.

Contrario a lo que plantea la demandante en el recurso de apelación y alegatos cuando afirma que es un hecho notorio el proceso de descentralización de la salud en Colombia y que además de esto, en el expediente existen por lo menos indicios de dicho proceso y que evidencian que si se dio el mencionado convenio; esta Sala debe precisar, que si en gracia de discusión se considera un hecho notorio que el proceso de descentralización en Colombia se dio de forma general, cosa distinta son las circunstancias y condiciones específicas y únicas en las que este proceso se surtió en los distintos municipios y lugares del país, donde no puede presumirse que se dio de forma idéntica.

Sobre este aspecto es importante recordar que la carga de la prueba en este caso la tenía la parte actora ya que es a ésta a quien le correspondía probar de manera efectiva el fundamento de sus pretensiones.

Respecto a la carga de la prueba, el H. Consejo de Estado ha determinado que:

“En consecuencia, la Sala advierte que no se acreditaron los hechos que sirvieron de fundamento a las pretensiones de la demanda, puesto que la actora no aportó pruebas ni desplegó actividad alguna tendiente a que se allegaran los medios de prueba necesarios para determinar la imputación del daño a la Administración Pública, es decir, que la parte demandante no asumió la carga probatoria que le correspondía. Al respecto, no debe olvidarse que la carga de la prueba es una regla de nuestro derecho probatorio consagrada en el artículo 177 del C. de P. Civil, de acuerdo con el cual "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen... "; dicho en otras palabras: para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación, máxime si ninguna de las partes goza en el proceso colombiano de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

*Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, **que le indica a las partes la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa resulten probados**; en este sentido, en relación con los intereses de la parte demandante, debe anotarse que quien presenta la demanda, sabe de antemano cuáles hechos le interesa que*

aparezcan demostrados en el proceso y, por tanto, sabe de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos.

Por otra parte haciendo referencia a la pretensión de reconocimiento y pago de uniformes y calzados de las vigencias 2006, 2007, 2008 y primer trimestre de 2009 esta Sala precisa que teniendo en cuenta el certificado laboral (fls. 22 y 68), se evidencia que la demandante devengó como último salario básico la suma de ochocientos un mil veintiún pesos (\$801.021,00).

Respecto de este concepto los artículos 1 de la ley 70 de 1988 y 1 del Decreto 1978 de 1989 plantean lo siguiente respectivamente:

“Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora”.

“Los trabajadores permanentes vinculados mediante relación legal y reglamentaria o por contrato de trabajo, al servicio de los Ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta tanto en el orden nacional como en las entidades territoriales; tendrán derecho a que la respectiva entidad les suministre en forma gratuita, cada cuatro meses, un par de zapatos y un vestido de trabajo”.

En virtud de lo anterior, atendiendo que el salario mínimo vigente para la época de retiro de la actora era de cuatrocientos noventa y seis mil novecientos pesos (\$496.900,00) y teniendo en cuenta el último salario devengado por la demandante, se evidencia que esta percibía menos de dos salarios mínimos legales vigentes y que por lo tanto se hace beneficiaria de los uniformes y calzados que pretende en la demanda.

De la misma forma se aclara que a la demandante le es muy difícil probar que la entidad demandada le adeuda lo solicitado, por lo que en este caso la carga de la prueba se invierte a favor de ésta, correspondiéndole a la entidad demandada demostrar que cancelo las

prestaciones de calzado y uniforme solicitadas en la demanda, teniendo en cuenta además que correspondían a periodos laborados como empleada de la E.S.E.

Ahora bien; en la contestación de la demanda no se refuta el hecho de que se deben o no las prestaciones a la actora, limitándose solamente a manifestar que dichas reclamaciones se encuentran prescritas y manifestando que en caso de que se le debiera dicho suministro no podría prosperar dicha pretensión debido a que la relación laboral ya no existe, así como también alega que no existe prueba del valor comercial del calzado y vestido de labor ni los perjuicios causados a la demandante ante la falta de dotación de trabajo.

Con respecto a este tema, el H. Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*“Hallándose definido por la jurisdicción contencioso administrativa que la dotación del vestuario y calzado a los servidores estatales, ostenta el carácter de prestación social, en orden a definir la validez de la reclamación de esta prestación por parte del actor, se requiere precisar que salvo la consagración del fenómeno prescriptivo de la acción de reclamación de los derechos sociales, que se da cuando su satisfacción se requiere después de transcurridos tres años, contados a partir de la fecha en que la obligación se hizo exigible, **en el ordenamiento jurídico no se contempla la pérdida de las prestaciones sociales, porque las mismas no se reclamen durante la vigencia del vínculo laboral.***

“De otra parte, como en la sentencia se condena a la entidad demandada a entregar al actor cuatro (4) pares de zapatos e igual número de vestidos y camisas por cada uno de los años (...), sin especificar el valor de cada artículo, lo que implica la indeterminación cuántica de la condena, de tal suerte que pueden presentarse dificultades en la forma de satisfacerla, la Sala, (...), admitirá que el valor conjunto de un vestido de labor y de un par de zapatos para el actor, como éste lo expresó en la demanda, es de (...), ya que la cantidad demandada en ninguna etapa procesal objetó ese apreciativo.

“La necesidad de hacer precisar la condena, y viabilizar a la administración el cumplimiento de la misma, constituyen la razón legitimante de la determinación comentada”.

Por ultimo haciendo referencia a la prescripción trienal, en el presente caso, el pago solo resulta viable descontando los periodos que se encuentran prescritos, toda vez que la reclamación administrativa fue presentada el 24 de enero de 2011, quedando prescritos los periodos anteriores al 24 de enero de 2008. En consecuencia se reconocerán los periodos no prescritos desde el 24 de enero de 2008 en adelante, para lo cual, para efectos de cumplir la obligación de dotar de vestuario y calzado a la demandante, en la cantidad y durante los años señalados en presente fallo, se tendrá en cuenta la relación de dotación de uniformes que reposa a folio 19 del expediente, la cual se expondrá a continuación, y a la cual se le

aplicaran los ajustes previstos en el artículo 178 del CCA utilizando la fórmula del Consejo de Estado.

Dotación de uniformes	
2005	\$600.000
2006	\$700.000
2007	\$800.000
2008	\$800.000
2009 Hasta el 1 semestre	\$400.000
Saldo	\$3.300.000

Por ultimo haciendo referencia a la pretensión de pago de parafiscales en salud y pensiones a la caja de Previsión Social CAJANAL o la entidad que la haya reemplazado, resulta oportuno aplicar el mismo criterio que sirvió de base para resolver el acápite anterior, ya que la entidad demandada en la contestación de la demanda tampoco refuto ni aportó prueba alguna encaminada a desvirtuar lo afirmado por la demandante, en el sentido de que no efectuó los aportes parafiscales en salud y pensiones, invirtiéndose así a favor de la actora, la carga de la prueba, en virtud de lo cual se ordenará a la entidad demandada efectuar los respectivos aportes en pensión y parafiscales a las entidades correspondientes por los años laborados la E.S.E Hospital San Nicolás de Tolentino.

Por lo expuesto, la Sala revocará el fallo apelado proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, y en su lugar se declarará la nulidad parcial del acto demandado, con el restablecimiento del derecho explicado precedentemente.

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

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

IV. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante la cual se negaron las pretensiones.

SEGUNDO: Declárase la nulidad parcial del acto ficto o presunto negativo en atención al oficio interpuesto de fecha 24 de enero de 2011 ante la entidad demandada, en lo atinente al reconocimiento y pago de dotación de uniformes y calzado así como también al pago de aportes parafiscales en salud y pensión a la entidad correspondiente de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En consecuencia condenase a la E.S.E Hospital Local San Nicolás de Tolentino, a reconocer y pagar a la señora Lina Arroyo Alvarino la dotación de uniformes y calzado correspondiente a los periodos 2008 y 2009, de acuerdo a lo dicho en la parte motiva, valores que serán actualizados de conformidad con el artículo 178 del C.C.A utilizando la siguiente fórmula del Consejo de Estado.

$$R = \frac{Rh \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de dotación de uniformes y calzado, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que quede ejecutoriada esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que fue debió hacerse el pago).

CUARTO: Condenase a la E.S.E Hospital Local San Nicolás de Tolentino efectuar los aportes parafiscales en salud y pensión a las entidades correspondientes, en lo atinente a los años y al tiempo laborado por la demandante.

QUINTO: Niéganse las demás pretensiones.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, remitir al juzgado de origen.

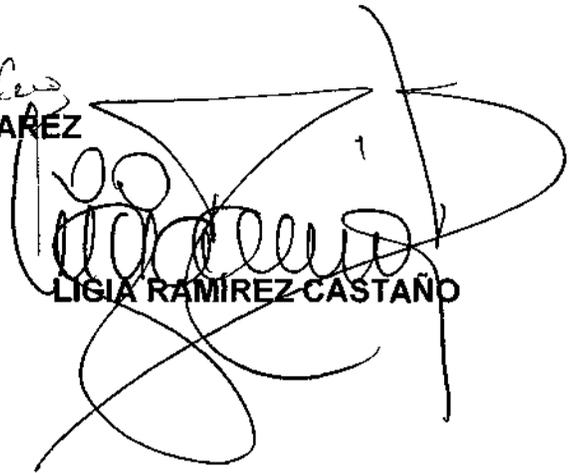
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1326
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: EUCLIDES RAFAEL PEREZ MARQUEZ Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-002-2009-00315-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE NOVIREMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**SALA ESPECIAL DE DESCONGESTIÓN 003
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Cartagena de Indias D.T. y C., seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Acción : REPARACIÓN DIRECTA
Radicación : 13-001-23-31-002-2009-00315-00
Demandante : EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ Y OTROS
Demandado : NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO
Tema : Privación Injusta la Libertad

I. SENTENCIA

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar procede a dictar sentencia dentro del proceso de Reparación Directa de EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EUCLIDES RAFAEL PÉREZ OCHOA, MARÍA ADIMA PÉREZ MARQUEZ, IRMA BEATRIZ PÉREZ MASQUEZ, GLADI MIRA PÉREZ PASO, JORGE LUIS PÉREZ MARQUEZ, EDELMIRA ROSA PÉREZ MARQUEZ, AUSPERTO PÉREZ MARQUEZ, DIANA ESTHER PÉREZ MARQUEZ, DAMARIS JUDITH PÉREZ OCHOA, NANCY BEATRIZ PÉREZ OCHOA, ROSMIRA BEATRIZ PÉREZ OCHOA, JOSÉ DIONICIO DE RICO PÉREZ, ELIDA ROSA PASO MARQUEZ, NATIVIDAD OCHOA OCHOA; EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA, CARMEN ANDREA PITALUA, LIANDO ALFONSO SALAZAR PITALUA, MANUEL DE JESÚS SALAZAR PITALUA, JHON WIBER SALAZAR PITALUA, YAURI PAOLA SALAZAR PITALUA, LILIANA LUCIA SALAZAR PITALUA Y ADRIANA JUDITH SALAZAR PITALUA, MARTHA ISABEL SALAZAR PITALUA, JOSÉ DAVID SALAZAR PITALUA, ROSA ELVIRA SALAZAR PITALUA, GLENIS MARÍA SALAZAR PITALUA, JILBENSON RAFAEL SALAZAR PITALUA, ELFIS ESTHER SALAZAR PITALUA y LUZ MARINA SALAZAR PITALUA, ORLANDO SALAZAR TORRES; JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, HERNEDYS MARÍA TORRES FIGUEROA, LIDIS ISABEL TORRES FIGUEROA, SANDRA MARGARITA FIGUEROA OSORIO, FARID ENRIQUE TORRES FIGUEROA, CARMEN TERESA FIGUEROA OSORIO, AUGUSTO RAFAEL TORRES FIGUEROA; ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, OMAR YESID LÓPEZ ORTÍZ, ERIKA PATRICIA LÓPEZ ORTÍZ, RODRÍGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, BERLEDIS HORTENCIA LÓPEZ

PÉREZ, BERTHA ISABEL LÓPEZ PÉREZ, ANA ELENA LÓPEZ PÉREZ, JULIA ELENA PÉREZ PINEDA, MANUEL JESÚS LÓPEZ TRUJILLO, ALICIA ESTHER ORTÍZ ROYETH; RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, ASTRID CAROLINA LÓPEZ ORTÍZ, NEIRO LUIS LÓPEZ ORTÍZ, KEVIN ALEXANDER LÓPEZ ORTÍZ, ESNEIDER JOSÉ LÓPEZ ORTÍZ, ARLIN ZENIC LÓPEZ ORTÍZ, ARGEMIRO LÓPEZ ORTÍZ, ANA ELENA LÓPEZ PÉREZ, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, BERTHA ISABEL LÓPEZ PÉREZ, BERLEDIS HORTENCIA LÓPEZ PÉREZ, MANUEL DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO, MARCELIS CENITH ORTÍZ ROYETH y JULIA ELENA PÉREZ PINEDA contra la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL – ARMADA NACIONAL, por la privación de la libertad en contra de los señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ Y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ.

II. ANTECEDENTES.

A. LA DEMANDA¹

1. LAS PRETENSIONES.

Textualmente:

“1. La Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Fuerzas Armadas de Colombia – Fiscalía General de la Nación son Administrativamente responsable de los perjuicios morales causados a los señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ (Víctima), actuando en nombre propio y en representación de menor hijo: EUCLIDES RAFAEL PÉREZ OCHOA (hijo de la Víctima); MARÍA ADIMA PÉREZ MARQUEZ, IRMA BEATRIZ PÉREZ MARQUEZ, GLADI MIRA PÉREZ PASO, JORGE LUIS PÉREZ MARQUEZ, EDELMIRA ROSA PÉREZ MARQUEZ, AUSPERTO PÉREZ MARQUEZ, DIANA ESTHER PÉREZ MARQUEZ (Hermanos de la Víctima EUCLIDES RAFAEL PÉREZ); DAMARIS JUDITH PÉREZ OCHOA, NANCY BEATRIZ PÉREZ OCHOA, ROSMIRA BEATRIZ PÉREZ OCHOA (Hijos de la Víctima EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ); JOSÉ DIONICIO DE RICO PÉREZ (Padre de la víctima EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ), ELIDA ROSA PASO MARQUEZ (Madre de la víctima EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ), NATIVIDAD OCHOA OCHOA (Esposa de la víctima EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ); así como de EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA (Víctima), ANDREA PÍTALUA SALAZAR (Madre de la Víctima EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA), actuando en nombre propio y en representación de mis menos hijos: LIANDO ALFONSO SALAZAR PITALUA, MANUEL

¹ 1-17

DE JESÚS SALAZAR PITALUA, JHON WIBER SALAZAR PITALUA, YAURI PAOLA SALAZAR PITALUA, LILIANA LUCIA SALAZAR PITALUA y ADRIANA JUDITH SALAZAR PITALUA (Hermanos menores de la víctima EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA) MARTHA ISABEL SALAZAR PITALUA, JOSÉ DAVID SALAZAR PITALUA, ROSA ELVIRA SALAZAR PITALUA, GLENIS MARÍA SALAZAR PITALUA, JILBENSON RAFAEL SALAZAR PITALUA, ELFIS ESTHER SALAZAR PITALUA y LUZ MARINA SALAZAR PITALUA (Hermanos de la Víctima EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA); ORLANDO SALAZAR TORRES (Padre de la víctima EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA); así como de JUAN CARLOS FIGUEROA (Víctima), HERNEDYS MARÍA TORRES FIGUEROA, LIDIS ISABEL TORRES FIGUEROA, SANDRA MARGARITA FIGUEROA OSORIO, FARID ENRIQUE TORRES FIGUEROA (Hermanos de la víctima JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA); CARMEN TERESA FIGUEROA OSORIO (Madre de la Víctima JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA) actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo: AUGUSTO RAFAEL TORRES FIGUEROA (hermano menor de la víctima JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA); así como de ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ (Víctima) obrando en nombre propio y en presentación de sus menores hijos: OMAR YESID LÓPEZ ORTÍZ Y ERIKA PATRICIA LÓPEZ ORTÍZ (Hijo de la víctima), RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, BERLEDIS HORTENCIA LÓPEZ PÉREZ, BERTHA ISABEL LÓPEZ PÉREZ, ANA ELENA LÓPEZ PÉREZ (Hermanos de la Víctima ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ) JULIOA ELENA PÉREZ PINEDA (Madre de la Víctima ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ), MANUEL DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO (Padre de la Víctima ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ) ALICIA ESTHER ORTÍZ ROYETH (Compañera Permanente de la Víctima ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ); así como de RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ (Víctima) obrando en nombre propio y en representación de sus menores hijos: ASTRID CAROLINA LÓPEZ ORTÍZ, NEIRO LUIS LÓPEZ ORTÍZ, KEVIN ALEXANDER LÓPEZ ORTÍZ, ESNEIDER JOSÉ LÓPEZ ORTÍZ, ARLIN ZENIC LÓPEZ ORTÍZ y ARGEMIRO LÓPEZ ORTÍZ (Hijos de la víctima RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ); ANA ELENA LÓPEZ PÉREZ, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, BERTHA ISABEL LÓPEZ PÉREZ, BERLEDIS HORTENCIA LÓPEZ PÉREZ (Hermanos de la víctima RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ); MANUEL JESÚS LÓPEZ TRUJILLO (Padre de la víctima RODRIGO ANOTNIO LÓPEZ PÉREZ), MARCELIS CENITH ORTÍZ ROYETH (Compañera permanente de la víctima RODRÍGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ) JULIA ELENA PÉREZ PINEDA (Madre de la víctima RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ), por falla o falta de servicio de la administración (Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Fuerzas Armadas de Colombia y Fiscalía General de la Nación que condujo a que lo (sic) señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA, JUAN CARLOS

TORRES FIGUEROA, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ fueran sindicados injustamente de ser miembros de las FARC.

“2. Condenar, en consecuencia a La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Fuerzas Armadas de Colombia – Fiscalía General de la Nación como reparación del daño ocasionado a pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios de orden moral objetivados, y subjetivados, actuales y futuros los cuales se estiman como mínimo la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS OCHANTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL PESOS M/L (\$3.486.710.000.00), o conforme resulte probado dentro del proceso.

“3. La condena respectiva será actualizada de conformidad con el artículo 178 del C.C.A. y se reconocerán los intereses legales de la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso o hasta cuando quede ejecutoriado el fallo que le dé fin al proceso.

“4. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Artículos 176 y 177 del C.C.A.”

2. HECHOS.

Los relata de la siguiente manera:

“PRIMERO: A los señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, fueron capturados por miembros de la infantería de Marina por orden emanada de la Fiscal General de la Nación por estar supuestamente vinculados a las FARC como presuntos milicianos, quienes además participan en secuestros, extorsiones y ejecutaron atentados terroristas, dándole información a las FARC sobre la ubicación de las Fuerzas Militares Colombianas; siendo esta información entregada por los señores LUIS JOSÉ FONSECA ARRIETA y OSWALDO RIVERA SALAZAR.

“SEGUNDO: La Fiscalía en primera instancia teniendo como base la declaración de supuestos testimonios de los señores LUIS JOSÉ FONSECA y OSWALDO HERRERA SALAZAR, dictó medida de aseguramiento por supuesto delito, concierto para delinquir, rebelión; lo cual implicó que los señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA,

ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, permanecieran por más de 15 meses en la cárcel de Ternera (Cartagena).

“(...)”

“SEXTO: Mis poderdante fueron precluidos, al considerar el Fiscal que en el expediente no se presentaron las pruebas que determinaron su participación en los hechos punibles investigados; por el contrario consideró que había ausencia plena de prueba; por lo cual consideró decretar la preclusión.

“SEPTIMO: Mis poderdantes, señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, duraron presos injustamente quince (15) meses, situación que afectó psicológica y económicamente a sus familiares, esposa e hijo y quedaron estigmatizados ante la comunidad como presuntos guerrilleros de las FARC, lo cual ha impedido que se desarrollen una actividad normal tanto social como laboral.

“(...)”

B. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1. NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMANDA NACIONAL²

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

“(...)”

Estima la parte actora que existe falla en el servicio que genera responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por la investigación adelantada por autoridad competente FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, contra los señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE ZALAZAR PITALUA, JUAN CARLOS TORRESO FIGUEROA, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ Y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, por el punible de REBELIÓN, en calidad de milicianos de las FARC.

Es oportuno manifestar, que la investigación judicial adelantada por la Fiscalía como ente competente para conocer de los hechos dieron lugar a una investigación con orden

² Folio 167 a 169

de captura, medida de aseguramiento, etc. Fueron o son actuaciones y decisiones judiciales las que no intervino, ni incumbe a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, por consiguiente, NO puede haber responsabilidad alguna de la fuerza pública en un actuación netamente judicial.

De otra parte sobra advertir, que es la autoridad judicial, representada en los FUNCIONARIOS COMPETENTES de la Fiscalía, quienes valoran y resuelven abrir o no una investigación penal y todas sus declaraciones y actuaciones son de exclusiva competencia como autoridades jurisdiccionales que son, de tal manera que la vinculación a cualquier clase de proceso, la llamada a indagatoria, la resolución de situación jurídica, que determine una medida de aseguramiento la libertad del procesado, el mantenimiento del indagado en el proceso, su juzgamiento y absolución o condena, es de responsabilidad exclusiva de esas autoridades JUDICIALES y no de las Fuerzas Militares.

“(..)”

2. NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN³

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

“(..)”

En este preciso orden de ideas, de los hechos de la demanda y de las pruebas arrojadas a este proceso administrativo se puede claramente observar y comprobar que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación se apegaron a las normas legales sustanciales y procedimentales vigentes al momento de los hechos, de lo cual no es viable ni ajustado a derecho predicar que la Fiscalía General de la Nación incurrió en deficiencias, negligencias, arbitrariedades, omisiones o errores que produjeron falla o falta en la prestación del servicio de justicia o de la Administración, que genera detención y/o privación injusta arbitraria o ilegal de EUCLIDES RAFAEL PEREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ y RODRIGO LÓPEZ PÉREZ, tal y como lo pretende hacer ver el apoderado de la parte actora.

“(..)”

³ Folio 181 a 190

Propone las excepciones de culpa de tercero toda vez que afirma que la investigación penal en la se vieron involucrados los actores tuvo origen en los señalamientos que hicieron los señores LUIS JOSÉ FONSECA ARRIETA y OSWALDO RIVERA SALAZAR, quienes afirmaron que los mismos eran presuntos milicianos de las FARC, siendo este aspecto determinante para que la Fiscalía le adelantara investigación.

C. TRASLADO DE PRIMERA INSTANCIA

1. DEMANDANTE

Alegó como consta a folio 259 a 269.

2. DEMANDADOS

2.1. NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

No alego.

2.2. NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL

Alegó como consta a folio 270 a 271.

D. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Desistió de rendir concepto.

III. TRAMITE

1. Por providencia de fecha 28 de julio de 2009 se admitió la demanda (folio 160 a 162) y le fue notificada a las partes como consta al reverso del folio 162 y folios 164 a 166.
2. El 17 de septiembre de 2010 se abrió a pruebas (folio 206 a 207)
3. Por auto de fecha 8 de noviembre de 2012 se corrió traslado a las partes para alegar (folio 258)
4. El 1 de febrero de 2013 ingreso al Despacho para dictar sentencia (folio 273)

IV. CONSIDERACIONES

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

1. COMPETENCIA.

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

2. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al aplicar lo anterior al caso concreto, la Sala encuentra que la providencia por la cual LA FISCALÍA SECCIONAL TREINTA Y SEIS DE CARTAGENA precluyó la investigación penal contra los actores es de fecha 12 de julio de 2006⁷; la demanda se interpuso el 27 de junio de 2008 (folio 17), por consiguiente considera la Sala que la acción de reparación directa presentada por los demandantes se realizó dentro del término establecido el núm. 8° del Art. 136 del C.C.A.

3. CUESTIÓN PREVIA

DE LA EXCEPCIÓN PROPUESTA POR LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Respeto a la excepción propuesta por la entidad demandada, NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, esta se refiere al objeto de la litis de tal manera que será resuelta en conjunto con el problema jurídico.

4. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala se enfrenta a resolver el siguiente problema jurídico:

¿Establecer si la entidad demanda es patrimonialmente responsable por los daños y perjuicios causados a los demandantes, por la privación de la libertad de la fue objeto los señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR

⁶Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. No. 11.425.

⁷ Folio 606 a 617 del cuaderno de pruebas numero 2

PITALUA, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ dentro de la investigación penal adelantada en su contra por la Fiscalía General de la Nación por el delito de Rebelión?

Para dilucidar el problema jurídico se estudiarán los siguientes temas:

5. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.

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

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

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

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

El H. Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas⁸. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

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

⁸Sección Tercera, Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRÍQUEZ, doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005).

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

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

- b. Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del C.P.P., esto es, absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible-, la responsabilidad es objetiva, por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención.
- c. Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaba imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en aplicación del principio universal del *in dubio pro reo*⁹.

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

⁹Sección Tercera, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, ocho (8) de julio de dos mil nueve (2009).

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

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención o restricción de la libertad, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que indagarse si es imputable a la administración de justicia¹⁰.

6. HECHOS PROBADOS

1. Por Resolución de fecha 24 de mayo de 2005 la FISCALÍA SECCIONAL No. 36 de Cartagena de Indias declara la apertura de instrucción penal y ordenó escuchar en indagatoria a los señores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, ELVER LÓPEZ PÉREZ, EDUARDO ENRIQUE SALAZAR PITALUA, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA y RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ por el delito de Rebelión (folio 129 a 130 del cuaderno No. 1 de pruebas)

2. A folio 163 del cuaderno No. 1 de pruebas obra oficio No. 409 de fecha 27 de mayo de 2005 expedido por el Fiscal Seccional No. 36 de Cartagena en el que le comunica al Director de la Cárcel de Ternera recibir y mantener en las instalaciones de ese centro carcelario y a órdenes de esa Fiscalía a los señores RODRIGO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA y ELVER LÓPEZ PÉREZ.

3. El 31 de mayo de 2005 son escuchados en indagatoria los señores RODRIGO LÓPEZ PÉREZ y ELVER LÓPEZ PÉREZ; el 1 de junio de 2005 es escuchado en indagatoria el señor JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA¹¹.

4. El 17 de junio de 2005 es capturado el señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ por unidades del Batallón de Fusileros de la Infantería de Marina No. 3 y es puesto a disposición de la Fiscalía No. 36 (folio 326 a 327 del cuaderno No. 2 de pruebas); además, el 20 de junio de 2005 es escuchado en indagatoria (folio 344 a 346) y mediante oficio No. 449 de la misma fecha, el Fiscal Seccional No. 36 comunica al Director de la Cárcel de Ternera recibir y mantener al señor PÉREZ MARQUEZ recluido.

5. Por Resolución de fecha 16 de junio de 2005 la Fiscalía Seccional No. 36 definió la situación jurídica de ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ

¹⁰Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, treinta (30) de marzo de dos mil once (2011)

¹¹ Ver folios 176 a 179 y 193 a 196 del cuaderno No. 1 de pruebas y folio 211 a 214 del cuaderno No. 2 de pruebas.

PÉREZ y JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA imponiéndoles medida de aseguramiento sin beneficio de excarcelación por el presunto delito de Rebelión (folio 381 a 392 del cuaderno No. 2 de pruebas)

6. El 27 de junio de 2005 se definió la situación jurídica de EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de libertad como consta en el oficio No. 466 de la misma fecha dirigido al Director de la Cárcel San Sebastián de Ternera, suscrito por el Fiscal Seccional No. 36. (Folio 359 del cuaderno No. 2 de pruebas)

7. El 26 de agosto de 2005 el Fiscal Seccional No. 36 de Cartagena de Indias, deniega la solicitud de levantamiento de detención preventiva contra EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ (Folio 559 del cuaderno No. 2 de pruebas)

8. Acta de fecha 30 de agosto de 2005 en la que se notifica la Resolución de 30 de agosto de 2005 a los señores ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA y EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ y además se señala que las mismas se encuentra a la fecha de dicha acta recluidas en la Cárcel Nacional de Sumariados de Ternera (folio 555 del cuaderno de pruebas No. 2)

9. Resolución de fecha 9 de mayo de 2006 expedida por el Fiscal Seccional No. 36 y mediante la cual se clausula el ciclo instructivo con relación a los sindicados, señor EDUARDO SALAZAR PITALUA (Folio 617 del cuaderno No. 2 de pruebas)

10. Por Resolución fecha 12 de julio de 2006 la Fiscalía Seccional No. 36 califica el mérito del sumario contra ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, EDUARDO SALAZAR PITALUA y EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ precluyendo la investigación por el delito de Rebelión (folio 632 a 644 del cuaderno de pruebas No. 2)

7. ANALISIS DEL CASO.

En el presente caso, solicitan los demandantes se declare que la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN es administrativamente responsable de los perjuicios ocasionados como consecuencia de la medida de aseguramiento dictada contra los señores ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, EDUARDO SALAZAR PITALUA y EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ ordenada por la FISCALÍA SECCIONAL NO. 36 - SUB

UNIDAD DE DELITOS DE REBELIÓN DE CARTAGENA DE INDIAS, dentro de la investigación penal seguida al mismo por el presunto delito de Rebelión.

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

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

No obstante, a pesar de la facultad Constitucional y Legal, que tiene la Fiscalía General de la Nación para restringir la libertad de una persona, la jurisprudencia unificada del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo¹² ha establecido que dicha libertad se torna injusta y en consecuencia reparable el daño, cuando durante el procedimiento penal, se precluya o archive la investigación o el proceso penal, ya sea sentencia absolutoria o su equivalente con fundamento en que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió o que la conducta no era constitutiva del hecho punible, pues, en estos casos de llegarse a demostrar dichas situaciones, corresponderá al fallador declarar la

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá 6 de abril de 2011 Rad: 19001-23-31-000-1999-00203-01(21653)

responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de que la privación de la libertad impuesta al ciudadano devino en injusta sin que pueda considerarse por esa sola razón, arbitraria o irregular la actuación de las autoridades, dado que finalmente no se demostró su responsabilidad en la causación del hecho punible, y en ese orden no estaba obligado a soportar la medida restrictiva. .

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

Para el caso particular, los señores RODRIGO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA y ELVER LÓPEZ PÉREZ estuvieron privados de su libertad por el término de un (1) año, un (1) mes y quince (15) días, dado que su captura se llevó a cabo el **día 27 de mayo de 2005** y su libertad se dio el **12 de julio de 2006**, esta última fecha tomada de Resolución mediante la cual se precluyó la investigación penal.

Respecto al señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ estuvo privado de la libertad por el término de un (1) año y 25 (veinticinco) días dado que su captura se llevó a cabo el **día 17 de junio de 2005** y su libertad se dio el **12 de julio de 2006**, esta última fecha se reitera tomada de la Resolución mediante la cual se precluyó la investigación penal.

Así mismo, que mediante providencia de fecha 12 de julio de 2009, el Fiscal Seccional No. 36 de Cartagena, resuelve precluir la investigación penal en contra de los sindicados por el delito de Rebelión.

En ese sentido, atendiendo lo expuesto por la Jurisprudencia en cita y lo demostrado en el proceso, la Sala concluye que la medida restrictiva de la libertad de los actores deviene en injusta, dado que durante la investigación penal se comprobó que los actores no cometieron la conducta delictiva, pues la decisión adoptada por el ente investigador fue la de precluir la investigación por no encontrar suficiente material probatorio que diera certeza que los actores cometieron la conducta punible. Luego entonces, es responsable la Fiscalía General de la Nación, por el daño antijurídico propiciado a los demandantes, al privarlos de la libertad por más de un (1) año, pues la captura y permanencia en reclusión de los demandantes se dió en virtud de una orden judicial.

Así las cosas, al estar plenamente demostrado el daño antijurídico como elemento esencial de la responsabilidad, la Sala condenará administrativamente a la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios ocasionados a los actores, como consecuencia de la privación injusta de la libertad, la cual no estaban en el deber jurídico de soportar.

Ahora bien, respecto al actor EDUARDO SALAZAR PITALUA si bien está demostrado que contra el mismo se inició investigación penal por el delito de Rebelión, no obra en el expediente prueba alguna que dé cuenta que haya estado privado de la libertad, por consiguiente no demostró el daño, por consiguiente se le negara las pretensiones de la demanda.

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

De otra parte, la Fiscalía General de la Nación propone la excepción de culpa de un tercero fundada en que la investigación penal en la que se vieron involucrados los actores tuvo origen en los señalamientos que hicieron los señores LUIS JOSÉ FONSECA ARRIETA y OSWALDO RIVERA SALAZAR, quienes afirmaron que los mismos eran presuntos milicianos de las FARC, siendo este aspecto determinante para que la Fiscalía le adelantara investigación.

Al respecto, no prospera la excepción como quiera que es el mismo ente investigador que está en el deber legal de analizar y valorar las pruebas que llegan a su conocimiento y conforme a ello determinar si las mismas dan lugar a iniciar o no la investigación penal.

8. RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS.

Atribuida la responsabilidad a las demandadas, NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, para el reconocimiento de perjuicios se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La legitimación para reclamar; 2. La demostración del perjuicio; 3. La relación de causalidad entre el perjuicio y la indemnización solicitada.

En cuanto al primer requisito, se encuentra demostrada la legitimación para reclamar de los señores ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA y EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ en

su calidad de víctima directa de la privación injusta de su libertad, como se explicó en apartes anteriores de esta providencia.

Del grupo familiar del señor ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ

Se encuentra demostrado que los menores OMAR YESID LÓPEZ ORTÍZ, ERIKA PATRICIA LÓPEZ ORTÍZ son hijos del señor ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, como consta en los registros civiles de nacimientos obrantes a folio 114 y 115 del expediente; Así mismo que los señores BERLEDIS HORTENCIA LÓPEZ PÉREZ, BERTHA ISABEL LÓPEZ PÉREZ, ANA ELENA LÓPEZ PÉREZ son hermanos de la víctima directa, como consta en los registros civiles de nacimientos obrantes a folios 109, 110, 111 y 119. Igualmente, que los señores MANUEL DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO Y JULIA PÉREZ PINEDA son padre y madre del señor ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ como consta a folio 109.

De otra parte, no está demostrado que la señora ALICIA ESTER ORTÍZ ROYETH sea compañera permanente del señor ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, así como tampoco su calidad de tercera perjudicada o damnificada.

Del grupo familiar del señor RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ

Se encuentra demostrado que los actores ASTRID CAROLINA LÓPEZ ORTÍZ, NEIRO LUIS LÓPEZ ORTÍZ, KEVIN ALEXANDER LÓPEZ ORTÍZ, ESNEIDER JOSÉ LÓPEZ ORTÍZ, ARLIN ZENIC LÓPEZ ORTÍZ, ARGEMIRO LÓPEZ ORTÍZ son hijos del señor RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, como consta en los registros civiles de nacimiento obrantes a folio 102 a 107.

De otra parte, no está demostrado que la señora MARCELI CENITH ORTÍZ ROYET sea compañera permanente del señor RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, así como tampoco su calidad de tercera perjudicada o damnificada.

Del grupo familiar del señor JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA

Se encuentra demostrado HERNEDYS MARÍA TORRES FIGUEROA, LIDIS ISABEL TORRES FIGUEROA, SANDRA MARGARITA FIGUEROA OSORIO, FARID ENRIQUE TORRES FIGUEROA, AUGUSTO RAFAEL TORRES FIGUEROA son hermanos de la víctima directa, como consta en los registros civiles de nacimientos obrantes a folios 95 a 100. Igualmente, que la señora CARMEN TERESA FIGUEROA OSORIO es madre del señor JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA como consta a folio 95.

Del grupo familiar del señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ

Se encuentra demostrado que los actores EUCLIDES RAFAEL PÉREZ OCHOA, DAMARIS JUDITH PÉREZ OCHOA, NANCY BEATRIZ PÉREZ OCHOA, ROSMIRA BEATRIZ PÉREZ OCHOA son hijos del señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, como consta en los registro civiles de nacimientos obrantes a folio 69, 77 a 79 del expediente; Así mismo que los señores MARÍA ADIMA PÉREZ MARQUEZ, IRMA BEATRIZ PÉREZ MASQUEZ, GLADIMIRA PÉREZ PASO, JORGE LUIS PÉREZ MARQUEZ, EDELMIRA ROSA PÉREZ MARQUEZ, AUSPERTO PÉREZ MARQUEZ, DIANA ESTHER PÉREZ MARQUEZ son hermanos de la víctima directa, como consta en los registros civiles de nacimientos obrantes a folios 70 a 73 y 75 a 76. Igualmente, que lo señores JOSÉ DIONICIO DE RICO PÉREZ Y ELIDA ROSA PASO MARQUEZ son padre y madre del señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ como consta a folio 68.

De otra parte, no está demostrado que la señora NATIVIDAD OCHOA OCHOA sea compañera permanente del señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, así como tampoco su calidad de tercera perjudicada o damnificada.

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

8.1. PERJUICIOS MATERIALES

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

8.1.1. LUCRO CESANTE

LUCRO CESANTE: Este comprende la falta de productividad que se derive del acaecimiento del hecho, como sería para el caso lo dejado de percibir por parte de los demandantes en razón de la privación de su libertad de los señores ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA y EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ.

Definido lo anterior, se destaca que si bien dentro del proceso se demostró, con base en las declaraciones recibidas (folios 244, 246 y 248), que para la época de los hechos el procesado se dedicaban a labores de agricultura, no se logró demostrar el valor de los ingresos provenientes de su actividad. Teniendo en cuenta lo anterior, debe aplicarse la regla consagrada por vía jurisprudencial para casos como el presente, según la cual ante

la falta de prueba del monto de los ingresos mensuales dejados de devengar por la persona privada de su libertad durante su reclusión, se presumirá que percibía por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente, de suerte que se reconocerá por concepto de lucro cesante mensual el equivalente al salario mínimo vigente al momento de la imposición de la medida de aseguramiento (16 de junio de 2005 y 15 de junio de 2005, respectivamente), establecido en \$ 236.438, valor éste que actualizado a la fecha de esta sentencia con base en el índice de precios al consumidor resulta inferior al salario mínimo mensual legal vigente a la fecha del fallo que es de \$589.500¹³, por lo que se tomará éste último como base para el cálculo de la liquidación de perjuicios. A este salario se le incrementará un 25% por concepto de prestaciones sociales, toda vez que su reconocimiento opera por disposición legal.

Para la liquidación debe tenerse en cuenta que el señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, estuvo injustamente privado de su libertad durante un (1) año y veinticinco días (25) días.

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

Indemnización debida: para EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ.

$$S = \frac{Ra(1+i)^n - 1}{i}$$

S, es la indemnización que se busca.

Ra, es la renta mensual dejada de recibir, que corresponde a la suma de \$736.875.

n, es el período durante el cual se calcula la indemnización, que corresponde a un (1) año y veinticinco (25) días, que equivale a 12.83 meses.

i, es la tasa de interés equivalente al 6% anual o 0.004867 efectivo mensual.

$$S = 736.875 \frac{(1,004867)^{12,083} - 1}{0,004867} = \$ 9.731.114,00$$

Conforme a la tasación anterior, se le reconocerá a EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ, por concepto de lucro cesante, la suma de nueve millones setecientos treinta y un mil ciento catorce pesos (\$ 9.731.114,00).

¹³ Salario mínimo legal mensual vigente para Colombia en el año 2013.

Para la liquidación de ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ y JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, debe tenerse en cuenta que que estuvieron injustamente privado de su libertad durante un (1) año, un (1) mes y quince (15) días.

Indemnización debida: para ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ y JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA.

$$S = \frac{Ra(1+i)^n - 1}{i}$$

S, es la indemnización que se busca.

Ra, es la renta mensual dejada de recibir, que corresponde a la suma de \$736.875.

n, es el período durante el cual se calcula la indemnización, que corresponde a un año, 1 mes y 15 días, que equivale a 13,5 meses.

i, es la tasa de interés equivalente al 6% anual o 0.004867 efectivo mensual.

$$S = 736.875 \frac{(1,004867)^{13,5} - 1}{0,004867} = \$ 10.256.131,00$$

Conforme a la tasación anterior, se le reconocerá a cada uno de los señores ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ y JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, por concepto de lucro cesante, la suma de diez millones doscientos cincuenta y seis mil ciento treinta y un pesos (\$10.256.131.00).

8.2. PERJUICIOS INMATERIALES:

Daño moral: En el libelo introductor, se solicita se reconozcan a cada uno de los actores la suma establecida para grupo familiar, según se observa de la demanda.

En este punto es necesario anotar que el daño se presume para la víctima directa de la privación injusta de la libertad, así como para sus padres, hijos, cónyuge, y hermanos.

En relación con la prueba de los daños morales, frente al tipo de responsabilidad estudiado el Consejo de Estado ha señalado¹⁴:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr : Germán Rodríguez Villamizar, sentencia de 14 de marzo de 2002, radicación número: 25000-23-26-000-1993-9097-01(12076, Actor Jaime Valencia Martínez y Otros, Demandado Ministerio de Justicia y el Derecho.

“... Si bien no existen en el proceso pruebas directas sobre la causación de daños morales a los actores, por presunción de hombre, las reglas de la experiencia indican que la imposición y ejecución de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, máxime si se tiene en cuenta que es injusta, sumado al hecho de que ésta no contó con el beneficio de libertad condicional, indiscutiblemente producen en el sujeto pasivo afectado con la medida un daño moral, por ser evidente que la internación de una persona en un centro carcelario de suyo genera angustia y sufrimiento moral, pues, como es apenas natural y obvio, por regla general ese tipo de hechos no son precisamente fuente de alegría, gozo o regocijo espiritual; por el contrario, por corta que sea su duración en el tiempo, causan perturbación emocional y desasosiego, en razón de privar a la persona de un derecho fundamental y consustancial al hombre, como lo es la libertad. Sobre el particular, resulta ilustrativa la siguiente valoración del Tribunal Superior Español expuesta en sentencia del 30 de junio de 1999: “A cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social, y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar. Asimismo, las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios tienen relevancia para una eventual individualización de las consecuencias con el consiguiente reflejo en la cuantía de la compensación económica de aquél...”

Y en otra oportunidad reiteró¹⁵:

“...Si bien en el plenario no obran pruebas concretas que acrediten directamente la existencia y entidad de tales sentimientos de tristeza y dolor, la Sala entiende que, con base en las reglas de la experiencia ampliamente reconocidas por la jurisprudencia, ese dolor puede válidamente inferirse en la persona de la víctima del daño antijurídico causado por el Estado, señor ... así como en las de sus padres, hija menor de edad y cónyuge o compañera permanente, razón por la cual, sin que se haga necesario ahondar en mayores argumentaciones, se reconocerá y dispondrá el pago de este rubro del perjuicio a los demandantes...”

Es claro entonces, de acuerdo con lo acabado de citar, que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo no ha exigido pruebas del daño moral sufrido por las víctimas y su parientes cercanos, al partir de la acertada inferencia, derivada de la aplicación de las máximas de la experiencia de dar por existente el sufrimiento, desasosiego, congoja y frustración que conlleva la privación de la libertad, sea en centro de reclusión penal o domicilio, más cuando posteriormente se declara inocente al detenido.

Bajo estas orientaciones, y teniendo en cuenta la pauta jurisprudencial para el reconocimiento de los perjuicios morales dependiendo del tiempo que dure la privación efectiva de la libertad, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, mediante las sentencias del 28 de febrero de 2013, expediente No. 24622 y 5 de abril de 2013, expediente No. 21781, ha venido reconociendo tal indemnización de la siguiente forma: *“Por tal razón, tomará el tiempo*

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero ponente Dr. Mauricio Fajardo Gomez, sentencia de 4 de diciembre de 2006, radicación número 25000-23-26-000-1994-09817-01(13168)

que actor permaneció efectivamente privado de la libertad (9,63 meses) y lo multiplicará por 5,1 que es el número de salarios mínimos legales mensuales que en promedio la Sala ha reconocido por cada mes de detención, de donde resulta que el monto de la indemnización debida al señor José Antonio Romero Martínez es de cuarenta y nueve (49) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

De acuerdo con estos parámetros establecidos por el H. Consejo de Estado, el promedio del valor correspondiente a un mes de privación de libertad reconocido es de 5.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo anterior, como el tiempo reconocido por mes es el equivalente a 5.1 salarios mínimos legales mensuales, el señor RODRIGO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA y ELVER LÓPEZ PÉREZ estuvo privado injustamente por un tiempo de un (1) año, un (1) mes y quince (15) días, que equivale a 68.85 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto se le reconocerá dicha suma a cada uno título de daño moral.

Así mismo, respecto al señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ estuvo privado de la libertad injustamente por un tiempo de un (1) año y veinticinco (25) días, que equivale a 65.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por tanto se le reconocerá dicha suma a título de daño moral.

Con relación a los familiares de cada una de las víctimas directas, se liquidará la indemnización por perjuicios morales teniendo en cuenta la intensidad sufrida por las víctimas indirectas, que por no haber padecido sobre su humanidad la privación de su libertad, se infiere que el dolor es menor que el padecido por los directos implicados en la investigación penal, para lo cual se procederá a tasar de la siguiente manera:

Del grupo familiar del señor ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ

MANUEL DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO (Padre)	34.425 SLMLMV
JULIA PÉREZ PINEDA (Madre)	34.425 SLMLMV
OMAR YESID LÓPEZ ORTÍZ (Hijo)	34.425 SLMLMV
ERIKA PATRICIA LÓPEZ ORTÍZ (hija)	34.425 SLMLMV
BERLEDIS HORTENCIA LÓPEZ PÉREZ (Hermana)	17,2125 SLMLMV
BERTHA ISABEL LÓPEZ PÉREZ (Hermana)	17,2125 SLMLMV
ANA ELENA LÓPEZ PÉREZ (Hermana)	17,2125 SLMLMV

Del grupo familiar del señor RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ

ASTRID CAROLINA LÓPEZ ORTÍZ (Hija)	34.425 SLMLMV
NEIRO LUIS LÓPEZ ORTÍZ (Hijo)	34.425 SLMLMV
KEVIN ALEXANDER LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV
ESNEIDER JOSÉ LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV
ARLIN ZENIC LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV
ARGEMIRO LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV

Del grupo familiar del señor JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA

HERNEDYS MARIA TORRES FIGUEROA (hermana)	17,2125 SLMLMV
LIDIS ISABEL TORRES FIGUEROA (hermana)	17,2125 SLMLMV
SANDRA MARGARITA FIGUEROA OSORIO (hermano)	17,2125 SLMLMV
FARID ENRIQUE TORRES FIGUEROA (hermano)	17,2125 SLMLMV
AUGUSTO RAFAEL TORRES FIGUEROA (hermano)	17,2125 SLMLMV

Del grupo familiar del señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ

JOSÉ DIONICIO DE RICO PÉREZ (Padre)	32,725 SLMLMV
ELIDA ROSA PASO MARQUEZ (Madre)	32,725 SLMLMV
EUCLIDES RAFAEL PÉREZ OCHOA (Hijo)	32,725 SLMLMV
DAMARIS JUDITH PÉREZ OCHOA (Hija)	32,725 SLMLMV
NANCY BEATRIZ PÉREZ OCHOA (Hija)	32,725 SLMLMV
ROSMIRA BEATRIZ PÉREZ OCHOA (Hija)	32,725 SLMLMV
MARÍA ADIMA PÉREZ MARQUEZ (hermana)	16,3625 SLMLMV
IRMA BEATRIZ PÉREZ MASQUEZ (Hermana)	16,3625 SLMLMV
GLADIMIRA PÉREZ PASO (Hermana)	16,3625 SLMLMV
JORGE LUIS PÉREZ MARQUEZ (Hermano)	16,3625 SLMLMV
EDELMIRA ROSA PÉREZ MARQUEZ (Hermana)	16,3625 SLMLMV
AUSPERTO PÉREZ MARQUEZ (Hermano)	16,3625 SLMLMV
DIANA ESTHER PÉREZ MARQUEZ (Hermana)	16,3625 SLMLMV

9. CONDENA EN COSTAS:

En cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del C.C.A “el Juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá

condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil". En el sub lite no se evidencia en la actitud de las partes temeridad alguna ni abuso de derechos procesales, que hagan procedentes tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

10. CONSULTA.

En consideración a que la condena impuesta supera los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, se dispondrá que en el evento de que la presente sentencia no sea apelada se remita al H. Consejo de Estado con el objeto de que surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

V. FALLA

PRIMERO: DECLARAR a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN administrativamente responsable por el daño antijurídico causado a los demandantes con ocasión de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido a los señores RODRIGO LÓPEZ PÉREZ, JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA, ELVER LÓPEZ PÉREZ y EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ.

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

Del grupo familiar del señor ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ

MANUEL DE JESÚS LÓPEZ TRUJILLO (Padre)	34.425 SLMLMV
JULIA PÉREZ PINEDA (Madre)	34.425 SLMLMV
OMAR YESID LÓPEZ ORTÍZ (Hijo)	34.425 SLMLMV
ERIKA PATRICIA LÓPEZ ORTÍZ (hija)	34.425 SLMLMV
BERLEDIS HORTENCIA LÓPEZ PÉREZ (Hermana)	17,2125 SLMLMV
BERTHA ISABEL LÓPEZ PÉREZ (Hermana)	17,2125 SLMLMV
ANA ELENA LÓPEZ PÉREZ (Hermana)	17,2125 SLMLMV
ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ (Víctima directa)	68.85 SLMLMV

Del grupo familiar del señor RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ

ASTRID CAROLINA LÓPEZ ORTÍZ (Hija)	34.425 SLMLMV
NEIRO LUIS LÓPEZ ORTÍZ (Hijo)	34.425 SLMLMV
KEVIN ALEXANDER LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV
ESNEIDER JOSÉ LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV
ARLIN ZENIC LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV
ARGEMIRO LÓPEZ ORTÍZ (hijo)	34.425 SLMLMV
RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ (Víctima directa)	68.85 SLMLMV

Del grupo familiar del señor JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA

HERNEDYS MARÍA TORRES FIGUEROA (hermana)	17,2125 SLMLMV
LIDIS ISABEL TORRES FIGUEROA (hermana)	17,2125 SLMLMV
SANDRA MARGARITA FIGUEROA OSORIO (hermano)	17,2125 SLMLMV
FARID ENRIQUE TORRES FIGUEROA (hermano)	17,2125 SLMLMV
AUGUSTO RAFAEL TORRES FIGUEROA (hermano)	17,2125 SLMLMV
JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA (Víctima directa)	68.85 SLMLMV

Del grupo familiar del señor EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ

JOSÉ DIONICIO DE RICO PÉREZ (Padre)	32,725 SLMLMV
ELIDA ROSA PASO MARQUEZ (Madre)	32,725 SLMLMV
EUCLIDES RAFAEL PÉREZ OCHOA (Hijo)	32,725 SLMLMV
DAMARIS JUDITH PÉREZ OCHOA (Hija)	32,725 SLMLMV
NANCY BEATRIZ PÉREZ OCHOA (Hija)	32,725 SLMLMV
ROSMIRA BEATRIZ PÉREZ OCHOA (Hija)	32,725 SLMLMV
MARÍA ADIMA PÉREZ MARQUEZ (hermana)	16,3625 SLMLMV
IRMA BEATRIZ PÉREZ MASQUEZ (Hermana)	16,3625 SLMLMV
GLADIMIRA PÉREZ PASO (Hermana)	16,3625 SLMLMV
JORGE LUIS PÉREZ MARQUEZ (Hermano)	16,3625 SLMLMV
EDELMIRA ROSA PÉREZ MARQUEZ (Hermana)	16,3625 SLMLMV
AUSPERTO PÉREZ MARQUEZ (Hermano)	16,3625 SLMLMV
DIANA ESTHER PÉREZ MARQUEZ (Hermana)	16,3625 SLMLMV
EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ (Víctima directa)	65.45 SLMLMV

TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer y pagar a cada uno de los señores ELVER ENRIQUE LÓPEZ PÉREZ, RODRIGO ANTONIO LÓPEZ PÉREZ y JUAN CARLOS TORRES FIGUEROA por concepto lucro cesante la suma de diez millones doscientos cincuenta y seis mil ciento treinta y un pesos (\$10.256.131.00); y reconocer y pagar a EUCLIDES RAFAEL PÉREZ MARQUEZ por concepto de lucro cesante, la suma de nueve millones setecientos treinta y un mil ciento catorce pesos (\$ 9.731.114,00).

CUARTA: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

SEXTO: Si no fuese apelada la presente providencia, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, en consideración al monto de la condena impuesta, consúltese esta sentencia ante el H. Consejo de Estado.

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

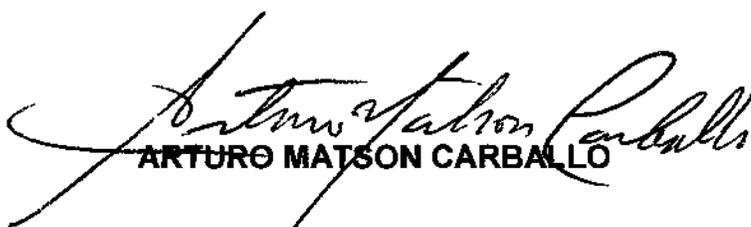
OCTAVO: Sin condena en costas.

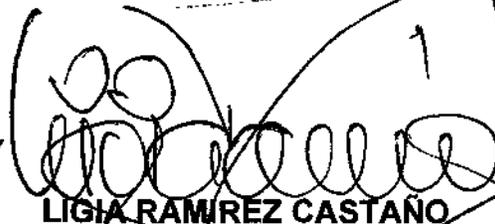
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO





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

ACLARACION DE VOTO

Tema: *Privación Injusta de la Libertad*

Clase de acción: REPARACIÓN DIRECTA

Referencia: No. 13-001-23-31-002-2009-00315-00

Demandante: EUCLIDES RAFAEL PEREZ MARQUEZ Y OTROS

Demandado: NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – OTRO

Se dejará constancia en este punto que, a diferencia de la mayoría de los colegas que integran la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, la suscrita Magistrada Ponente no comparte en su totalidad la línea jurisprudencial expuesta por el H. Consejo de Estado en la sentencia de Sala Plena que en esta sentencia se cita, en cuanto se refiere a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad que, finalmente, ha venido a evidenciarse como una responsabilidad de carácter objetivo en la que no hay lugar a efectuar ninguna clase de análisis diferente a los parámetros prefijados por la Corporación de cierre de la jurisdicción.

Partiendo desde el postulado contenido en el art. 90 Superior, la suscrita Magistrada estima que no en todos los casos en que una persona haya sido sometida a medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, y finalmente resulte exonerado de responsabilidad penal mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, i) porque el hecho no existió, ii) porque el sindicado no lo cometió o, iii) porque la conducta no era constitutiva de hecho punible, tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado.

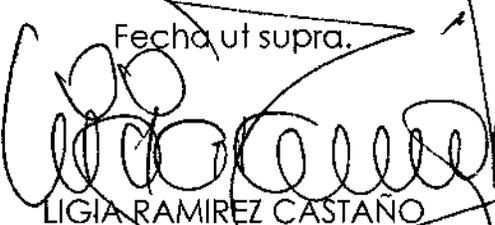
A diferencia de lo expuesto por el H. Consejo de Estado y por mis respetados colegas considero que se debe siempre evidenciar la ilegalidad de la medida de aseguramiento, pues en tanto la misma se haya adoptado dentro del marco legal, es decir, con soporte fáctico y probatorio que la

sustente, haya sido oportuna, preventiva o haya evitado un daño mayor al conglomerado social, dicha detención no debe ser calificada como injusta. Sin perjuicio de lo anterior, como quiera que el tema objeto de esta controversia se encuentra decantado por vía jurisprudencial, la suscrita Magistrada acogerá tales pronunciamientos, a título de precedente judicial, con base en el criterio de obligatoriedad que ello conlleva para los jueces de instancia, tal como se lee en el siguiente aparte de la sentencia C-836/01.

"... Son entonces la Constitución y la ley los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de la formulación de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente, y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos. La referencia a la Constitución y a la ley, como puntos de partida de la actividad judicial, significa que los jueces se encuentran sujetos principalmente a estas dos fuentes de derecho. Precisamente en virtud de la sujeción a los derechos, garantías y libertades constitucionales fundamentales, estos jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores. Como ya se dijo, esta obligación de respeto por los propios actos implica, no solo el deber de resolver casos similares de la misma manera, sino, además, el de tenerlos en cuenta de manera expresa, es decir, la obligación de motivar sus decisiones con base en su propia doctrina judicial, pues como quedó sentado en la Sentencia C-252/01 antes citada, esto constituye una garantía general para el ejercicio de los derechos de las personas y una garantía específica de la confianza legítima en la administración de justicia".

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

Fecha ut supra.



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO

Magistrada de Descongestión No. 002



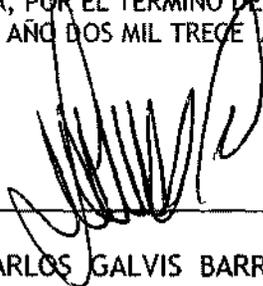
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1327
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: REFORESTACION Y PARQUEZ S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2002-00037-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA
(08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-23-31-000-2002-00037-01
Demandante : Reforestación y Parques S.A.
Demandado : U.A.E. DIAN

TEMA: Incumplimiento en el Régimen de Importación Temporal a corto Plazo

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2008 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 2277 del 11 de julio de 2000 proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se declaró el incumplimiento de una importación a corto plazo, con base en la Declaración de Importación No. 12055011174901 del 22 de septiembre de 1998.

- Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 001785 de agosto 22 de 2001, y No. 2559 del 20 de noviembre de 2001 proferidas por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la anterior, confirmándola.

1.2. HECHOS

Se resumen así:

Se narra en el libelo, que mediante Declaración No. 12055011174901 del 22 de septiembre de 1998, la sociedad actora introdujo al país en la modalidad de importación temporal a corto plazo, mercancía descrita como: "Tiovivo, columpios, casetas de tiro de demás atracciones de feria, circos zoológico y teatros ambulantes, escenografías para exposición de Dinosaurios, compuesta de los siguientes elementos: 132 viguetas l rectas, 66 viguetas l curvas, 65 bases de columnas, 40 placa empalme ...".

Cuenta que con radicado interno No. 008080 de marzo 17 de 1999 dirigido a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales División Control de Cartagena, los Representantes Legales de la sociedad actora dan aviso sobre el hecho de que la mercancía importada temporalmente fue objeto de destrucción casi en su totalidad, debido al acaecimiento de un cortocircuito en las instalaciones del Parque Prehistórico Dinosaurium, para lo cual adjuntaron como pruebas varias fotografías.

Que en fecha 26 de noviembre de 1999 se realizó inspección y se informó a la Administración de Impuestos y Aduanas de Cartagena, que se verificó la destrucción de la mercancía importada casi en su totalidad, dejándolo todo inservible.

Alegan que el corto circuito que causó la destrucción de los bienes importados constituyó un caso fortuito irresistible e imprevisible: pues no obstante haber implementado las medidas humanamente posibles como un pararrayos y mantener en perfecto estado las instalaciones eléctricas; ninguna de estas fue suficiente para impedir el impacto del rayo en sus instalaciones, y la consiguiente destrucción de la mercancía.

Igualmente señala que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Decreto 1909 de 1992, una de las causales de terminación de la importación temporal, es la destrucción de la mercancía por fuerza mayor o caso fortuito, demostrado ante la

administración aduanera; por lo que considera que no está obligado al pago de impuesto alguno.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Art. 2, 29, 95 literal 9º, y 83 de la Carta Política.

Legales: Artículo 46 literal e) del Decreto 1909 de 1992

Alega que los actos acusados violan la normatividad legal citada, ya que desconoció las causales de terminación de la importación temporal a corto plazo por la verificación de la causal e), la cual exime a la sociedad actora del pago de tributos aduaneros; ya que como lo verificó una de las funcionarias de la DIAN en la inspección realizada, la mercancía objeto de importación, se destruyó en su totalidad por un cortocircuito ocasionado por la caída de un rayo, circunstancia ésta imposible de preveer, siendo que la sociedad actora tenía un pararrayos instalado para tomar precauciones y evitar sucesos como el que ocurrió.

Que la anterior circunstancia permite que en este caso se le exima del pago de los tributos aduaneros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 literal e) del Decreto 1909 de 1992, y que siendo que los actos acusados desconocen tal normatividad, le vulneran el debido proceso y el derecho de defensa a la entidad demandada.

Que además se desconocen los conceptos de justicia y equidad, respecto de los tributos aduaneros que pretende exigir a la sociedad actora, no obstante de haberse destruido la mercancía importada por causas de fuerza mayor o caso fortuito.

Igualmente, considera que los actos acusados presumieron la mala fe en la actuación de la sociedad actora, imponiéndole la carga de la prueba, la cual le corresponde al ente sancionador.

2. LA DEFENSA

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

Señala que para la época en que ocurren los hechos narrados, la introducción de las mercancías al territorio nacional se encontraba regulada por el Decreto 1909 de 1992 reglamentado por la Resolución No. 408 de 1992; y que en este caso particular, la sociedad actora mediante Declaración introdujo mercancías en la modalidad de Importación Temporal a Largo Plazo (sic) consistente en Escenografía para exposición de espaletizador de botellas por el término de 3 años.

Que esta modalidad de importación se caracteriza, porque el pago de los tributos aduaneros se diferencian hasta por 5 años, de acuerdo a las necesidades del importador, pero este debe otorgar una garantía con la cual asegure el pago de los tributos aduaneros y el cumplimiento de la obligación de finalizar la modalidad de importación.

Que mediante Oficio 0563GAR del 26 de mayo de 1999, se requirió al importador para que acreditara la finalización de la modalidad de importación, bien sea reexportando la mercancía o declarándola en la modalidad de importación ordinaria.

Que al verificar el no pago de las cuotas correspondientes a los tributos aduaneros diferidos, y al constatar que no se había reexportado la mercancía se declaró el incumplimiento mediante Resolución No. 2277 del 11 de julio de 2000, la cual fue confirmada mediante Resoluciones No. 1785 de agosto 22 de 2001 y 2559 del 20 de noviembre de 2001.

Expone la entidad demandada que dentro de las modalidades de importación, se encuentra la Importación Temporal para Reexportación en el mismo Estado, que a su vez se divide en a corto y a largo plazo.

Que la Importación Temporal a Largo Plazo (sic) permite la importación a territorio nacional con suspensión de tributos aduaneros de determinadas mercancías, con la condición de reexportarlas en un plazo máximo de 5 años o de importarlas en forma definitiva.

Que además dicha importación causa el pago de tributos aduaneros, pero su pago se suspende y difiere en cuotas semestrales y el importador debe presentar garantía con el fin de respaldar el pago oportuno de las cuotas y la finalización del régimen en virtud de la importación ordinaria o reexportación.

Adujo que el importador que introduce mercancías bajo los beneficios de esta modalidad, tiene a su cargo dos obligaciones principales que son: i) finalizar la modalidad en debida forma, ii) pagar oportunamente las cuotas.

Que el incumplimiento de esas obligaciones de hacer, traen como consecuencia: i) la declaratoria de incumplimiento de la obligación haciendo efectiva la garantía; ii) la situación irregular en la que queda inmersa la mercancía pues no se puede considerar amparada en la declaración de importación presentada con efectos temporales. En este último caso, la mercancía puede salvarse en virtud de la legalización, la reexportación o la destrucción por motivos de fuerza mayor, caso fortuito o hecho de un tercero.

Que en el presente caso, la sociedad actora no cumplió con las obligaciones inherentes al régimen pues no terminó el régimen, no canceló las cuotas, no reexportó la mercancía, no la importó ordinariamente, ni demostró su destrucción.

Señala la improcedencia de la causal de eximente de responsabilidad invocada por la sociedad actora en cuanto a la ocurrencia de la fuerza mayor o de caso fortuito, por lo siguiente:

Alega que el importador que utilice la modalidad de importación temporal a largo plazo, tiene una obligación de resultado; por lo que se debe finalizar el régimen dentro del término autorizado por la aduana, y además pagar los tributos aduaneros causados con la introducción de la mercancía.

Que cuando se presenta el incumplimiento, se presume el nexo causal entre el resultado negativo y la conducta del agente comprometido a satisfacer la obligación.

Que la legislación aduanera vigente establecía como una causal de terminación de la modalidad de importación temporal a largo plazo, la destrucción de la mercancía por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y la forma de liberarse de las consecuencias que genera el incumplimiento de la obligación están: i) que las circunstancias estén

debidamente probadas, y ii) que esa prueba se presente en el procedimiento para declarar el incumplimiento.

Que en el presente caso se probó la destrucción de la mercancía, mas no se probó el hecho de haber tomado las precauciones previsibles aplicables al medio, como sería la existencia de pararrayos, o cualquier otro elemento que ante la ocurrencia de un corto circuito, coadyuvara a evitar en la propagación del fuego. Tampoco se probó haberse tomado las precauciones racionales que se esperan al instalar un equipo de las características del caso, sensible a las descargas eléctricas de la naturaleza, como podría ser, la acción del cuerpo de bomberos o autoridad competente; pues para que opere la finalización de la modalidad, no basta con demostrar la destrucción de la mercancía, sino que es necesario entrar a acreditar los elementos que estructuran la fuerza mayor o el caso fortuito.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, dictó sentencia denegatoria de las pretensiones, bajo los argumentos que se resumen a continuación:

Consideró el a quo que la parte actora no probó ante la DIAN que la causa del siniestro fue la caída de un rayo, y que tampoco lo demostró en el curso del proceso; pues en las declaraciones recaudadas los testigos no lo precisaron así. Igualmente indicó que la parte actora únicamente acreditó el hecho de haberse destruido la mercancía y dicha circunstancia por sí sola no es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

También señaló que la parte actora no demostró si fue diligente y cuidadosa frente al suceso alegado en el sentido de haber tomado todas las precauciones técnicas y humanas bien para evitar o bien para aminorar los efectos del hecho dañino, ya que si bien dos testigos coincidieron en afirmar que sí estaba instalado un pararrayos para contrarrestar los efectos de las descargas por tormentas eléctricas; tampoco hay certeza de que esa hubiese sido la causa del siniestro; no fue posible confirmar la existencia del pararrayos para la fecha de ocurrencia del siniestro, ya que en el dictamen practicado en el proceso el perito no especificó si la instalación del pararrayos fue anterior o posterior al incendio.

Tampoco encontró configurada la fuerza mayor que justificara la terminación del régimen de importación temporal, y siendo al demandante a quien le corresponde la

carga de la prueba de los supuestos fácticos, entonces se debía concluir que los actos acusados no vulneraron las normas invocadas.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La sociedad actora.

La parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso los siguientes argumentos:

Señaló que para el a quo estuvo acreditado lo siguiente: i) la destrucción de la mercancía, ii) que no existe certeza de la causa del incendio, iii) que la sociedad actora sí tenía instalado un pararrayos para contrarrestar los efectos de las descargas por tormentas eléctricas; y iv) que de acuerdo a los testimonios, sus instalaciones cumplían con los requerimientos técnicos para el debido funcionamiento de sus instalaciones eléctricas, las cuales no fueron suficientes para impedir el incendio que llevó a la destrucción de la mercancía.

Que la aplicación del Decreto 1909 de 1992 artículo 47 literal e) debe supeditarse en este caso a las normas constitucionales, y que la sentencia de primer grado es violatoria de normas constitucionales al exigir a la parte actora pruebas imposibles de soportar, pues si no ha sido posible determinar la causa del incendio, mal puede exigírsele a la sociedad actora que pruebe las medidas tomadas para evitar el acaecimiento de dicho hecho, ya que no existe norma en la legislación colombiana que exija tomar medidas extremas y a prueba de todo riesgo para evitar la destrucción de la mercancía importada bajo el régimen de importación temporal, a fin de acceder a la causa de terminación de dicha importación bajo la normativa del literal e) del artículo 47 del Decreto 1909 de 1992.

4.2. La aseguradora.

Al haberse admitido como coadyuvante a la Compañía Suramericana de Seguros S.A., sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

Alegó que no es cualquier pérdida la que daría lugar a la aplicación de la causal de terminación del régimen prevista en el literal e) del artículo 46 del Decreto 1909 de

1992; pues dicha norma establece que la causa que origine la destrucción de la mercancía para que pueda desentrañar la terminación del régimen debe ser la fuerza mayor o el caso fortuito y que tal circunstancia sea puesta de presente ante la administración.

Que como se evidencia del material probatorio, la causa que originó la destrucción de la mercancía temporalmente importada fue un caso fortuito el cual fue puesto de presente ante la autoridad aduanera, por lo que se debía proceder a terminar el régimen de importación.

Que habiendo tomado la sociedad actora medidas de protección como un pararrayos y que no obstante acaeció el siniestro, se demostró el carácter de irresistible del hecho, y por ende su catalogación de caso fortuito.

Que en el presente caso, nos encontramos frente a un fenómeno natural, como fue la caída de un rayo que genera otro hecho que por sí mismo también es un caso fortuito, como lo fue el corto circuito a partir del cual se produce el incendio que destruye la mercancía de la demandante. Que tal fenómeno se escapa de la órbita de control del obligado que tomó todas las precauciones necesarias para que el hecho no acaeciera y sus consecuencias no se extendieran, tal como se constata en el soporte probatorio.

Que la sociedad actora dio aviso a la DIAN del siniestro ocasionado por un cortocircuito en las instalaciones del parque, que lo destruyó casi en su totalidad dejando inservible la mercancía importada. Y que 8 meses después la administración de aduanas ordena la inspección física para verificar el estado de destrucción de la mercancía lo cual queda sentado en un informe de fecha 29 de noviembre de 1999.

Que con las pruebas recaudadas, se acredita la ausencia de culpa por parte de la actora, la existencia del pararrayos debidamente instalado en el sitio y que el parque se encontraba en perfectas condiciones técnicas y de seguridad, para aceptar el hecho del caso fortuito y dar por terminado el régimen de importación.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 3 de febrero de 2009 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 443); y por auto de fecha 3 de julio de 2009 se admitió el

recurso de apelación interpuesto por la Compañía Aseguradora Suramericana de Seguros S.A. (f. 459).

El 11 de agosto de 2009, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 461).

Al respecto, las partes demandante y demandada, reiteraron los argumentos de la demanda, de la defensa y del recurso de apelación.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión previa

Antes de entrar a estudiar el presente asunto, se advierte que la providencia de primera instancia objeto del recurso de apelación fue proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena siendo titular el doctor ARTURO MATSON CARBALLO, quien actualmente integra esta Sala de Decisión. Por consiguiente, se le aceptará el impedimento para pronunciarse en esta oportunidad, como quiera que se encuentra incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 2º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

2. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se niegan a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

3. La caducidad

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 25 de enero de 2002¹, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses

¹Ver folio 29

que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa (Resolución No. 002559 del 20 de noviembre de 2001) fue notificado en fecha 22 de noviembre de 2001².

4. Los actos acusados

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 2277 del 11 de julio de 2000 proferida por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se declaró el incumplimiento de una importación a corto plazo, con base en la Declaración de Importación No. 12055011174901 del 22 de septiembre de 1998.

- Resoluciones No. 001785 de agosto 22 de 2001 y No. 2559 del 20 de noviembre de 2001, proferidas por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la anterior, confirmándola.

6. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, el problema jurídico que se debe resolver en este caso, consiste en establecer si se encuentra justificada la terminación del Régimen de Importación Temporal al que se sometió la sociedad actora, por el hecho de configurarse una causal de fuerza mayor o caso fortuito.

7. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues si bien se encontró acreditada la destrucción de la mercancía, y que tal hecho fue comunicado a la autoridad aduanera; tal circunstancia por sí sola no configura la causal de terminación del régimen de importación temporal, pues en este caso no se demostró que la aludida destrucción se dio por caso fortuito o fuerza mayor irresistibles e imprevisibles.

²Ver folio 33

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

8. Hechos probados

En el presente caso, se encontraron los siguientes elementos:

- Que mediante Declaración de Importación No. 12055011174901 del 22 de septiembre de 1998, la Sociedad Reforestaciones y Parques S.A. introdujo al país mercancía en la modalidad de Importación Temporal a Corto Plazo, consistente en lo siguiente:

"... COLUMPIOS, CASSETAS DE TIRO Y DEMAS (sic) ATRACCIONES DE FERIA, CIRCOS, ZOOLOGICOS Y TEATROS AMBULANTES. ESCENOGRAFIA PARA EXPOSICION (sic) DE DINOSAURIOS, COMPUESTA DE LOS SIGUIENTES ELEMENTOS: 132 VIGUETAS I RECTAS, 66 VIGUETAS I CURVAS, 65 BASES DE COLUMNAS, 40 PLACA EMPALME ESCUADRA 120, 258 ANGULOS (sic) DE EMPALME DE 108 SERCHAS...." (f. 116).

- Que en fecha 17 de marzo de 1999, fue recibida comunicación en la División de Control Cartagena de la DIAN, suscrita por el Gerente General y el Director Administrativo y Financiero de la Sociedad demandante; en el que se informa la destrucción de la mayor parte de la mercancía declarada bajo la modalidad de importación temporal al sufrir un cortocircuito en las instalaciones del parque. Según se indica en la aludida comunicación, la mercancía fue importada para montar el espectáculo artificial parque zoológico prehistórico Dinosaurium, e indican la dirección en la cual se encuentran los restos destruidos de la mercancía importada, a fin de que se realice la verificación. Además de ello, se adjunta al referido informe, material fotográfico recaudado, y solicitan se dé la terminación del régimen de importación temporal a corto plazo de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del Art. 46 del Decreto 1909 de 1992. (f. 120)

- Que mediante Auto No. 3122 del 17 de noviembre de 1999 proferido por la Jefe de División de Servicio al Comercio Exterior de la DIAN, se autorizó que por parte de un funcionario del Grupo de Inspectores se practique la diligencia de inspección física a la mercancía importada temporalmente mediante Declaración de Importación No. 12055011174901 del 22 de septiembre de 1998, con el fin de establecer su estado real de destrucción. (f. 118-119)

- Que mediante Auto Comisorio No. 3130 del 18 de noviembre de 1999, se comisiona a una inspectora para que efectúe la inspección autorizada. (f. 124-125)
- Que la Unidad Administrativa Especial de la DIAN en fecha 29 de noviembre de 1999, por conducto de la inspectora comisionada mediante Auto de fecha 18 de noviembre de 1999, realiza informe de comisión de la inspección practicada en fecha 26 de noviembre de 1999, en el que se anota lo siguiente:

“Una vez confrontada la declaración junto con los documentos soportes y la mercancía físicamente, se obtuvo el siguiente resultado:

Se destruyó casi en su totalidad dejando inservibles en su conjunto las lámparas (sic), reflectores, bastidores, twiters con bobinas, cánones de halógeno, arbotantes con focos, lonas tridimensionales, lonas rectangulares, mamparas de información, lonas chicas con riel, mantas morrales, bolsas, casetas, escenografía, viguetas, curvas, ángulos de empalme, placas planas, cumbreras con cartabón, bolsas con plantas artificiales, wooferaebotantes, bases.

Prueba de ello se observa en las veintisiete (27) fotografías tomadas a la mercancía las cuales obran dentro de la diligencias en nueve (9) folios.”

- Que mediante Resolución No. 2277 de julio 11 de 2000 (acto acusado - f.177-179), se declara de oficio el incumplimiento de una obligación aduanera y se hace efectiva una garantía. De los considerandos de dicho acto, se destacan los siguientes apartes:

“(…)

De esta forma este despacho establece que el Importador REFORESTACIONES Y PARQUES S.A. le fue aprobados (sic) el régimen de Importación Temporal con declaración 12055011174901 del 22 de septiembre de 1998, y NO canceló las cuotas semestrales, correspondientes a los Tributos Aduaneros Diferidos, verificado el sistema informático Aduanero SIFARO, no se encontró recibo de pago alguno correspondiente al pago de cuotas pertenecientes al Régimen de Importación aprobado, así como tampoco se encontró Declaración de Importación en la Cual (sic) el Importador Finalizara (sic) el Régimen, también se verifico (sic) si el importador había hecho uso de la Reesportacion (sic) de la mercancía, y tampoco lo había realizado, por lo que este despacho considera razones

mas (sic) que suficientes para declarar el incumplimiento de las obligaciones del Importador.

Por otro lado según oficio 2029 de Diciembre 03 de 1999, la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración de Impuestos y Aduanas de Santafé de Bogotá, se informa a esta Administración sobre la práctica de inspección e informe de los inspectores sobre el estado de Destrucción de la mercancía, esto a solicitud de los propietarios de las mercancías objeto del régimen de Importación Temporal. (...)

En el escrito presentado por el recurrente no prueba la ocurrencia de la FUERZA MAYOR o CASO FORTUITO, el segundo elemento de la FUERZA MAYOR o CASO FORTUITO se tiene cuando el suceso escapa de las previsiones normales, mal haría La (sic) empresa en caeren omisiones que pongan en peligro la seguridad de la mercancía, cuando redoblando las medidas necesarias bien pudo prever la ocurrencia del suceso, y el tercer elemento la irresistibilidad radica que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho sucediera. Al no acreditarse ante la Administración que el interesado haya implementado las diligencias y cuidados que debieron prever el acto ocurrido o en su defecto evitarlo, NO SE CONFIGURA CON ESTO LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA FUERZA O CASO FORTUITO, y pone al interesado ante una situación de Incumplimiento (sic) dentro del Régimen de Importación Temporal. (...)"

-Que mediante Resoluciones No. 001785 de agosto 22 de 2001 y No. 2559 del 20 de noviembre de 2001, proferidas por la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, que resolvieron los recursos de reposición y apelación contra la anterior, confirmándola.³

- A folio 307 a 309, se observa testimonio del señor Jorge Humberto Santacruz Guzmán, ingeniero industrial, quien para la ocurrencia de la destrucción de la mercancía importada, se desempeñaba como Gerente Administrativo y Financiero de la empresa Reforestación y Parques S.A.; indicó el declarante, que la sociedad actora cumplía con las normas de seguridad más estrictas tanto en instalación y construcción de parques, como en la seguridad tanto para el personal humano, equipos y demás. Que además tenían los equipos suficientes para apagar incendios, pararrayos para

³Ver folios 233 a 237 y 238 a 242

detectar inconvenientes atmosféricos, y el entrenamiento técnico de la más alta calidad para los funcionarios del parque. Indicó que el incendio ocurrió en horas de la noche cuando no había nadie y que fueron informados del suceso al día siguiente por el vigilante de turno, quien a su vez le narró haber tomado las precauciones utilizando los extintores tanto móviles como fijos para evitar una conflagración mayor, pero que casi todo quedó destruido. También manifestó que el mismo día que se enteraron del incendio, recibieron un informe verbal de los técnicos quienes luego de revisar las instalaciones eléctricas, concluyeron que el incendio fue producto de un corto circuito. Al ser interrogado el testigo, señaló que no tenía conocimiento si el incendio fue producto de un rayo, y que en dicho caso, debió tratarse de alguno que tuviera una intensidad superior a la que podía detectar el pararrayos.

- A folio 309 a 311, se encuentra la declaración recibida a la señora Tatiana Esperanza Munevar Barreto, arquitecta quien manifestó desempeñarse como Jefe de Desarrollo Físico de la Empresa Reforestación y Parques S.A., y que para la época del incendio, era la encargada del mantenimiento físico del parque; por lo que indicó que recaía en su responsabilidad que se garantizaran las condiciones técnicas y de seguridad adecuadas para las instalaciones del parque, donde había instalada una infraestructura eléctrica que estaba amarrada a una malla conectada a un pararrayos, y en la parte de seguridad se tenían instalados extintores fijos de acuerdo con las normas existentes. Que adicionalmente había un extintor satélite de gran capacidad que permitía atender cualquier clase de conflagración. Indicó que el incendio ocurrió en horas de la noche y que se enteró del suceso al día siguiente por el relato de un vigilante quien señaló que pudo haber sido un rayo ya que estaba lloviendo. Señaló que al buscar el apoyo de un técnico éste le indicó de forma verbal que “parecía ser un corto circuito”; y que gracias a las capacitaciones que recibían los empleados y a los equipos que tenían, el vigilante pudo controlar el incendio y la mercancía no se destruyó en su totalidad, pero sí quedó inservible. A su vez indicó que las instalaciones eléctricas del parque cumplían con el código eléctrico vigente y con normas eléctricas internacionales; que concretamente se tenía una red eléctrica que estaba conectada a una malla, que a su vez se enlazaba en un pararrayos, por lo que se encontraban protegidos contra descargas eléctricas.

- Que según el dictamen pericial practicado por un Ingeniero Eléctrico, quien realizó una inspección en el lugar donde se encuentra ubicado el Parque prehistórico Dinosaurios en la ciudad de Bogotá, y donde ocurrió el siniestro, señaló que en la actualidad existen un pararrayos indicando sus especificaciones. Sin embargo, manifestó en su informe, que si bien el pararrayos es una protección contra descargas atmosféricas, no es esta

la única medida para proteger sistemas eléctricos, y frente a problemas de corto circuito, los sistemas que deben emplearse son "protección contra corto-circuito y sobre carga" y además un "Sistema de puesta a tierra", elementos de los cuales no recibió información en el lugar de los hechos; razón por la que no tuvo certeza para indicar su existencia o no. Finalmente agregó en su experticio, que es muy poco probable que caigan rayos sobre un área de protección y cobertura de un pararrayos, ya que su cobertura y diseño deben garantizar la ocurrencia de este hecho.

9. Análisis del caso

De conformidad con las normas del Decreto 1909 de 1992, vigentes para la época de los hechos, la importación temporal *"Es la importación al territorio Nacional, con suspensión de derechos aduaneros, de determinadas mercancías destinadas a la reexportación en un plazo señalado, sin haber experimentado modificación alguna, con excepción de la depreciación normal originada en el uso que de ellas se haga, y con base en la cual su disposición quedará restringida."* (Artículo 39). Esta modalidad de importación puede ser de dos clases: de "corto plazo" y de "largo plazo". En la primera, que es la que interesa al caso sub examine, la mercancía se importa para una finalidad específica y su plazo máximo de permanencia en el país es de seis meses, prorrogables por tres más.

Del mismo modo, si el importador que se ha acogido al régimen de importación temporal, decide dejar la mercancía en el país bajo la modalidad de importación ordinaria, debe modificar en este aspecto la declaración de importación antes del vencimiento del plazo, pagando además los tributos aduaneros correspondientes. (Artículo 45).

Por su parte, el artículo 46 *ibídem*, consagra la Terminación de la Importación Temporal cuando ocurra una de las siguientes causales:

- "a) Reexportación de la mercancía;*
- b) Importación ordinaria;*
- c) Decomiso de la mercancía, cuando vencido el término señalado en la declaración de importación, no se cancelaron los tributos aduaneros, ni la mercancía se reexportó; o por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones inherentes a la importación temporal;*
- d) Abandono de la mercancía aceptado por la Aduana; y,*

e) Destrucción de la mercancía por fuerza mayor o caso fortuito demostrados ante la Dirección de Aduanas Nacionales.” (Destacado fuera del texto).

Ahora bien, entre las exigencias previstas en el régimen aduanero para la modalidad de la importación temporal, se encuentra la garantía o póliza de seguros que debe constituir el importador, con el objeto de responder por: la finalización de la importación temporal en los plazos señalados en la declaración y por el pago oportuno de los tributos aduaneros; de tal suerte, que si el importador no cumple con las obligaciones derivadas de dicho régimen, en el plazo señalado, la Administración declara el incumplimiento de la obligación y hace efectiva la póliza. (Artículo 42)

En el presente asunto, pretende la parte actora que se entienda por finalizado el régimen de importación temporal a corto plazo al que se sometió al importar la mercancía respaldada en la Declaración de Importación No. No. 12055011174901 del 22 de septiembre de 1998, pues a su juicio se configuró la causal prevista en el literal e) del artículo 46 del Decreto 1909 de 1992, al haberse destruido la mercancía importada por fuerza mayor o caso fortuito; ya que además alega haber demostrado tal circunstancia ante la autoridad aduanera.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, ya que consideró que en el presente caso, no se encontró acreditado que la causa del siniestro fue la caída de un rayo; pues en las declaraciones recaudadas los testigos no lo precisaron así. Igualmente indicó que la parte actora únicamente demostró el hecho de haberse destruido la mercancía y dicha circunstancia por sí sola no es constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

Por su parte, la parte recurrente alega haber tomado las medidas necesarias para evitar la conflagración y sin embargo, se produjo el siniestro, y que aun demostrándose la causas que lo ocasionaron, no puede exigírsele que pruebe las medidas tomadas para evitar el acaecimiento de dicho hecho, ya que no existe norma en la legislación colombiana que exija tomar medidas extremas y a prueba de todo riesgo para evitar la destrucción de la mercancía importada bajo el régimen de importación temporal, a fin de acceder a la causa de terminación de dicha importación bajo la normativa del literal e) del artículo 47 del Decreto 1909 de 1992.

Pues bien, la fuerza mayor o caso fortuito, según el artículo 64 del Código Civil, es *aquel "imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc"*; y para que se configure, se hace necesario el cumplimiento de dos requisitos a saber: a) *Irresistibilidad*, que hace referencia a aquel suceso que no puede evitarse, imposible de ser superado; y b) *Imprevisibilidad*, que tiene relación con que no se conozca de antemano la posible ocurrencia de un hecho.

En ese sentido, quien alegue la causal de caso fortuito o fuerza mayor para finalizar el régimen de importación temporal, debe tener especial cuidado en demostrar no solo las circunstancias constitutivas de tales fenómenos, sino que tales hechos fueron irresistibles e imprevisibles.

La Sala comparte el criterio del juez de primera instancia, al considerar que no se encuentra configurada la causal de fuerza mayor o caso fortuito para finalizar el régimen de importación temporal de conformidad con lo dispuesto en el literal e) del artículo 46 del Decreto 1909 de 1992; pues revisados los elementos probatorios, no se evidenció que la sociedad importadora hubiera adoptado todas las medidas necesarias y razonables para impedir la ocurrencia del siniestro que destruyó la mayor parte de la mercancía con ocasión de un incendio.

Por las anteriores razones, se tiene que para demostrar la ocurrencia de dicha causal, no era suficiente alegarla en la demanda y en la apelación, ni tampoco demostrar haberle dado aviso a la autoridad aduanera respecto de la ocurrencia del hecho, sino como se dijo, acreditar que se hubiesen tomado las prevenciones tendientes a evitar el hecho adverso o que aun generado éste, se hubiesen aminorado sus efectos.

Al respecto, adujo la parte actora, que el lugar donde se encontraba la mercancía importada era en las instalaciones de un Parque Prehistórico cuya infraestructura eléctrica fue instalada con todas las precauciones técnicas para garantizar la seguridad de las personas y las cosas; y que por un hecho atmosférico imprevisible como fue la caída de un rayo se generó un corto circuito que a su vez produjo el incendio que destruyó la mayor parte de la mercancía dejándola inservible.

Señala que dicha circunstancia constituyó la causal de caso fortuito o fuerza mayor, pues teniendo todas las precauciones, el lugar en el que ocurrieron los hechos contaba

con un pararrayos y a su vez, con elementos que evitaran una conflagración mayor, y aun así no pudo evitarse la pérdida de la mercancía importada.

Sin embargo, tal como lo sostuvo el juez de primera instancia, no encontró la Sala acreditado que la causa del incendio haya sido producto de un rayo, ni que haya sido por un corto circuito; pues en primer lugar los declarantes en el proceso no lo expresaron categóricamente ya que éstos fueron testigos de oídas, quienes no precisaron las circunstancias de lugar, tiempo o modo del hecho; y en segundo lugar, tampoco fueron allegados a la autoridad aduanera o al presente asunto, los informes técnicos supuestamente practicados al día siguiente de la ocurrencia del siniestro, y que indicaran de forma inexcusable, que pese a la infraestructura técnica debidamente instalada en el lugar de los hechos, se produjo el incendio.

Por otro lado, si bien el dictamen pericial practicado en el proceso no indicó la fecha a partir de la cual se encontraba instalado el pararrayos como lo sostuvo el juez a quo, lo cierto es que el experto señaló que era muy poco probable que se presentaran fenómenos atmosféricos como un rayo, en lugares en los que existe protección con "pararrayos", ya que su cobertura y diseño deben garantizar la ocurrencia de estos hechos. Igualmente señaló, que ante la ocurrencia de un corto circuito, no puede decirse que el "pararrayos" sea la única medida para proteger sistemas eléctricos, pues indicó que existen otros elementos de protección mucho más efectivos frente a problemas de corto circuito de los cuales no existe certeza de que existieran en el lugar de los hechos y para la época del siniestro.

Tampoco es suficiente indicar que el personal que laboraba en el lugar donde resultó incinerada la mercancía importada, se encontraba capacitada para resolver cualquier tipo de circunstancia extrema, ni siquiera se acreditó que se hubiera llamado al cuerpo de bomberos para confrontar el percance.

Así las cosas, si bien se encuentra en el expediente acreditada la destrucción de la mercancía, y que tal hecho fue comunicado a la autoridad aduanera, tal circunstancia por sí sola no configura la causal de terminación del régimen de importación temporal; pues como se explicó en los párrafos que anteceden, se debe tener especial cuidado en demostrar que la destrucción se dio por caso fortuito o fuerza mayor irresistible e imprevisible.

En esos términos, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: Aceptar el impedimento del doctor ARTURO MATSON CARBALLO para integrar la presente Sala, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO:CONFÍRMASE la sentencia 30 de julio de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO:Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

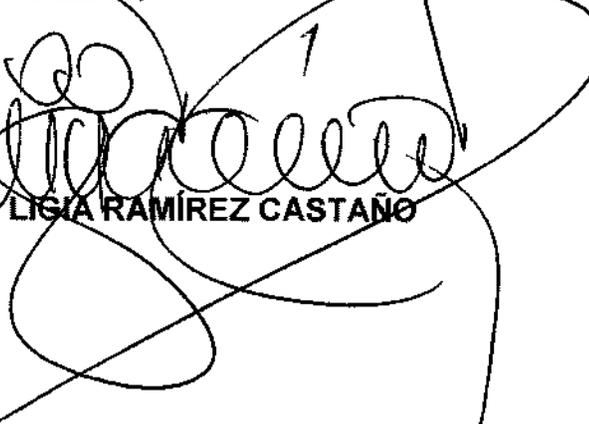
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

ARTURO MATSON CARBALLO
Impedido


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



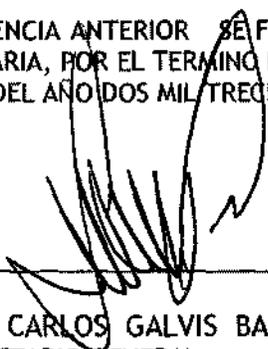
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1328
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: EUROLINK S-A-S . TRADING & PROJECTS
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2011-00502-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	SEIS (06) DE NOVIEMBRE 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, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias, D. T. y C., seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013)

Sentencia de Primera Instancia

Magistrado Ponente : MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ
Radicación : 13001-23-31-002-2011-00502-00
Clase de proceso : NULIDAD
Demandante : Eurolink S.A.S. Trading & Projects
Demandado : DIAN

Tema: Aplicación de teoría de móviles y finalidades- Caducidad de la acción

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA 9537, emanado del Consejo Superior de la Judicatura y la Circular No. 013 de 2012 del Consejo Seccional de la Judicatura, procede a decidir la Acción de Nulidad Simple, interpuesta por la Sociedad Eurolink S.A.S. Trading & Projects contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

I. ANTECEDENTES

DEMANDA

La Sociedad EUROLINK S.A.S. TRADING & PROJECTS, interpone demanda de nulidad simple contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS y ADUANAS NACIONALES - DIAN, tendiente a obtener las siguientes:

PRETENSIONES

Primera: Que se declare la nulidad de toda la actuación administrativa integrada en el Auto de Archivo No. 002379 del 3 de diciembre de 2010, proferida por el Jefe del G.I.T. de Investigaciones Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena dentro del expediente RA. 2008200851426.

Segunda: Que se declare la nulidad de la Resolución No. 000328 del 4 de marzo de 2011, expedida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Cartagena en el expediente referenciado, por medio de la cual se confirmó el auto de archivo anterior.

Tercero: Que una vez ejecutoriada la sentencia, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes y que se condene en costas a la demandada.

HECHOS

En resumen son los siguientes:

1. Narra la sociedad actora, que durante los días 13 y 14 de agosto de 2008, mediante su agencia de aduanas, realizó una serie de importaciones a través de las declaraciones No. 07500260279298, 07500260279306, 07500280182711, 07500260279280, 07500260279273 del 14 de agosto de 2008.
2. Que el día 15 de agosto de 2008, se realizó inspección física de las mercancías por parte del inspector de aduanas, quien decidió no autorizar el levante en las cuatro operaciones por considerar que había controversia de valor, toda vez que al compararlo con una lista de precios del 2007 que encontró en el contenedor y adjunta a las mercancías, determinó que los precios declarados estaban por debajo del precio listado en un 170%. Que en su parecer, la lista de precios constituía un dato objetivo y cuantificable suficiente para determinar que existía un precio ostensiblemente bajo.
3. Señala que el importador dentro del término de los cinco (5) días previsto en el literal b) del artículo 128; presentó certificaciones del proveedor Marcopolo, con el fin de corroborar que el precio pactado en la factura 107 de julio 16 de 2008, era real y que el precio acordado es para todas las exportaciones a Suramérica, justificando así los precios acusados de ser bajos por parte del funcionario aduanero.
4. Que mediante Auto No. 000879 del 27 de julio de 2008, la demandada dio apertura al expediente No. RA 2008200851426 a nombre de EUROLINK; por lo que a través de solicitud electrónica del 26 de abril de 2010, le solicitó a la Coordinación RILO y Auditoría de Denuncias de Fiscalización, la práctica de pruebas en el exterior, con el fin de verificar la autenticidad de la Factura No. 107 del 16 de julio de 2008, expedida por el vendedor en el extranjero Marcopolo.
5. En respuesta al anterior exhorto, el Cónsul General de Colombia en Milán (Italia). indica que la sociedad Marcopolo SRL manifestó que "(i) *No ha emitido nunca una factura con número 107 de 2008* (ii) *No se ha tenido ninguna relación con EUROLINK LTDA. TRADING PROJECTS.* (iii) *No han tenido nunca relación con cualquier otra empresa en Colombia.* (iv) *En consecuencia están seguros que se trata de un error o de una homonimia.*

6. Que la DIAN sin haber desvirtuado la anterior afirmación, mediante Auto de Archivo **No. 002379** del 3 de diciembre de 2010, expedido por el Jefe del G.I.T. de Investigaciones Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, resuelve; archivar el expediente sobre la controversia de valor que cursaba contra la sociedad demandante y decide trasladar copia de éste a la División de Gestión de Fiscalización, para que aperture expediente con el fin de imponer sanción a la actora por supuestamente haber importado una mercancía, amparada en una factura "inexistente" y ordenó la remisión de los documentos necesarios para que se le diera traslado como denuncia penal a la Fiscalía General de la Nación por posible violación de normas penales.
7. Contra el mencionado auto, la parte actora interpuso recurso de reconsideración donde advirtió que la demandada incurrió en error de apreciación, al fundamentar su decisión en una prueba que se debió a una homonimia, por lo que solicitó nuevamente la práctica de pruebas en el exterior; sin embargo, la demandada a través de la Resolución **No. 00328 del 4 de marzo de 2011**, decidió confirmar lo resuelto inicialmente en el auto de archivo.

NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Aduce la actora que con la expedición del Acto en cita, viola las siguientes disposiciones:

Constitucionales: Art. 29, numeral 9 del art. 95, inciso 1 del art. 209, art. 363 de la Carta Política.

Legales: Arts. 2 y 3 del C.C.A., Arts. 2 y 471 del Dto. 2685 de 1999; Arts. 683, 742 a 749 del Estatuto Tributario.

- *Nulidad de la actuación administrativa por violación al debido proceso.*

Aduce que la demandada violó el derecho de defensa y debido proceso dado que determinó que no se debía tener en cuenta ni decretar ni una sola de las pruebas aportadas en el recurso de reconsideración, por considerar que las ya decretadas eran suficientes; desconociendo así una eventual homonimia que no ha sido desvirtuada y con lo que se demostraría que la factura 107 soporte de las declaraciones de importación que fueron objeto de investigación, es una factura legítima expedida por un proveedor en Italia del cual en reiteradas ocasiones se ha demostrado su existencia.

Que tan pertinentes son estas pruebas que si a partir de las mismas se demuestra que existió homonimia y que el proveedor italiano Marcopolo que emitió la factura si existe, no habría lugar a abrir ningún tipo de investigación contra la actora por la demandante, ni mucho menos una investigación penal.

Que resulta difícil de comprender que la División de Gestión Jurídica de manera ligera deseche la práctica de unas pruebas y no se pronuncie sobre otras, por el simple hecho de que estas ya fueron revisadas por la División de Gestión de Fiscalización, desconociendo la posibilidad de una homonimia que le podría dar todo un giro a la investigación.

Afirma que es clara la violación por parte de la administración de aduanas, toda vez que de manera insólita desconoce sin argumento jurídico las pruebas aportadas en reiteradas ocasiones; hecho que debe ser reprochado y seriamente sancionado por medio del decreto de nulidad de toda la actuación administrativa y en especial de los actos acusados.

- *Nulidad de la actuación administrativa por indebida o falsa motivación.*

Arguye que los actos demandados se encuentran viciados de nulidad, toda vez que la indebida motivación se presenta a partir de la inobservancia de las normas formales y del evidente desconocimiento de las pruebas pertinentes.

Que en el caso particular tanto el Auto de Archivo No. 002379 del 3 de diciembre de 2010, como la Resolución No. 000328 del 4 de marzo de 2011, son nulos por cuanto fueron motivados sobre pruebas que por ser violatorias del debido proceso, como se demostró en líneas anteriores, carecen de validez jurídica.

Que del hecho de haberse negado la práctica de pruebas de la actora y de no haberse tenido en cuenta las aportadas, fuera de ser absolutamente violatorio del debido proceso, se constituye en causal de nulidad de la actuación administrativa.

Que se atenta contra el principio de justicia, dado que la demandada olvidó que sus actuaciones deben buscar la verdad real de los hechos y estar precedidas del espíritu de justicia que impide que los particulares se les exija más de lo que la ley pretende y desconociendo la legislación, remite copias para que se sancione a la sociedad actora tanto a nivel administrativo como penal, desconociendo así pruebas conducentes y pertinentes, que de practicarse llevarían a conclusiones totalmente distintas, atentando con el buen nombre y reputación de la demandante.

- *Nulidad de los actos administrativos acusados por violación de las normas de carácter legal en que han debido fundarse.*

Señala que se viola el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que la demandada desconoció las pruebas aportadas por la actora en el recurso de reconsideración. Que se trasgrede el numeral 9 del artículo 95 *ibídem*, por cuanto se pretende exigir a la actora el pago de tributos aduaneros sobre una base gravable desmedida e injustificada, la cual se

origina a raíz del capricho del funcionario y que a todas luces contraría los principios de la contribución tributaria dentro del marco de justicia y equidad.

Que se vulnera el inciso 1 del artículo 209 *ibidem*, dado que el hecho de abstenerse el funcionario de aduanas de admitir pruebas que aportaban elementos esenciales para comprobar la veracidad de la factura 107, la cual originó la controversia gubernativa, son señales inequívocas de parcialidad del funcionario y atacan gravemente la moralidad administrativa.

Que se quebranta el artículo 363 del sistema tributario, como quiera que la demandada parece desconocer esta norma pues resulta inconcebible que se pretendan desconocer pruebas tan contundentes como las aportadas por la actora en el recurso de reconsideración.

Que la actuación de la DIAN, claramente se aleja de un servicio ágil y oportuno, y contrario a lo estipulado por el Estatuto Aduanero, dificulta el comercio exterior ya que la inobservancia de pruebas tan contundentes y pertinentes relacionadas con la existencia de la factura 107, así como la poca diligencia por parte de la administración aduanera para demostrar la existencia de Marcopolo, reflejan la intención entorpecedora de los procesos de comercio internacional, desconociendo el positivísimo impacto social de la sociedad demandante en Colombia, quien ha generado empleo directo e indirecto a muchas familias en nuestro país por más de quince (15) años y ponen en duda el buen nombre la Compañía y de sus directores, calificando sus actuaciones de fraudulentas e inapropiadas, sin mayores argumentos que un "error o una homonimia" con el proveedor del exterior.

Finalmente manifiesta que se violó el artículo 745 de la legislación tributaria, la cual dispone que las dudas provenientes de vacíos probatorios se resuelven a favor del contribuyente, ya que dicha administración se limitó a requerir al Consulado de Colombia en Italia, con el fin de verificar la existencia o no de la Compañía Italiana Marcopolo, y al obtener una respuesta por parte del Cónsul afirmando que la dirección registrada aparentemente no existía y que podía tratarse de un error o de una homonimia, la administración resuelve dejar sin valor jurídico la prueba aportada, afirmando la inexistencia de la Compañía del exterior y resolviendo en contra del contribuyente; hecho que contraría de manera directa el artículo en mención, así como el principio de veracidad que a su vez, lleva de manera implícita la buena fe del contribuyente, la cual también desconoció. (fl. 1-16)

DEFENSA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la sociedad demandante en los siguientes términos a saber:

Expone que los actos acusados no se encuentran indebidamente motivados, toda vez que a través del oficio No. 100211348-4193 del 10 de noviembre de 2010, la Coordinación RILO y Auditoría de las Denuncias de Fiscalización remitió respuesta al exhorto 1091 del 24 de agosto de 2010, señalado que la sociedad Marcopolo SRL manifestó: “- *No han emitido nunca una factura con número 107 en el 2008.- No han tenido nunca relación con EUROLINK LTDA TRADING PROJECTS. – No han tenido nunca relación con cualquier otra empresa en Colombia.- En consecuencia están seguros que se trate de un error o de una homonimia...*”

De lo anterior dedujo la demandada que existe identidad en la razón social, dirección del proveedor “Marcopolo S.R.L.” es decir, el nombre del proveedor y la dirección señalada en la factura aportada por el recurrente corresponde de manera exacta y sin lugar a dudas con el nombre de la empresa que da respuesta al requerimiento.

En ese orden deduce que el cruce de información realizado por la administración a través del órgano de enlace RILO, le proporciona a esta administración la certidumbre pertinente y necesaria para afirmar que la factura comercial No. 107 de fecha 16 de julio de 2008, allegada por el importador carece del valor probatorio señalado en nuestra legislación aduanera, para tenerse en cuenta como documento soporte de la negociación comercial surtida de acuerdo a lo señalado por el proveedor en el exterior y siendo que el exhorto, es el único medio idóneo utilizado para la práctica de las pruebas en el exterior, por así instituirlo así el artículo 259 del C.P.C., modificado por el artículo 1º del Dto. 2282 de 1989.

Alega que el Auto de Archivo está debidamente fundamentado en las normas existentes, y tal como se señaló en el Auto No. 2379 del 3 de diciembre del 2010, la DIAN en aras de adelantar el estudio de valor, procedió a través de requerimientos ordinarios y oficios a los diferentes actores de la operación de comercio exterior a recopilar la mayor cantidad de pruebas documentales encaminadas a la determinación del precio real de transacción para la mercancía objeto de estudio.

Excepciones

La entidad demandada propuso como excepción la **carencia de objeto litigioso por proceso administrativo pendiente e independiente en otra área.**

Señala que el auto de traslado No. 2379 del 3 de diciembre de 2010, ordenó el archivo del expediente a nombre del importador Eurolink S.A.S. Trading y ordenó trasladar el expediente para que se aperture el expediente en la División de Gestión de Fiscalización; es decir que la sociedad actora, tiene todo un proceso pendiente en el que puede ejercer su derecho de defensa y realizar los correspondientes descargos con todas las garantías procesales que son propias del proceso administrativo.

Que el auto de traslado en mención, no ha determinado todavía una sanción sino que sigue un camino procesal que si no es desvirtuado por el interesado podría terminar en una sanción. (fl. 65-76)

ALEGATOS

Por parte del Demandante.

No se tiene en cuenta por presentarse de manera extemporánea.

Por parte del Demandado.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. (fl. 269-273)

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el presente asunto, el señor Procurador Judicial delegado ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, no rindió concepto. (fl. 268 al reverso)

ACTUACIÓN PROCESAL.

En el presente asunto, la demanda fue admitida mediante providencia de fecha 16 de agosto de 2011. (fl. 58).

Luego, el proceso se fija en lista el día 15 de septiembre de 2011. (fl. 58 al reverso)

Mediante auto del 25 de octubre de 2011, se abre a pruebas el proceso. (fl. 245-246) y a través de providencia calendada 30 de octubre de 2012, se corre traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 268).

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

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en el Inciso 1 del Artículo 132 del C.C.A.

Acto Acusado

Se demanda la nulidad de los siguientes actos administrativos.

- Auto de Archivo No. 002379 del 3 de diciembre de 2010, proferida por el Jefe del G.I.T. de Investigaciones Aduaneras de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena.
- Resolución No. 000328 del 4 de marzo de 2011, expedida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Cartagena, por medio de la cual se confirmó la decisión inicial.

Cuestión Previa.

Antes de abordar el estudio del presente asunto, se advierte que la parte demandada en su escrito de contestación, propuso como excepción la Carencia de Objeto Litigioso por proceso administrativo pendiente e independiente en otra área.

Soporta lo anterior, en el sentido que la demandante tiene todo un proceso pendiente en el que puede ejercer su derecho de defensa y realizar los correspondientes descargos con todas las garantías procesales que son propias del proceso administrativo.

La Sala por su parte, considera pertinente no emprender en primer lugar el análisis formal de esta excepción, hasta tanto determine si la acción escogida por la sociedad actora es la adecuada para enjuiciar la legalidad de los actos acusados; como quiera al parecer de prosperar la acción elegida por éste, se produciría un restablecimiento automático del derecho; hecho que no encaja en la finalidad de esta acción.

En ese orden a su juicio habrá que resolver el siguiente interrogante:

Problema Jurídico

¿Existe una indebida escogencia de la acción por parte de la Sociedad Eurolink Ltda. Trading Projects, para someter a juicio el Auto de Archivo No. 002379 del 3 de diciembre de 2010 y la Resolución No. 000328 del 4 de marzo de 2011, proferida por la demandada? De ser así, corresponderá a la Sala interpretar la acción escogida por la actora con base en los presupuestos legales que ella comporta, atendiendo a la teoría de móviles y finalidades trazadas por la jurisprudencia.

Análisis Jurídico.

En el caso bajo estudio, la sociedad demandante impetró demanda de nulidad simple, tendiente a obtener la nulidad absoluta del Auto de Archivo No. 002379 del 3 de diciembre de 2010, través del cual se ordena el archivo del expediente RA2008200851426 a nombre del importador Eurolink Ltda. Trading Projects y se ordena trasladar el expediente en cita a la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá – Gestión de Fiscalización, para que

apertura expediente dentro del programa CU; así mismo para que se remitiera a la División de Gestión Jurídica de dicha seccional, los documentos necesario a fin de que se dé traslado a la denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación por posible violación de las normas penales.

De la misma manera, solicita la libelista la nulidad de la Resolución No. 000328 del 4 de marzo de 2011, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración que confirmó la decisión inicial.

Para dar soporte a lo anterior, la actora básicamente argumenta que con la expedición de estos actos administrativos, se vulneró su derecho a la defensa y debido proceso, por cuanto, no se practicaron las pruebas solicitadas por ella durante la actuación administrativa ante la entidad demandada.

Pues bien, la Sala sobre el presente asunto colige lo siguiente:

El artículo 84 del C.C.A. predica que la acción de nulidad, la podrá presentar toda persona por sí, o por medio de representante, con el objeto de que se declare la nulidad de los actos administrativos, cuando éstos infrinjan las normas en que debían fundarse, 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.

De manera que la finalidad de esta acción es tutelar el orden jurídico trasgredido por el funcionario u organismo del Estado que profirió dicho acto administrativo. Esta acción tiene entre otras una particularidad que la hace diferente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, existente también en nuestro ordenamiento, como es la referente a la característica del acto expedido por la administración pública, es decir, tratándose de la acción de nulidad, ésta ataca la legalidad de los actos administrativos de interés general, mientras que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en principio está concebida para enjuiciar los actos de interés particular; así mismo, la acción de nulidad por buscar prevalecer la defensa de la legalidad de los actos administrativos en general, puede ser ejercida en cualquier tiempo sin que opere ningún fenómeno jurídico que obstaculice al operador judicial competente ejercer control sobre el respectivo acto, a diferencia de la acción de nulidad y restablecimiento que el ordenamiento le otorgó un término prudencial, para que el particular afectado con la decisión del acto ejerza todos los mecanismos judiciales para controvertir dicha decisión, en este caso el afectado tiene cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente de la notificación del último acto para acudir a las instancia judicial, con el objeto de resarcir su derecho trasgredido (No. 2 del art. 136 del C.C.A.).

Sobre el particular la H. Corte Constitucional¹ señaló:

“La acción de nulidad, de larga tradición legislativa (ley 130 de 1913) y jurisprudencial en nuestro medio, tiene como finalidad específica la de servir de instrumento para pretender o buscar la invalidez de un acto administrativo, proveniente de cualquiera de las ramas del poder público, por estimarse contrario a la norma superior de derecho a la cual debe estar sujeto. A través de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente.

...

La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238)”.

Como colorario de todo lo dicho, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta institucionalizada para conocer todas aquellas controversias que se originen sobre el estudio de legalidad de los actos proferidos por la administración, cuando se den las situaciones previstas en el artículo 84 del C.C.A.

Adicionalmente la acción de nulidad no conlleva un restablecimiento del derecho para el particular que ejerce la acción, sino que obtenida ésta se privilegia la defensa del ordenamiento jurídico.

Con base en lo descrito, la Sala advierte que en el sub lite, la sociedad actora pretende la nulidad de los actos acusados por presunta violación al derecho de defensa y debido proceso; no obstante, es menester destacar que de llegarse a demostrar la ilegalidad de los actos acusados, de manera automática habría un restablecimiento del derecho, como quiera que la administración tendría que reiniciar la investigación administrativa para efectivamente determinar si la actora incumplió o no con las normas aduaneras.

Es por ello, que la acción escogida por la demandante en este caso para enjuiciar la legalidad de los actos administrativos acusados, a juicio de la Sala no es la adecuada, en primer lugar porque se trata de unos actos de contenido particular, que afectan única y exclusivamente la situación concreta de la demandante como es el hecho de la

¹ Corte Constitucional. Sentencia No C-513 de 1994 Mp. R. Antonio Barrera Carbonell

importación de las mercancías descritas en la demanda, así mismo, porque pese a que en el introductorio no se solicitó de forma expresa un restablecimiento del derecho, no cabe la menor duda para la Sala que de prosperar la pretensión de la actora, si habría un eventual restablecimiento automático de su derecho toda vez que la finalidad de la libelista es restaurar el procedimiento administrativo, en el sentido que se decreten las pruebas solicitadas en el recurso de reconsideración que tanto alegó en su demanda.

En ese orden, claramente encuentra esta judicatura que el interés que se pretende amparar por esta acción es de índole subjetiva, sin que se vislumbre un interés público general y superior de las pretensiones propuestas, máxime si de la lectura de los actos se infiere que estos son de contenido particular.

Bajo estos argumentos, la acción de nulidad simple no era la vía procesal idónea para atacar judicialmente los actos administrativos; conclusión que se desprende de la simple revisión de los actos y de las pretensiones de la demanda, las cuales están encaminadas a obtener un restablecimiento automático; siendo lo procedente para la demandante ejercitar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 del C.C.A.), puesto que es la que conviene de acuerdo con la ley y los intereses presuntamente lesionados, la cual en este caso no pierde su identidad porque se haya interpuesto la acción de nulidad simple que obedece a otra finalidad y tiene otras características.

En efecto, lo primero que se debe resaltar es que la acción interpuesta por la Sociedad Eurolink S.A.S. Trading & Projects, no debe dársele el alcance del artículo 84 del C.C.A. sino del artículo 85 C.C.A.

Así las cosas, la Sala, descenderá a efectuar el correspondiente análisis, alrededor de la teoría de los móviles y las finalidades, pues considera la viabilidad de que se interprete la presente acción dentro del marco del contencioso subjetivo: - acción de nulidad y restablecimiento del derecho; otorgándole el tratamiento que la naturaleza de la acción impone imprimirle.

De la aplicación de la teoría de los motivos y las finalidades.

La teoría de los móviles y finalidades adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ha sido reiterada por las distintas Secciones de esa Corporación, y según la cual, cualquiera de las acciones que se intentan ante lo contencioso administrativo depende de los motivos y las finalidades de quien demanda, así como del alcance del acto que se acusa.

Así, si los motivos del actor están relacionados con la existencia de un acto definitivo que viola normas jurídicas superiores, y acciona con la finalidad de mantener incólume el orden jurídico superior, será viable la acción de simple nulidad, por el contrario, si los

motivos del demandante están determinados por la existencia de un acto que además de vulnerar el ordenamiento jurídico lesiona un derecho de carácter subjetivo, la acción pertinente será la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Veamos; el máximo Tribunal² ante esta jurisdicción ha establecido:

“es viable dar aplicación a la teoría de los móviles y finalidades, adecuando la acción a la procedente, esto es, no es la de simple nulidad propuesta, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 de la codificación contenciosa administrativa, la pertinente para el estudio de legalidad del acto acusado.”

La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 4 de marzo de 2003, M. P Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola, Exp. No.: 11001-03-24-000-1999-05683-02(IJ-030), Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca - CAR-, aplicando la teoría de los motivos y las finalidades de los actos administrativos, determinó que.:

*“El acto acusado es la Resolución No. 0074 de 5 de febrero de 1997, por medio de la cual el Secretario General del Ministerio de Agricultura reconoció a la Asociación de Usuarios del Distrito de Adecuación de Tierras de Fúquene y Cucunubá - ASOFUC- personería jurídica. **Se trata, de un acto de contenido particular que tiene que ver con el reconocimiento de personería jurídica a una asociación privada sin ánimo de lucro, respecto del cual cabe, como lo señala el propio acto, el recurso de reposición ante el Ministerio de Agricultura, de donde se colige que el acusado es un acto de contenido particular, susceptible de agotamiento de la vía gubernativa... El acto acusado creó, entonces, una situación jurídica de carácter particular, no pasible, según la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, de la acción de simple nulidad, razón por la cual, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, la acción incoada por la actora se interpretó como de nulidad y restablecimiento del derecho. En efecto, el reconocimiento de personería jurídica de una asociación de carácter privado, no es uno de esos actos calificados por la ley como susceptible de ser atacado por medio de la acción de simple nulidad, ni tampoco dicho acto comporta “... 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”, que merezca el tratamiento del contencioso objetivo...”***

2 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B" Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009) Radicación número 11001-03-25-000-2007-00033-00(0879-07) Actor: Guillermo Barona SOSA Demandado: Ministerio del Interior y de Justicia

Igualmente se rescata reciente pronunciamiento, donde ha sido el mismo Consejo de Estado³ quien ha dicho:

“esta Corporación ha sostenido que, en principio, la acción adecuada para controvertir los actos de naturaleza particular y subjetiva es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A.; salvo, que lo pretendido a través de la acción sea la búsqueda de un interés público general y superior, en los términos que a continuación se procede a referir...La jurisprudencia actual del Consejo de Estado, aunque en principio advierte que no es procedente la acción de simple nulidad contra los actos de contenido particular y concreto, acepta su admisión siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que comporte un interés para la comunidad de alcance nacional e incidencia trascendental para la economía, desarrollo y bienestar social. 2. Que afecte a un gran número de personas “,

En ese orden, atendiendo la teoría de los móviles y las finalidades, y en la medida en que el acto que se acusa no es susceptible de la acción contenciosa objetiva sino de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo procedente será, en el sub lite dar el trámite respectivo, bajo el presupuesto de la presentación de ésta última acción, que como se sabe, a diferencia de la de nulidad simple, le impone al operador judicial verificar si el acto acusado es sujeto de control jurisdiccional, así mismo si se encuentra dentro el término para su presentación. Veamos:

Del acto acusado.

Como bien se ha dicho a lo largo de esta actuación la parte demandante solicita la nulidad del Auto de Archivo No. 002379 del 3 de diciembre de 2010 y de la Resolución No. 000328 del 4 de marzo de 2011, todos ellos proferidos por la entidad demandada.

Pues bien, sea pertinente destacar que en este caso el auto archivo constituye un acto definitivo, como quiera que expone las razones de fondo por las cuales la DIAN decide archivar el expediente No. RA2008200851426 a nombre de la demandante y resuelve trasladar copia del mismo, a la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá – Secretaría de la División de Gestión de Fiscalización para que aperture expediente dentro del programa CU; además estipula que contra dicho auto procede el recurso de reconsideración el cual debía interponerse dentro de los quince (15) siguientes a su notificación, es decir, a juicio de la Sala dicho acto administrativo define la situación

3. Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B" Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011) Radicación número. 11001-03-25-000-2010-00061-00(0628-10) Actor Raimundo José González Baena Demandado Ministerio De Defensa - Policía Nacional

jurídica de la sociedad actora y en consecuencia es susceptible de control jurisdiccional tal como lo ha establecido la Honorable Corporación de lo Contencioso Administrativo⁴:

“Sobre este tema la Sala en sentencia de 10 de octubre de 2007⁵ precisó que cuando el auto de archivo expone razones de fondo por las cuales se consideran desvirtuadas las modificaciones propuestas en un requerimiento especial y concluye que no es procedente practicar liquidación de revisión, no cabe duda acerca del carácter de definitivo del citado auto. Además, que aunque tal acto era objeto de los recursos previstos en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, el hecho de que la actora no los hubiera interpuesto, porque la decisión le fue favorable, tiene como efectos la ejecutoriedad y firmeza del acto. También implica que la decisión allí adoptada hizo tránsito a cosa juzgada administrativa, pero de manera alguna, que tal omisión desvirtuara el carácter definitivo del auto de archivo.

En el presente caso, en la investigación inicial que culminó con el auto de archivo no hubo requerimiento especial. Aunque se profirió un auto de verificación o cruce, en desarrollo del cual la DIAN visitó las instalaciones del actor, revisó los documentos contables que soportan las compras y gastos, así como los ingresos, de los cuales estableció que había una diferencia con la declaración, lo cierto es que el auto de archivo que se profirió con posterioridad a que el Instituto corrigiera su declaración, no puede considerarse como definitivo.

En ese orden, se desprende que el auto de archivo mientras exponga las razones de fondo y haya sido susceptible de los recursos de ley constituye un acto administrativo de carácter definitivo, mientras que cuando éste solamente culmine la investigación inicial y no establezca motivos de fondo, se considerara como un acto de simple trámite el cual no es sujeto de control judicial.

Caducidad.

La caducidad debe atenderse como un fenómeno procesal que se presenta como consecuencia del vencimiento del término fijado en la ley para entablar la correspondiente demanda en ejercicio de una determinada acción. Se erige sobre el principio de seguridad jurídica, y de ahí que encuentre su sustento como una figura eminentemente objetiva que determina la oportunidad para intentar la acción con la cual se pretende sacar avante derechos presuntamente socavados. Se resalta su carácter irrenunciable, pues aún en contra de la voluntad del titular del derecho de acción, el mero paso del tiempo impide el

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Bogotá D.C. 12 de mayo de 2010 Rad. 25000-23-27-000-2005-01863-02(17081)

⁵Exp 14261 C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz

ejercicio de la acción, condicionándose así, a un margen temporal el acceso a la administración de justicia.

La oportunidad para advertirla es al momento de admitir la demanda correspondiente; sin embargo, lo anterior no ata al funcionario judicial, para que ante la evidencia de su operancia, - incluso al momento de dictar sentencia – pase desapercibida tal irregularidad; todo lo contrario, de encontrarse probada, debe procederse a su declaratoria de oficio.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, consagra diferentes términos para intentar las acciones y sanciona su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, el numeral 2° dispone, sobre el término para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho:

“2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.”

De la norma anterior se desprende que la ley consagró, un término de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo que se considera nulo para intentar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual, vencido, no será posible solicitar la declaratoria de nulidad del acto, porque habrá operado la caducidad.

Existen excepciones respecto del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ejemplo, los actos que reconocen y niegan prestaciones periódicas, así como los actos presuntos, que pueden ser demandados en cualquier tiempo, lo cual no atañe la situación del presente caso.

Aterrizando al caso sub examine se observa que la sociedad actora demanda la nulidad y el consecuencial restablecimiento del derecho del Auto de Archivo No. 002379 del 3 de diciembre de 2010 y la Resolución No. 00328 del 4 de marzo de 2011, proferido por la entidad demandada.

En atención al último acto administrativo proferido por la administración aduanera, esto es la Resolución No. 00328 del 4 de marzo de 2011, encuentra la Sala en el expediente administrativo allegado al proceso, que ésta se notificó personalmente a la actora el día 11 de marzo de 2011 (fl. 227-228), circunstancia que se omite mencionar en los hechos de la demanda, pero que en este caso se destaca como quiera que al adecuar la acción de nulidad simple a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se advierte que la

sociedad actora siguiendo lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A, tenía hasta el día 12 de julio de 2011, como fecha límite para impetrar la mencionada acción.

No obstante al revisar el introductorio observa la Sala sin mayor esfuerzo que ésta se interpuso el día 19 de julio de 2011 (fl. 18), es decir, por fuera del plazo legal de caducidad para este tipo de acción.

Así las cosas, concluye la Sala que la oportunidad legal que tenía la actora para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, expiró antes de que se presentara la demanda, lo que impone declarar de oficio dicha excepción conforme lo dispone el artículo 164 C.C.A.

Otras decisiones.

Siendo la caducidad de la acción, uno de los denominados presupuestos procesales que deben atenderse a la hora de determinar el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa, la presentación inoportuna de la respectiva demanda conduciría a su inicial rechazo o, en este estado del proceso, a un fallo inhibitorio.

Sin embargo, estima la sala que en virtud de los principios de economía y eficacia, que por mandato de la Constitución y de las Leyes 274 de 1996 y 1285 de 2009, han de regir la administración de justicia, debe emitirse en este proceso un fallo de fondo, denegatorio de las pretensiones de la demanda, fundado en la inoportunidad del ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto acusado.

En ese sentido, el fallo inhibitorio⁶, que conduciría a dejar las puertas de la administración de justicia, abiertas al presente debate judicial, sería inocuo, antieconómico e ineficaz, pues es palmario que la parte actora, precisamente por no haber hecho uso a tiempo del medio de control que tenía a su alcance, no podrá incoar nuevamente la acción ejercida; de manera que, frente a una administración de justicia que debe evitar a todas luces inhibirse, obligada a prevenir su congestión y llamada a ser eficaz, no resulta congruente dejar de proferir un fallo de mérito como el que se dictará.

Al respecto, si bien en torno a los efectos procesales de la caducidad de la acción ha habido opuestas posiciones jurisprudenciales, se considera que el fallo de fondo se impone por tratarse de una excepción de mérito como la cosa juzgada y en aras de aplicar los aludidos principios, con asidero en razonamiento jurisprudencial que se cita⁷.

⁶ Sentencia C-666/96 Los fallos inhibitorios han de ser excepcionales, conforme a la doctrina vigente de la Corte Constitucional, quien ha señalado que *la inhibición, aunque es posible en casos extremos, en los cuales se establezca con seguridad que el juez no tiene otra alternativa, no debe ser la forma corriente de culminar los procesos judiciales. Ha de corresponder a una excepción fundada en motivos ciertos que puedan ser corroborados en los que se funde objetiva y plenamente la negativa de resolución sustancial. De lo contrario, es decir, mientras no obedezca a una razón jurídica valedera, constituye una forma de obstruir, por la voluntad del administrador de justicia, el acceso de las personas a ella.*

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, M P María Elena Giraldo Gómez Sentencia de 26 de abril de 2006, radicación número 2001-23-31-000-1997-00342-01 (15306) Actor Sociedad Agrícola y Ganadera Granados y Sandoval Ltda "Por lo tanto, si se encontró que tuvo ocurrencia real el hecho jurídico de la caducidad de la acción, debió no solo mencionarse en la parte motiva, sino también

En consecuencia, el Tribunal en este caso declarará de oficio la excepción de caducidad de la acción y se denegaran las pretensiones de la demanda, bajo el entendimiento, que en el caso concreto la acción de simple nulidad no era la vía judicial indicada para solicitar la nulidad del acto administrativo demandado, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Por otro lado, la Sala no condenará en costas, de conformidad con el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, por no observarse temeridad en la conducta del demandado.

DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: DECLARASE probada de oficio la excepción de caducidad de la acción, por los motivos expuestos.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones esgrimidas en la parte considerativa.

TERCERO: Sin costas

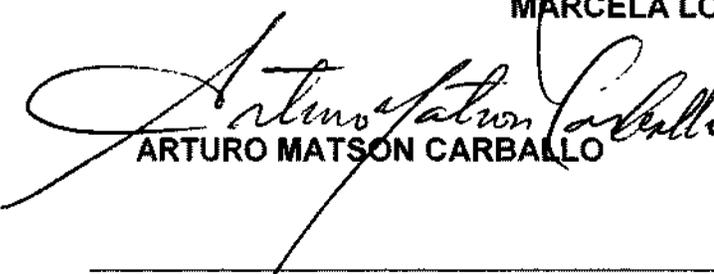
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

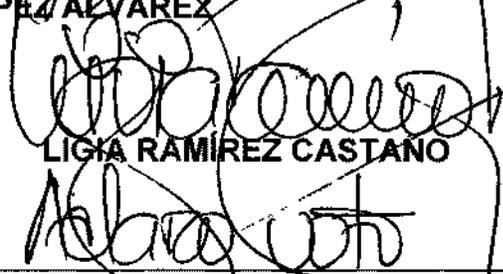
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

declárase en la resolutive, que implica que el fallo no es inhibitorio. Tanto es así, que el demandante no puede volver a proponer nueva demanda entre las mismas partes, los mismos hechos e idéntico objeto. Lo anteriormente dicho tiene fundamento en otra previsión de Ley según la cual la caducidad de la acción es excepción de fondo (artículo 97 último inciso C P C). El artículo antes citado es claro en indicar que ese hecho constituye por su naturaleza una excepción de fondo, aunque en el proceso civil se puede promover como excepción previa al decir "También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción".



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

ACLARACION DE VOTO

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

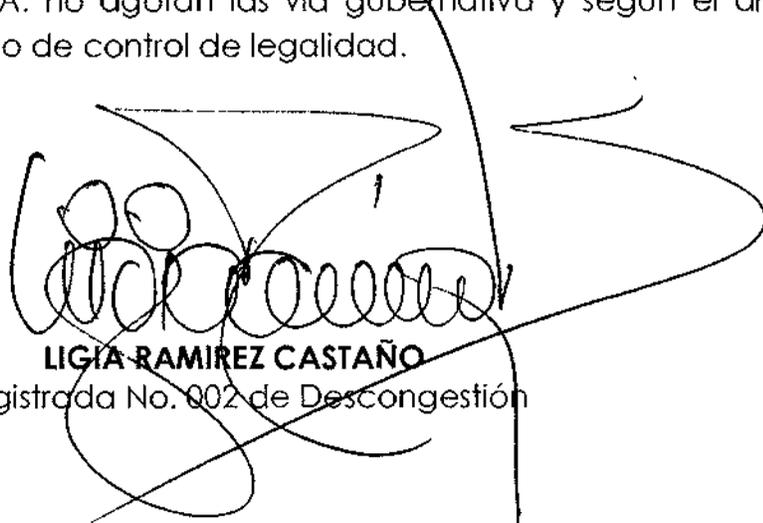
Proceso: NULIDAD
Radicación: 13-001-23-31-002-2011-00502-00
Demandante: EUROLINK S.A.S. TRADING & PROJECTS
Demandado: DIAN

A continuación me permito exponer las razones por las que aclaro mi voto frente a la posición mayoritaria de la Sala, en el asunto de la referencia.

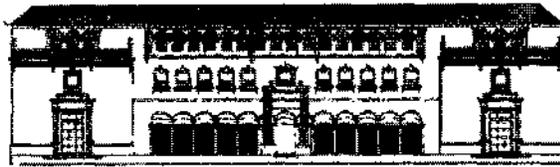
Estimo que en este caso lo procedente era declarar demostrada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, ante la inexistencia de acto administrativo pasible de ser susceptible de control de legalidad ante esta jurisdicción de lo contencioso administrativo, como quiera que la decisión censurada se limitó a disponer el archivo del trámite administrativo adelantado por el Grupo de Investigaciones Aduaneras de la División de Gestión y Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, para dar traslado del mismo a la División de Gestión de Fiscalización de la misma Dirección, a efectos que se iniciara un nuevo procedimiento administrativo, este ya de carácter sancionatorio.

Conforme con lo anterior, los actos administrativos acusados, al no haber dado lugar a una situación jurídica de carácter particular y concreto, y no tener tampoco la calidad de actos administrativos de carácter general, se erigen como actos de simple trámite que, de acuerdo con las previsiones del art. 63 del C.C.A. no agotan las vía gubernativa y según el art. 135 ibidem, no son objeto de control de legalidad.

Fecha *ut supra*



LIGIA RAMIREZ CASTAÑO
Magistrada No. 002 de Descongestión



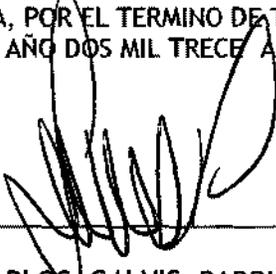
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1329
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: CORPORACION COLOMBIANA DE LOGISTICA S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2006-00817-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

565/
575
4e



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTION No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-23-31-000-2006-00817-02
Demandante : Corporación Colombiana de Logística S.A.
Demandado : U.A.E. DIAN

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

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 30 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

- Que se declare la nulidad del Requerimiento Especial Aduanero No. 000732 del 17 de diciembre de 2004; y de las Resoluciones Nos. 000220 del 14 de febrero de 2005; 00817 del 3 de mayo de 2005 y 000058 del 16 de enero de 2006; por medio de las

cuales la entidad demandada impuso sanción económica a título de multa en cuantía de \$25.060.000 MCTE, a la sociedad actora.

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

1.2. HECHOS

Se resumen:

Se narra en el libelo, que la Administración Especial de Aduanas de Cartagena con fecha de 12 de junio de 2004 aceptó y autorizó a TRANSPORTES SARVI LTDA y a la sociedad demandante la Continuación de Viaje No. 2423 cuyo destinatario era "LOGIMAT ZONA FRANCA EN BOGOTÁ", sobre mercancías consistentes en 1458 bultos de colchonetas y almohadas que venían embaladas en el Contenedor GATU841992-3, procedentes de Veracruz - México, el cual se encontraba debidamente sellado y precintado, y traído al puerto de Cartagena por la naviera EXPEDITORS INTERNACIONAL OCEAN.

Que concluido el régimen de tránsito aduanero el 15 de junio de 2004, la DIAN – Seccional Bogotá, en compañía del Depósito o Usuario de la Zona Franca LOGIMAT – BOGOTÁ, suscribieron el Acta de Verificación en la que se indicó un faltante de 9 bultos.

Que mediante Requerimiento Especial Aduanero sancionatorio No. 000732 del 17 de diciembre de 2004, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la demandante por la suma de \$25.060.000 por la infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1. del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999.

Que la DIAN sancionó a la sociedad actora, y para tal efecto profirió la Resolución No. 000220 del 14 de febrero de 2005, imponiéndole una sanción pecuniaria de \$25.060.000 por un supuesto incumplimiento al Régimen de Tránsito Aduanero.

Que la sociedad sancionada presentó recurso de reconsideración el cual fue resuelto por la entidad demandada de manera desfavorable confirmando la sanción impuesta.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que los actos acusados trasgreden las siguientes disposiciones:

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

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

Alega que la Aduana de Cartagena de forma irregular y con violación del debido proceso, sin observar huellas de violación de sellos o precintos de seguridad, de forma unilateral resolvió abrir el contenedor, para inspeccionar y hacer un conteo unitario de las mercancías, concluido lo cual, procedió a cerrar el contenedor colocándole un nuevo precinto identificado con el número 015025, al igual que aprobó la Continuación de Viaje No. 0003996 del 10 de junio de 2004.

Que la anterior práctica trajo como consecuencia la desaparición misteriosa de 9 bultos.

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

Explica, que en virtud de ello, gestionó y realizó la continuación de viaje de la Unidad de Carga FCU378550-8 debidamente sellada con el nuevo precinto identificado con el

número 017566 colocado por la DIAN y esa misma unidad fue entregada a la aduana de destino Depósito Promotoras de Zonas Franca – Rionegro (A), en el mismo estado en que la recibió, lo cual, la exonera de toda responsabilidad por los supuestos faltantes endilgados de manera irregular y atípica.

Que la sociedad actora y Transportes SARVI Ltda gestionaron y obtuvieron de la DIAN la autorización para la Continuación de Viaje – Tránsito Aduanero únicamente para el trayecto terrestre Cartagena – Bogotá, por lo que éstos asumieron su responsabilidad a partir del momento que recibieron la unidad containerizada GATU841992-3 y de la otra, concluyó su responsabilidad cuando la Transportadora SARVI hizo entrega de dicha unidad en la Aduana de Destino Depósito Aduanero LOGIMAT BOGOTÁ el día 15 de junio de 2004 debidamente sellada, precintada y por ende con la entrega de la totalidad de las mercancías allí embaladas con el mismo peso y cantidad con que las recibió en la aduana de partida.

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

2. LA DEFENSA

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

Alega que la sanción impuesta a la demandante se dio por haber utilizado la modalidad de Tránsito Aduanero y se entregó con menos peso o menos número de bultos la mercancía objeto del mencionado régimen al depósito o Zona Franca de destino, ya que representa el incumplimiento de una de las responsabilidades que adquiere una empresa transportadora cuando participa en la ejecución de una operación de tránsito aduanero regulada por los artículos 353 a 369 del Decreto 2685 de 1999 y los artículos 313 a 336 de la Resolución 4240 de 2000.

Que la mercancía consignada en la Continuación de Viaje No. 02423 del 12 de junio del 2004 salió del depósito habilitado con destino a la ciudad de Bogotá, conteniendo un peso bruto de la mercancía 3.490 kgs tal como consta en la Continuación de Viaje, y que la mercancía transportada llegó a su destino final el día 15 de junio de 2004 dentro

del límite de la finalización de tránsito pero presentó una diferencia en el número de bultos con relación al registrado.

Alega que la mercancía autorizada en el Régimen de Tránsito en estudio, se encuentra amparada en un solo Documento de Transporte No. 43476440011528 a nombre de NIKKEN COLOMBIA LTDA, ZONA FRANCA BOGOTA Y/O CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGISTICA S.A., de lo cual se desprende que se incumple una de las condiciones para que el contenedor se tenga como bulto, ya que viene consignada a tres diferentes consignatarios.

Que respecto de los argumentos relacionados con la supuesta configuración del silencio administrativo positivo por la tardanza en la expedición del Requerimiento Especial Aduanero, adujo que tal acto no contiene una decisión de la administración que genere una situación jurídica particular y concreta, ya que es un acto de trámite el cual carece de una decisión definitiva.

Por otro lado, señala que el silencio positivo constituye la excepción dentro de los silencios en el derecho colombiano, e implica por expreso mandato constituye la excepción dentro de los silencios en el derecho colombiano, por lo que implica un expreso mandato del legislador en la que se da la presunción de una decisión favorable al interesado y solo procede en los casos en que expresamente el legislador ha previsto este efecto para los actos fictos.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 30 de mayo de 2012, resolvió declarar la nulidad de las Resoluciones demandadas expedidas por la U.A.E. DIAN; ordenó que se excluya a la compañía demandante del registro de infractores y que en consecuencia se desista de toda acción sancionatoria contra ella.

Consideró la Juez de primera instancia, que de las pruebas que reposan en el expediente se concluye que la sociedad actora transportó una unidad de carga desde la ciudad de Cartagena hasta Bogotá; que al hacer entrega del mismo, éste se encontraba con los precintos intactos, y además que en el Documento de Transporte Multimodal que amparaba, se describió la mercancía como General (casilla 10) y que pese a existir un ítem de mercancía a granel, la mercancía no se discriminó como tal.

Que la Continuación de Viaje indicó tanto el número de precinto como la cantidad de bultos, es decir, que si bien se señaló que faltaban 9 bultos, el contenedor transportado por la sociedad actora se encontraba previamente precintado desde el país de origen de las mercancías, y el mismo fue entregado en el mismo estado en que se recibió, esto es, sin adulteración ni violación alguna de los precintos.

Que el hecho de encontrar el precinto aduanero intacto le permite a la aduana controlar la seguridad de las mercancías contenidas dentro del mismo, y por ello no puede endilgársele responsabilidad al transportador por los supuestos faltantes.

Que la DIAN no inspeccionó el contenido del contenedor a efectos de verificar los 1458 bultos, ya que no encontró violación ni adulteración de los precintos, por lo que si autorizó la continuación de viaje fue porque consideró que la unidad de carga se encontraba debidamente sellada desde el país de origen de las mercancías.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso los siguientes argumentos:

Señala que el ordenamiento aduanero tipifica la infracción y la correlativa sanción para el Operador de Transporte Multimodal, que no cumpla con el régimen de continuación de viaje, sin someterla a la verificación material y física de la mercancía como lo alega el juez de primera instancia; debido a que el Estado, otorga facultades e impone obligaciones administrativas a sus auxiliares, que exigen un efectivo cumplimiento, para que la eficacia de la gestión no quede condicionada a la prueba de los factores externos que puedan obstaculizar el comercio exterior.

Reprocha el fallo de primera instancia por considerar que yerra en el proceso de tipificación agregando infundadamente a la configuración de la sanción un elemento adicional relativo a una supuesta inspección que debe realizar la DIAN para comprobar la cantidad de la mercancía que ingresó al país contra la cantidad de mercancía relacionada en la declaración de continuación de viaje.

Que la cuestión de verificar es solo posible a través de una inspección física, inspección que la norma no exige para que se estructure la falta.

Alega que el ordenamiento aduanero tipifica la infracción y la correlativa sanción para el OTM que no cumpla con el régimen de continuación de viaje, sin someterla a la verificación material y física de la mercancía, debido a que el Estado otorga facultades e impone obligaciones administrativas a sus auxiliares, en este caso los Operadores de Transporte Multimodal, que exige un efectivo cumplimiento para que la eficacia de la gestión no quede condicionada a la prueba de los factores externos que pueden obstaculizar el comercio exterior.

Que la regla general es que en materia de tránsito aduanero y por tanto de continuación de viaje, la DIAN no realiza inspección administrativa, por cuanto se estaría obstaculizando el comercio exterior el cual lleva implícito un principio de agilidad.

Que además de ello, los Operadores de Transporte Multimodal poseen una doble calidad de transportadores y declarantes, lo cual los sitúa como auxiliares de la función administrativa de la DIAN, por lo que debe dárseles la responsabilidad recíproca en la atestación que hacen de la información de la operación. Por ello la conducta de las OTM no es asimilable a las del Usuario particular, ya que no están limitadas solo a la presentación de la declaración de continuación de viaje y al pago de los tributos; sino que su actividad general de asistente de la administración le exige la diligencia y total exactitud en la revisión y verificación de la declaración misma.

Finalmente agrega, que no se cumple con uno de los requisitos establecidos para que el contenedor sea tenido como bulto, y es el hecho de que la mercancía llegó a territorio nacional consignada a más de una persona.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 26 de septiembre de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. (f. 495)

El 25 de enero de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 497).

Al respecto, las partes demandante y demandada, reiteraron los argumentos de la demanda, de la defensa y del recurso de apelación.

Por su parte, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena de fecha 30 de mayo de 2012, por medio de la cual se accede a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

3. La caducidad

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 17 de mayo de 2006¹, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que el acto administrativo acusado con el cual queda agotada la vía gubernativa (Resolución No. 000058 del 16 de enero de 2006) fue notificado en fecha 18 de enero de 2006².

4. Los actos acusados

Se pretende en este caso, que mediante sentencia se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución No. 00732 expedida el 17 de diciembre de 2004**, proferida por la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas, mediante la cual se Formula Requerimiento Especial Aduanero en contra de la parte actora.
- **Resolución No. 000220 de 14 de febrero de 2005**, proferida por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se impone una sanción a la parte actora en el régimen de tránsito aduanero.
- **Resolución No. 000817 del 3 de mayo de 2005**, proferida por la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración contra la Resolución No. 000220 de 14 de febrero de 2005, confirmándola.

¹ Ver folio 117

² Ver folio 67

- **Resolución No. 000058 del 16 de enero de 2006**, proferida por la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resuelve un recurso de reposición.

5. Problema jurídico

El asunto planteado en el escrito de apelación, y sobre el cual versa el debate de la segunda instancia, se contrae a determinar el alcance de la responsabilidad del transportador al trasladar mercancías en el régimen de tránsito aduanero.

En primer lugar, se establecerá si debía el transportador responder por las inconsistencias presentadas al momento de verificación por parte de la aduana de destino cuando se advierte un faltante de bultos respecto al número consignado en los documentos, que desde el inicio amparan operación de tránsito aduanero.

Como segundo lugar, deberá precisar la Sala, si debe la DIAN en la aduana de partida, realizar inspección a la mercancía que transportan los Operadores de Transporte Multimodal para comprobar la cantidad que ingresa al país, contra la cantidad relacionada en la Declaración de Continuación de Viaje.

6. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión revocará la sentencia de primera instancia de fecha 30 de mayo de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, pues no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad demandante, dado que de las pruebas allegadas al expediente no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad; como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos normativos aplicados al caso para exonerarla de la sanción impuesta.

Por otro lado, la normatividad aplicable al caso, no establece la obligación para la aduana de partida, de hacer la inspección, sino en casos excepcionales; los cuales no fueron advertidos por la autoridad aduanera, por consiguiente, no era necesaria la aludida inspección.

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

7. Análisis del caso

La responsabilidad del transportador se rige por las normas del Código de Comercio, en particular los artículos 981 y ss. del Código de Comercio. El artículo 981 ib., define a este contrato así:

“El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario.”

De modo que la obligación básica del transportador, derivado del contrato, es el traslado o conducción de cosas y personas. En concordancia con lo anterior, el artículo 982 ib. señala las obligaciones específicas del transportador:

“El transportador estará obligado, dentro del término, por el modo de transporte y la clase de vehículos previstos en el contrato y, en defecto de estipulación, conforme a los horarios, itinerarios y demás normas contenidas en los reglamentos oficiales, en un término prudencial y por una vía razonablemente directa:

- 1. En el transporte de cosas a recibirlas, conducir las y entregarlas en el estado en que las reciba, las cuales se presumen en buen estado, salvo constancia en contrario,...*** (negrillas fuera del texto)

Atendiendo la norma antes transcrita, además de la obligación general de trasladar, el transportador tiene unas obligaciones relacionadas con la eficiencia de su gestión, y que para el caso del transporte de cosas, debe entregarlas en el estado en que las reciba; condición que incluye, no solo la calidad sino también la cantidad de las mercancías transportadas.

En materia de tránsito aduanero, el artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la

responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.” (Subrayado fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

“Artículo 356. Responsabilidades...

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

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

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

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

Al respecto, en pronunciamiento reciente la jurisprudencia del Consejo de Estado³ expuso lo siguiente:

“(...) en materia de transporte de mercancías en régimen de tránsito aduanero, el transportador es responsable, no solo del traslado de las mercancías en los términos de agilidad y de seguridad de la mercancía (calidad y cantidad) descritos en el Código de Comercio, sino también, por la debida finalización del régimen. Esto implica que la responsabilidad de cualquier faltante recae necesariamente en el transportador, en la medida que no haya demostrado que existe una razón excluyente de su

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta Sentencia de fecha 28 de febrero de 2013 C P Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez Exp No 18078 Actor Sociedad Eduardo Botero Soto y Cia.

responsabilidad, constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito y que, además, haya tomado todas las medidas necesarias para prevenir la situación irregular.

De modo que, si no ha finalizado apropiadamente el régimen por presentar algún faltante de mercancía, y este faltante no es justificado por el transportador, responde este por dicha irregularidad.

La anterior conclusión, se avala al considerar que el texto literal del conocimiento de embarque es representativo de las mercancías e incorpora plenamente los derechos sobre las mismas, debido a que este documento presenta la calidad especial de ser un título valor, según lo manifiesta el artículo 767 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 767. CARACTERÍSTICAS DE LA CARTA DE PORTE Y CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. La carta de porte y el conocimiento de embarque tendrán el carácter de títulos representativos de las mercancías objeto del transporte.”

Y precisamente dentro de sus condiciones legales está la de determinar detalladamente la descripción pormenorizada de las mercancías, como se observa del texto del literal 6º del artículo 768 que señala:

“ARTÍCULO 768. CONTENIDO DE LA CARTA DE PORTE. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Libro V de este Código sobre transporte marítimo y aéreo, la carta de porte o el conocimiento de embarque, además de los requisitos establecidos en el artículo 621 contendrá:

- 1) La mención de ser "carta de porte" o "conocimiento de embarque";*
- 2) El nombre y el domicilio de transportador;*
- 3) El nombre y el domicilio del remitente;*
- 4) El nombre y el domicilio de la persona a quien o a cuya orden se expide, o la mención de ser al portador;*
- 5) El número de orden que corresponda al título;*
- 6) La descripción pormenorizada de las mercancías objeto del transporte y la estimación de su valor;***
- 7) La indicación de los fletes y demás gastos del transporte, de las tarifas aplicables, y la de haber sido o no pagados los fletes;*

- 8) La mención de los lugares de salida y de destino;
- 9) La indicación del medio de transporte, y
- 10) Si el transporte fuere por vehículo determinado, los datos necesarios para su identificación.

PARÁGRAFO. Si no se indicare la fecha de recibo de las cosas por el transportador, se presumirá que éste las recibió en la fecha de emisión de dichos documentos.” (Resaltado fuera del texto)

Esta descripción detallada, señala en el caso presente, que la mercancía transportada consistía en 58 bales⁴ y, por ende, esa es la cantidad que se determinaba, contenía la unidad de carga transportada por la sociedad actora y por cuyo faltante debió responder el transportador.”

Continuando con el estudio del caso sub examine, resulta pertinente también, advertir las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, por el incumplimiento del régimen de tránsito aduanero. Veamos:

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

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

3.1 Gravísimas...

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

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

⁴ Supra página 2

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

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

Lo probado:

En el proceso se observa Conocimiento de Embarque (bill of lading) No. 6440011528 de fecha 28 de mayo de 2004, donde se evidencia que la mercancía se negoció en términos CY/CY; con un peso de 3.474 kgs; y con una cantidad de 1458 piezas de COLCHONETAS Y ALMOHADAS. También se destaca, que como consignatarios aparecen: *"NIKKEN COLOMBIA LTDA Y/O LOGIMAT ZONA FRANCA BOGOTA Y/O CORPORACIÓN COLOM. DE LOGISTICAS.A."*⁵

Según Documento Andino de Transporte Multimodal No. CCL - 2385, la mercancía de referencia contenía 1458 piezas y tenía un peso de 3.474 kgs.⁶

Según Consulta de Inventario por Documento de Transporte No. 43476440011528, la DIAN en el puerto de llegada (Cartagena), se observa que la mercancía tenía un peso disponible de 3.474 kgs y que se indicó como cantidad eran 1458.⁷

También se observa Continuación de Viaje No. 0003996 del 10 de junio de 2004, en el que se especifica el tipo de mercancía que ingresó al país consistente en *"PIEZAS CONTENIENDO COLCHONETAS Y ALMOHADAS"*; cantidad de bultos 1458 piezas, peso 3.474 KG. Se señala en el documento como puerto de embarque: VERACRUZ (México); como puerto de desembarque: CARTAGENA; y como lugar y país de destino de la mercancía: LOGIMAT ZONA FRANCA – BOGOTA – COLOMBIA.⁸

⁵ Ver 2º cuaderno folio 210

⁶ Ver 2º cuaderno folio 199

⁷ Ver 2º cuaderno folio 216

⁸ Ver 2º cuaderno folio 198

Se advierte Formulario de Movimiento de Mercancías en Zona Franca de Bogotá (Destino), donde se consignó como peso bruto de la mercancía 3440 kg y en cantidad se indicaron 1449 piezas.⁹

Según Acta de Inconsistencias de Zona Franca de fecha 15 de junio de 2004, se deja anotado en las observaciones *“Según la C.V. en la casilla 16 vienen relacionados 1458 bultos y físicamente llegaron 1449 bultos con un faltante de 9 bultos”*.¹⁰

En igual sentido, mediante Acta de Verificación DTA,DTAI, CV No. 48 del 28 de junio de 2004 se consignó en las observaciones: *“Casilla 16 vienen relacionados 1458 bultos y físicamente llegaron 1449 bultos, con un faltante de 9 bultos”*. Por lo anterior se marcó que la mercancía había llegado con cantidad inferior a la registrada.¹¹

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena), y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje No. 0003996 del 10 de junio de 2004, en la que quedó consignada que el número de piezas a transportar era de 1458 con un peso de 3.474 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado tanto en el Documento Andino de Transporte Multimodal No. No. CCL - 2385, así como también con el que se señaló en el Conocimiento de Embarque (Bill of Lading) No. 6440011528 de fecha 28 de mayo de 2004, lo que permite inferir a esta Corporación que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por 1458 bultos o piezas.

En ese orden de ideas, pese a que los documentos de viaje de la mercancía objeto de controversia, así como también la continuación de viaje expedida por la aduana de partida señalan que la mercancía constaba de 1458 piezas o bultos, no puede perder de vista la Sala que el depósito habilitado en la aduana de destino, así como en el Acta de Verificación DTA,DTAI, CV No. 48 del 28 de junio de 2004, se advirtió que se recibía la mercancía con 9 bultos menos.

Lo anterior, no deja duda acerca del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la Sociedad Corporación Colombiana de Logística S.A., pues es evidente

⁹ Ver 2º cuaderno folio 203

¹⁰ Ver cuaderno No 2 folio 205

¹¹ Ver cuaderno No 2 folio 332.

que la mercancía objeto de esta modalidad aduanera fue entregada con menor cantidad a la referenciada en cada uno de los documentos que amparaban la operación que le fue autorizada, configurándose el supuesto de hecho de la norma contenida en el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como lo establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 *ibídem*.

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

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

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

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

No obstante, antes de la modificación, el texto inicialmente señalaba que bulto¹², *“Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”*. Normatividad ésta que se tendrá en cuenta como quiera que los hechos en este caso se causaron durante su vigencia.

Por su parte la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que *“...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...”*

¹² Artículo 1 del Dto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 1198 de 2000

En esa medida, aplicando la norma de referencia al caso concreto, y de acuerdo con el material probatorio allegado, observa la Sala sin mayor discusión que la mercancía transportada se encuentra amparada en un solo documento de transporte, sin embargo, fue dirigida a tres consignatarios como son: NIKKEN DE COLOMBIA LTDA, LOGIMAT ZONA FRANCA DE BOGOTA; y CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A.

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

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

En ese orden, indistintamente del peso de la mercancía y de que los precintos no hayan sido adulterados, las condiciones en que se dio el transporte no cumplen con los presupuestos legales para eximir de responsabilidad a la demandante.

Por último, en relación con el segundo problema jurídico planteado, en el sentido de establecer si debe la DIAN en la aduana de partida, realizar inspección a la mercancía que transportan los Operadores de Transporte Multimodal para comprobar la cantidad que ingresa al país, contra la cantidad relacionada en la Declaración de Continuación de Viaje; el artículo 364 del Decreto 2685 de 1999, relativa a la inspección administrativa de las mercancías sometidas al régimen de tránsito aduanero, señala:

“ARTICULO 364. AUTORIZACIÓN DE LA MODALIDAD DE TRÁNSITO E INSPECCIÓN ADUANERA DE LAS MERCANCÍAS SOMETIDAS A LA MODALIDAD DE TRÁNSITO Y COLOCACIÓN DE PRECINTOS ADUANEROS.

La Aduana podrá autorizar el tránsito solicitado, si las unidades de carga se encuentran debidamente selladas y precintadas desde el país de procedencia, de forma tal que garanticen que la mercancía no pueda ser extraída de ellas, ni puedan introducirse otras, sin romperse los precintos colocados en el puerto de embarque.

Para las mercancías sometidas a la modalidad de tránsito aduanero, no habrá inspección aduanera en la Aduana de Partida, salvo cuando la autoridad aduanera observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, presenten diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad, en cuyo caso, deberá efectuarse la inspección física correspondiente y se dejará constancia del resultado de la diligencia.

Cuando las unidades de carga o los medios de transporte no se encuentran precintados, y siempre que sea posible, la Aduana procederá a colocar precintos dejando constancia de sus números en la Declaración de Tránsito Aduanero.

PARAGRAFO. Cuando la unidad de carga no se pueda precintarse debido a condiciones de peso, volumen, características especiales o tamaño de los bultos, se deberán adoptar las siguientes medidas: reconocimiento físico de la mercancía, descripción de las mercancías en la Declaración de Tránsito Aduanero y determinación del itinerario y plazos estrictos para la realización de la modalidad y cuando proceda, colocación de precintos aduaneros en cada uno de los bultos, salvo en el caso de mercancía a granel. “ (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, y contrario a lo manifestado por la juez de primera instancia, la norma no establece la obligación para la aduana de partida, de hacer la inspección, sino en casos excepcionales, como cuando se observe que los bultos o las unidades de carga se encuentren en malas condiciones exteriores, se presente diferencia de peso frente a lo consignado en el Documento de Transporte, o se observen huellas de violación de los sellos o precintos de seguridad; circunstancias aquellas que no se evidenciaron en el sub lite, pues tal como se constató a folio 216 en la Consulta al Documento de Transporte No. 43476440011528; la mercancía arribó con la cantidad y peso indicado en el Conocimiento de Embarque, razón suficiente por la cual no se debía aplicar aquel procedimiento de inspección.

Las anteriores consideraciones determinan que proceden los cargos planteados por la parte recurrente, y como quiera que el Juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda, esta Sala de Decisión encuentra pertinente revocar la sentencia de fecha 30 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena y en su lugar negar las

pretensiones de la demanda, no sin antes advertir que se declarará inhibida frente a la pretensión de nulidad del Requerimiento Especial Aduanero contenido en la Resolución No. 00732 expedida el 17 de diciembre de 2004, debido a que es un acto de trámite a partir del cual se traba la controversia entre la Administración y el administrado, a fin de determinar posibles irregularidades relacionadas con la importación, exportación o tránsito de mercancía.

Al respecto, el Consejo de Estado respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, ha expuesto lo siguiente¹³:

“(...) es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera. A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal, surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban defenderse, pues sólo el requerimiento especial aduanero concreta el error o la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma (...).”¹⁴

Entonces, es claro para la Sala que el Requerimiento Especial Aduanero, no puede ser considerado ni constituir un acto definitivo de los definidos por el Art. 50 del Código Contencioso Administrativo, esto es, el que pone fin a la actuación administrativa, que decide directamente o indirectamente el fondo del asunto; toda vez que es un acto de trámite, con el que se inicia la actuación administrativa aduanera, dirigida entre otros fines, a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera.

IV. LA DECISIÓN

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

¹³ Consejo de Estado-Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Cuarta- C P Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez- veintiocho (28) de junio del dos mil diez (2010)-radicación número 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326)-Actor F M LOGISTICA LTDA SIA - Demandado Ministerio de Hacienda y Crédito Público – DIAN

¹⁴ Subrayas fuera del texto

375

FALLA

1. **REVOCAR** la sentencia 30 de mayo de 2012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cartagena y en su lugar se dispone:

“PRIMERO: INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo respecto del Requerimiento Especial Aduanero, contenido en la Resolución No. 00732 expedida el 17 de diciembre de 2004.

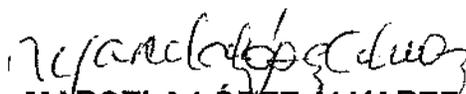
SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.”

2. Ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

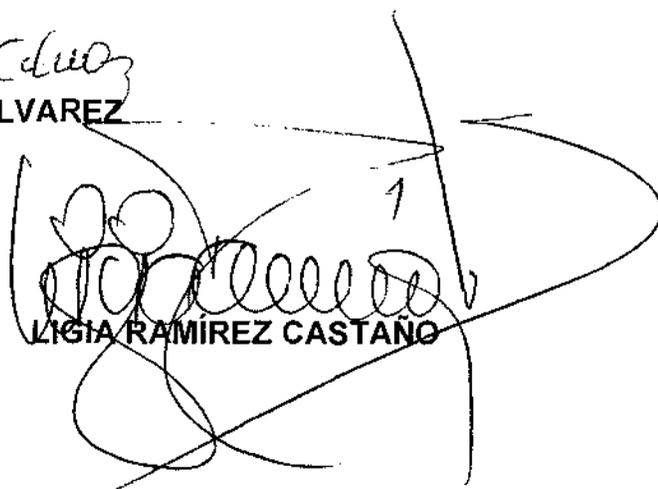
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1330
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: LOGISTICA TOTAL S-A
DEMANDADO	: U-A-E DIAN
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-012-2011-00163-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	TREINTA Y UNO(31) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTISEIS(26) DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

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

Cartagena, VEINTIOCHO (28) DE NOVIEMBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO

(5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 002

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

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Logística Total S.A.

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Expediente : 13-001-33-31-012-2011-00163-01

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

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte, contra la sentencia proferida el 5 de Marzo de 2012, por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del proceso instaurado por Logística S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia, se declare lo siguiente:

-Que se declare la nulidad del Requerimiento Sancionatorio Aduanero No.000273 del 29 de septiembre de 2010; y de las Resoluciones No.0002096 del 02 de diciembre de 2010 y 000275 del 24 de febrero de 2011; por medio de las cuales la entidad demandada le impuso sanción económica a título de multa en cuantía de TREINTA Y DOS MILLONES TRECIENTOS CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$32.305.000.00 m/cte) por incumplimiento al régimen aduanero.

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

HECHOS

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

Señala el libelo de la demanda, que la Administración Especial de Especial de Aduanas de Cartagena con fecha de 24 de julio de 2008 aceptó y autorizó a la sociedad demandante la continuación de viaje No. 0610408M001412 cuyo destinatario era ZONA FRANCA GREEN CARGO en Bogotá, sobre dos (2) contenedores, conteniendo 1050 unidades de estructuras metálicas que según el B/L No APLU084134286¹, el cual se encontraba debidamente sellado y precintado.

Que mediante Acta de inventario e inconsistencias No. 20088061 de fecha 23 de julio de 2008 la ZONA FRANCA GREEN CARGO en Bogotá, indicó que existía un faltante de 2 bultos.

Que mediante Requerimiento Especial Aduanero Sancionatorio No 000273 del 29 de septiembre de 2010, la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena propone a la División de Liquidación Aduanera sancionar a la demandante por la suma de \$32.305.000 por la infracción al régimen aduanero establecido en el numeral 3.1.1 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999

Que a pesar de la claridad y contundencia de los medios de prueba la DIAN optó por sancionar a la sociedad actora y para tal efecto profirió la Resolución 002096 del 2 de diciembre de 2010, imponiéndole una sanción pecuniaria de \$32.305.000 por un supuesto incumplimiento al Régimen de Tránsito Aduanero.

Que la sociedad sancionada presentó recurso de reconsideración el cual fue resuelto por la entidad demandada de manera desfavorable confirmando la sanción impuesta.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En el acápite del concepto de la violación de las normas citadas en la demanda, se expone que la DIAN de Cartagena viola flagrantemente disposiciones legales del orden Constitucional, como son los Artículos 29 y 209; Decreto 2685 de 1999 Artículos 353 al 370, 509 y 512; Código de Comercio Artículo 1010 y Resolución No. 4240 de 2000.

Arguye la parte demandante, que durante las operaciones de transporte multimodal, recibe en el Puerto de ingreso a territorio nacional dos (2) contenedores que vienen sellados y no lo inspeccionan externamente para verificar que está en perfectas condiciones, esto ante la imposibilidad de hacer inspección a la mercancía ya que la unidad de carga es llenada por el propietario de la mercancía. El tránsito aduanero autorizado tenía por objeto transportar con destino a Z:F. Bodega Green Cargo en Bogotá, la mercancía consistente en 1050 cartones con un valor de FOB de US \$63.600.00.

¹ Ver folio 15

Sostiene que hasta ese momento de la operación, la sociedad LOGISTICA TOTAL S.A., no tuvo acceso a la mercancía, ya que esto lo hace el mismo generador de carga que es la empresa MP Freight Systems INC de acuerdo al Bill of Lading.

Por otro lado, aportan certificación del proveedor asumiendo errores de envío o inconsistencias de orden logístico, en la que se hace constar que la mercancía llegó completa y se debe a un error logístico a la hora del conteo en la mercancía, causa que no le es imputable al transportador. No se detectaron signos de violación a los precintos o señales de saqueo a las unidades de carga.

Agrega que la modalidad FCL/FCL ó CY/CY hace referencia a que los contenedores son cargados con mercancía general u homogénea de un solo exportador, la cual es destinada a un solo importador, aclarando que en este caso es el exportador quien carga, cuenta embala y cierra el contenedor desde su fábrica o almacén de carga, por lo tanto, observando el documento de transporte, podemos determinar que los contenedores fueron cargados, contados y sellados por un solo exportador y su Shipper en el exterior Angyen Suasheng Internacional Trade CO LTD, con destino a un solo importador. Esto implica que el transportador recibe el contenedor lleno y sellado y no se hace responsable por la cantidad, calidad y contenido del mismo.

Así mismo, afirma que existe falsa motivación, pues no se ajusta a derecho la conducta de la autoridad aduanera porque impone una sanción con fundamento en circunstancias que no comprometen la responsabilidad del particular destinatario de la misma, dando lugar a la falsa motivación de los actos administrativos que en tal sentido se profieren.

En síntesis, con la expedición de los actos administrativos relacionados en el numeral 2 del presente escrito se evidencia una trasgresión a los postulados constitucionales contenidos en los Artículos 6, 29 y 84 de la Constitución Política porque LOGISTICA TOTAL S.A., se le impuso una sanción sin que hubiera ofendido con su accionar la reglamentación impuesta por la DIAN. Igualmente trasgrede el Estatuto Tributario en la medida de que se impone una multa que genera para el Estado un enriquecimiento sin justa causa y un empobrecimiento para el particular, sin que exista motivo para ello, derivando de ello, el desconocimiento del orden justo y los principios de buena fe y equidad.

Finalmente, estima los perjuicios en suma de TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$32.305.000.00 M/cte), la cual consta dentro

del expediente administrativo aduanero y por lucro cesante, la actualización de la suma anterior.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, la DIAN en la contestación de la demanda (fls.204-219) expresa que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por considerarlas improcedentes, toda vez que el accionante pretende exonerarse de la responsabilidad endilgada por la Administración, alegando que se limitó a consignar en la Declaración de Continuación de Viaje la información suministrada y que su obligación se limita a responder por la entrega de la unidad de carga recibida, como bulto.

Además expresa que en el caso de estudio no es procedente la aplicación del contenedor como bulto, ya que no se cumple uno de los requisitos establecidos por la doctrina aduanera para tal efecto, como es el hecho de que la mercancía viene consignada a más de una persona, de manera que no es jurídicamente procedente aceptar al contenedor como bulto.

Así mismo, manifiesta que es clara la Circular 188 de 2000 y su aclaratoria o complementaria, Oficio No. 041451 de julio 5 de 2002, cuando exigen como condición para que el contenedor se tenga como bulto los siguientes requisitos:

- a) Que venga para un mismo
- b) La mercancía se ampare en un solo documento de transporte
- c) Cuando se trate de carga consolidada, y contenedor salga del puerto sin desconsolidar.

Por lo anterior, sostiene que no se cumple con uno de los requisitos establecidos por la doctrina aduanera ya que la mercancía viene consignada a más de una persona a saber: Logística Total y Zona Franca Green Cargo, usuario de la Zona Franca de Bogotá.

En cuanto a la afirmación en el sentido de que el operador de transporte multimodal solo es responsable exclusivamente por la conducción de la mercancía y no de las declaraciones vertidas en la declaración de tránsito o continuación de viaje, se remiten a la normatividad aduanera, agregando que el hecho de que los precintos hayan llegado intactos a la aduana de destino, no exonera de su responsabilidad al OTM, toda vez que la norma no exige como presupuesto para la configuración de la infracción imputada el hecho de que los precintos

lleguen rasgados o haya algún síntoma de violación en ellos, basta que objetivamente este demostrado que llegó la mercancía en menor cantidad a la declarada para la continuación de viaje.

Por último, sostiene que respecto a la certificación anexa del importador Harsco Infraestructura en donde da fe de que la mercancía llegó completa, y que el faltante de dos bultos obedece a un error de la Zona Aduanera de Destino, echa de menos la prueba de la calidad en la que Harsco infraestructura afirma tal situación ya que el documento andino de transporte multimodal así como también de acuerdo con las facturas a folios 17 y 18 del expediente anexo, Esco de Colombia es respectivamente el consignatario de la mercancía y el comprador de la mercancía en el exterior y no existe prueba en el expediente del supuesto contrato de compraventa interna que supuestamente se cumplió con Harsco Infraestructura.

EL FALLO RECURRIDO

(Fls. 387-396)

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 5 de marzo de 2012, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por los siguientes motivos:

Consideró que la DIAN en los actos acusados señala que la infracción cometida por la empresa actora es contemplada en el Art. 497 numeral 3.1.1 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el Artículo 44 del Decreto 1232 de 2001, es decir, entregar la mercancía objeto del régimen de tránsito aduanero con menos cantidad de la consignada en la Declaración de Tránsito Aduanero, y claramente señalada en cada uno de los documentos soportes de la Continuación de Viaje hasta su entrega en la aduana de destino, que la mercancía transportadora registró una cantidad de bultos inferior al declarado en el Bill of Lading y en el formato de continuación de viaje, indica que se está frente a la infracción señalada en el Artículo 497 numeral 3.1.1. del Decreto 2685 de 1999, en el caso particular, menor cantidad de mercancía declarada.

Continua alegando, que en el régimen de transporte multimodal la responsabilidad del operador se encuentra señalada en el Artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, el cual establece que el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin

perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso.

Así mismo, argumentó que en el presente caso, la empresa demandante alega no haber intervenido en la consolidación de las unidades de carga, por lo que no se compromete su responsabilidad en los faltantes detectados en la Aduana de Destino, sin embargo, aplicando los parámetros de responsabilidad del operador multimodal, no cabe duda que la sociedad actora debió verificar el peso y las cantidades contenidas en las unidades de carga al momento de hacer el embarque y constatar que coincidía con lo declarado, con lo cual indudablemente se encuentra comprometida su responsabilidad en el cumplimiento de la obligación aduanera.

En ese sentido el despacho considera, *“que la obligación del transportador no se limita únicamente a la entrega física de la mercancía en la Zona Aduanera de Destino dentro del plazo otorgado para la operación de tránsito, sino que tal obligación debe extenderse hasta la entrega de la mercancía en las cantidades declaradas en los conocimientos de embarque y en la demás documentación presentada a la autoridad aduanera la cual recibirá y extenderá los cumplidos, sin embargo, en el caso de marras, se estableció un faltante de dos (2) bultos, es decir, se comete infracción por haber entregado la mercancía con menor cantidad a la declarada en razón al faltante detectado.*

Finalmente concluye, que no se encuentra acreditada la legalidad de los actos atacados, toda vez que no se demostró la falsa motivación alegada y en consecuencia, no se accederá a las pretensiones planteadas en el escrito de demanda.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN (Fls 398-402)

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

Consideró el recurrente que la sentencia de primera instancia estaba viciada de nulidad, toda vez que no se hizo un correcto examen de las pruebas que reposan en el expediente y que condujeron a tomar decisiones desacertadas; pues hizo caso omiso a pruebas como la Certificación del proveedor **HARSON INFRAESCTURA**, que asumió errores de envío o inconsistencias de orden logístico, indicando que existía un faltante de dos (2) bultos, ya que no verificaron el contenido interno de la carga para poder determinar que en realidad venía completa.

Continúa argumentando, que al no pronunciarse sobre los fundamentos de derechos planteados por el demandante en lo concerniente a la norma aduanera que establece en su Artículo tercero, *literal d), parágrafo literal "a)"* que *"Parágrafo: Para efectos de lo previsto en el literal b) del presente artículo y con ocasión de la finalización de las operaciones de transporte multimodal en la aduana de destino. **No se consideran inconsistencias a cargo del transportador las que se detecten con relación a la carga embalada dentro del contenedor, siempre y cuando se presenten las siguientes condiciones:***

- a) El contrato de transporte se haya pactado en el término FCL/FCL, Está plenamente demostrado observando el Bill Of Lading que la carga se transportó en este caso en concreto es FCL/FCL al señalarse así en dicho documento.*
- b) Se acredite certificación del proveedor o de quien haya suscrito el contrato de transporte con el operador de transporte multimodal, asumiendo errores de envío o inconsistencias de orden logístico.*

Por otro lado, reitera y corrobora lo planteado en la demanda, en el sentido de que es improcedente el cobro de tributos aduaneros y de sanción alguna consagrados en el Decreto 2685 de 1999.

Respecto a la falsa motivación de la administración, señala que no es cierto que la Continuación de Viaje No. 0610408M001412 del 18 de Julio de 2008, operador de transporte multimodal Logística Total S.A, haya llegado con faltantes a la aduana de destino.

Sostiene que ratifica lo expresado en el libelo de la demanda y lo refuerza el pronunciamiento de la Dian, en el que se manifiesta la Resolución No. 00546 del 25 de enero de 2010 emanada del Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales que en uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por el numeral 12 del Artículo 6º del Decreto 4948 de 2008 y el Decreto 2685 de 1.999.

La anterior, resolución adiciona y modifica la Resolución 4240 de 2000 de la siguiente manera:

(...) d) *Que la entrega de la mercancía se produzca dentro de los términos establecidos por la aduana de partida. En este evento se entenderá que el transportador cumplió con la obligación de finalizar el régimen de tránsito aduanero de manera oportuna, cuando el ingreso de la carga al depósito o a la zona franca, según corresponda, se efectúa dentro de los términos otorgados por la Aduana de partida, independiente que la información de la planilla de recepción sea transmitida con posterioridad al término previsto en el presente literal. Para el efecto el transportador y el depósito o la zona franca deberán utilizar los medios de prueba que estimen pertinentes que garanticen el control en la operación”*

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

- c) El contrato de transporte se haya pactado en el término FCL/FCL.*
- d) Se acredite certificación del proveedor o de quien haya suscrito el contrato de transporte con el operador de transporte multimodal, asumiendo errores de envío o inconsistencia de orden logístico.*
- e) No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sello homologados o señales de saqueo a las unidades de carga.*

La anterior norma la invoca de conformidad con el principio de FAVORABILIDAD, contemplado por las normas aduaneras que actualmente nos rigen el Decreto 2685 de 1999 y Resolución 4240 de 2000.

Por último, argumenta que la Contratación CY/CY es exactamente igual al término FCL/FCL, es decir, al hablar de esta combinación se hace referencia a que los mismos son cargados con mercancía general u homogénea de un solo exportador, la cual es destinada a un solo importador, aclarando que en este caso es el exportador quien carga, cuenta, embala y cierra el contenedor desde su fábrica o almacén de carga el cualquier punto del país y el importador recibe en su almacén el contenedor en las mismas condiciones, para proceder con el descargue y vaciado.

En virtud de lo anterior, solicita se revoque el fallo proferido en Primera Instancia.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por medio de proveído del 14 de junio de 2012 (fl.408), fue admitido el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

A través de auto del 15 de Agosto de 2012, se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (fl.277).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante guardó silencio.

La parte demandada, ratifica lo expuesto en la contestación de la demanda y trae a colación sentencia de fecha 14 de octubre de 2011, proferida por el MP. José Fernández Osorio, que denegó las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El representante del Ministerio Público, no hizo pronunciamiento alguno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1° del Artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de (5) de Marzo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

CADUCIDAD

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 02 Agosto 2012, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para

² Ver reverso folio 13

la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que establece el Artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que según constancia expedida por la Procuraduría 176 Judicial I ante los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena en fecha 27 de Julio de 2011 (f. 61), la parte actora presentó solicitud de conciliación prejudicial en fecha 24 de Junio de 2011, cuando no había operado el fenómeno de la caducidad, como quiera que el acto mediante el cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por la parte demandante (Resolución No. 000275 del 24 de febrero de 2011), fue notificado en fecha 28 de febrero de 2011 (hecho 11 folio f.4).

ACTOS ACUSADOS

Resolución No. 000273 del 29 de Septiembre de 2010 por la cual se formula Requerimiento Especial Aduanero y se propone sancionar al Operador de Transporte Multimodal LOGISTICA TOTAL S.A.S., por infracción administrativa aduanera de los transportados en el régimen de tránsito aduanero.

Resolución No. 0002096 del 02 de diciembre de 2010, proferido por la División de Gestión de Liquidación Aduanera de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se ordena sancionar Operador de Transporte Multimodal LOGISTICA TOTAL S.A.S., por el valor de TREINTA Y DOS MILLONES CINCO MIL PESOS MCTE (\$32.305.000.00) MCTE, por el incumplimiento al régimen aduanero.

Resolución No. 000275 del 24 de febrero de 2011, por medio de la cual la DIVISIÒN JURÌDICA DE LA ADMINISTRACIÒN ESPECIAL DE ADUANAS DE CARTAGENA DE LA U.A.E. DIRECCIÒN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), confirma la sanción.

PROBLEMA JURÍDICO

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

Cuestión Previa:

Antes de abordar el estudio del caso concreto, destaca la Sala que la sociedad actora, en su introductorio solicitó que se declarara la nulidad del **Requerimiento Especial Aduanero No. 000273 del 29 de septiembre de 2010**, proferido por la entidad demandada.

Sobre este aspecto debe advertirse que la Sala de Decisión, deberá inhibirse de emitir pronunciamiento de fondo, como quiera que el Requerimiento Especial Aduanero, es un acto de trámite que solo le da a conocer al declarante, la existencia de unos cargos que podrán generar la imposición de una sanción, el decomiso de una mercancía o la expedición de una liquidación oficial, proponiéndole el debate sobre los hechos que se le imputan.

Acorde con lo anterior, el H. Consejo de Estado ha indicado, con respecto a la naturaleza jurídica de dicho acto, lo siguiente³:

*“Dicho requerimiento **es un acto administrativo de trámite que marca el inicio de la actuación dirigida a formular las Liquidaciones Oficiales de Corrección o de Revisión de Valor, según sea el caso, o a imponer una sanción por la comisión de alguna infracción administrativa aduanera. A partir del inicio de la actuación aduanera, con el requerimiento especial, previa apertura de investigación formal. Surge la obligación de vincular a los sujetos contra quienes se dirige. Antes de ello no puede reclamarse esa vinculación, porque, en estricto sentido, no existe actuación aduanera individualizada, respecto de la cual tales sujetos deban entenderse, pues solo el requerimiento especial aduanero concreta el error a la infracción de la propuesta de liquidación oficial o imposición de sanción, y particulariza a los responsables de la misma.**”*

En ese orden, el Requerimiento Especial Aduanero no es un acto susceptible de ser controvertido en sede judicial, por lo que la Sala a diferencia de lo considerado por el Juez de Primera Instancia, encuentra pertinente modificar en la parte resolutive de esta sentencia, la decisión del a quo en el sentido que se declarara inhibido para el estudio de fondo del Requerimiento Especial Aduanero No. 000273 del 29 de septiembre de 2010, proferido por la entidad demandada, de conformidad con los motivos expuestos.

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN CUARTA-Consejera ponente CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ-Bogotá D. C., veintiocho (28) de junio del dos mil diez (2010)-Radicación número 25000-23-27-000-2004-01003-01(16326)-Actor: F. M. LOGÍSTICA LTDA SIA -Demandado MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Análisis del caso

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 356. Responsabilidades...

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

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

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

...Si se presentan inconsistencias entre los datos consignados en la Declaración de Tránsito Aduanero y la mercancía recibida, o si se detectan posibles adulteraciones en dicho documento, o irregularidades en los empaques, embalajes y precintos aduaneros de la mercancía que es objeto de entrega, o ésta se produce por fuera de los términos autorizados por la Aduana de Partida, el depósito o el Usuario Operador de la Zona Franca elaborará y remitirá a la Aduana el acta correspondiente, la cual deberá ser firmada por el transportador e informará de inmediato a las autoridades aduaneras a través del sistema informático aduanero...” (Subrayado fuera de texto)

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

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

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

3.1 Gravísimas...

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

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

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

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

Lo probado:

En el proceso se observa Continuación de Viaje No. 0610408M001412 del 8 de Julio de 2008, en el que se especifica el tipo de mercancía que ingresó al país consistente en “ESTRUCTURAS METALICAS”; dos (2) contenedores de 40” cantidad de bultos 1050 unidades , peso 32.287,00 KG.⁴

Según Documento Andino de Transporte Multimodal No. 7184, la mercancía de referencia tenía un peso de 32.287,00 kg.⁵

También se observa en el Conocimiento de Embarque (bill of lading) No.APLU-084134286 de fecha 07/09/2008, donde se evidencia que la mercancía se negoció en términos CY/CY y aparece como consignatario la CORPORACIÓN COLOMBIANA DE LOGÍSTICA S.A. y ZONA FRANCA GREEN CARGO A COLOMBIA⁶

Milita a folio 2567 Planilla de recepción del Depósito ZONAS FRANCA DE BOGOTÁ S.A., donde se consignó como peso bruto de la mercancía 29.040 kg; así mismo, reposa Registro de Finalización de Cabotaje⁸, en el que se anota entre otras cosas que se recibió un contenedor con un peso bruto 28.820 UNIDADES con una inconsistencia de 2 bultos.

⁴ Ver 2º cuaderno folio 243

⁵ Ver 2º cuaderno folio 245

⁶ Ver 2º cuaderno folio 244

⁷ Ver cuaderno No 256

⁸ Ver cuaderno No 2 folio 255

Se advierte a folio 254 Acta de Inconsistencias de Zona Franca de GREEN CARGO DE COLOMBIA de fecha 23 de julio de 2008, suscrita por Zona Franca, por el transportador y por el operador, en donde se señalan como observaciones lo siguiente: "Arriba dentro de términos a depósito GREEN CARGO ZFB dos contenedores de 40 pies con 1048 bultos con un peso de 29.040 kg. Dado por la báscula, sin verificar el contenido interno de la carga. Nota: Presenta inconsistencia en número de bultos debido que en la CV en la casilla 17 se relacionaron 1050 bultos y arriban a depósito Green Cargo ZFB 1048 bultos presentado un faltante de 2 bultos"

Revisado el anterior acervo probatorio, se observa, que la mercancía objeto de controversia fue objeto de inspección en la aduana de partida (Cartagena) y luego fue proferida la autorización de la Continuación de Viaje No.0610408M001412 del 18 de julio de 2008, en la que quedó consignada que el número de piezas a transportar era de 1050 cartones con un peso de 32.287 kg.

Este número de piezas concuerda con el registrado en el Conocimiento de Embarque (Bill of Lading) No. 004286 de fecha 07 de septiembre de 2008, lo que permite inferir a esta Corporación que efectivamente la mercancía que ingresó a la aduana de partida estaba conformada por 1050 bultos.

En ese orden de ideas, no obstante que los documentos de viaje de la mercancía objeto de controversia, así como también la continuación de viaje expedida por la aduana de partida señalan que la mercancía constaba de 1050 cartones, no puede perder de vista la Sala que el depósito habilitado en la aduana de destino, así como en la planilla de recepción, registro de finalización de cabotaje, certificado de peso, acta de inconsistencias, se advirtió que se recibía la mercancía con dos unidades menos.

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

Ahora bien, es menester precisar que la parte actora en el libelo adujo entre otros argumentos que los actos acusados contradicen la Doctrina de la DIAN toda vez que la mercancía de referencia es considerada como unidad de carga o bulto, la cual llegó sellada y precintada con su precinto virgen; además llegó bajo condiciones CY/CY

término que equivale a FCL/FCL o consolidado, por lo que en este caso existe una ausencia de responsabilidad de la demandante toda vez que en estos casos la demandada según su doctrina, considera bulto al contenedor remitido a un mismo consignatario y amparado con un solo documento de transporte.

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

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

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

No obstante, antes de la modificación, el texto inicialmente señalaba que bulto⁹, “Es toda unidad de embalaje independiente y no agrupada de mercancías acondicionada para el transporte. También se considerará bulto, el contenedor para un mismo consignatario y amparado en un solo documento de transporte”. Normatividad ésta que se tendrá en cuenta como quiera que los hechos en este caso se causaron durante su vigencia.

Por su parte la Circular 0188 de 2000, expedida por la Dian estableció que “...Cuando por las condiciones del contrato de transporte los contenedores salgan del puerto sin desconsolidar, es claro que el informe de inconsistencias se hará frente al contenedor como bulto...”

En esa medida, aplicando la norma de referencia al caso concreto y de acuerdo con el material probatorio allegado; observa la Sala sin mayor discusión que la mercancía transportada por la sociedad demandante se contrató en términos FCL/FCL tal como se aprecia en el Documento de viaje B/L No. APLU-08413428610.

Así mismo, que dicha mercancía se encuentra amparada en un solo documento de transporte y que se encuentra dirigida a dos consignatarios como son la LOGÍSTICA S.A. y ZONA FRANCA GREEN CARGO A COLOMBIA.

Es decir, en este último caso, si aún en gracia de discusión se acepta que el contrato en término CY/CY equivale al término FCL/FCL y la mercancía se encuentra amparada en un solo documento de transporte como lo indicaba la norma antes de su modificación, la misma no fue dirigida a un solo consignatario, por lo que en este caso, sobre la

⁹ Artículo 1 del Dto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 1198 de 2000

¹⁰ Ver 2° cuaderno folio 244

demandante recae la responsabilidad general que contempla el inciso 2° del literal a) del artículo 369 del Decreto 2685 de 1999, así como la establecida en el numeral 3.1.1 del artículo 497 ibídem.

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

En ese orden, indistintamente del peso de la mercancía y de que los precintos no hayan sido adulterados, las condiciones en que se dio el transporte no cumplen con los presupuestos legales para eximir de responsabilidad a la demandante.

Ahora, a la luz de lo expuesto en la Resolución No. 002096 del 2 de diciembre 2010 en armonía con el principio de favorabilidad alegado en el recurso, se adicionó y modificó la Resolución 4240 de 2000, la cual dentro del Capítulo III Trámite en la aduana de destino – Entrega de la carga y la declaración de tránsito aduanero al depósito habilitado o al usuario operador de la zona franca”, señaló en su artículo 3 lo siguiente:

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

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

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

b) Se acredite certificación del proveedor o de quien haya suscrito el contrato de transporte con el operador de transporte multimodal, asumiendo errores de envío o inconsistencias de orden logístico, y

c) No se hayan detectado signos de violación a los precintos o sellos homologados, o señales de saqueo a las unidades de carga”. (Destacado fuera del texto).

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

En ese orden, considera la Sala que aun aplicándose las condiciones señaladas en esta última norma citada, en virtud del principio de favorabilidad, no es posible admitir los argumentos de la parte actora en su recurso, relacionados con las pruebas que supuestamente no se examinaron en el fallo de primera instancia, por las razones que se analizarán a continuación.

En primer término se observa que el contrato de transporte en el sub lite se pactó en términos CY/CY y no FCL/FCL por lo que inmediatamente se excluye el cumplimiento del literal a) de la Resolución 546 de 2010 antes transcrita. Tampoco se cumple la condición prevista en el literal b) de la misma norma, debido a que la certificación proveniente del importador Harsco Infraestructure, no contiene una expresión que cumpla los parámetros determinados en el mencionado literal, pues en ninguna parte de su texto especificó que la diferencia en la cantidad de la mercancía se debe a un error de envío o a inconsistencias de orden logístico, sino que se lo atribuye a un error del depósito que recibió la mercancía (ver folio 47).

Así las cosas, comparte la Sala el fallo de primera instancia el cual será confirmado, ya que no cabe duda del incumplimiento del régimen de tránsito aduanero por parte de la sociedad actora, dado que de las pruebas allegadas al expediente, no se desvirtúa la ausencia de su responsabilidad; como quiera que la actuación de ésta, no se ajustó a los lineamientos expuestos en el texto normativo para exonerarla de la sanción impuesta.

En resumen, descartados los argumentos del actor, habrá de concluirse que no se logró desvirtuar la legalidad de los actos acusados, carga que se hace especialmente exigible, tratándose de actos como los demandados, tal como lo ha señalado el H. Consejo de Estado¹¹, máxime si se tienen en cuenta que la carga de demostrar la ilegalidad de la sanción aduanera impuesta por la DIAN, radicaba en la parte actora, quien no demostró los hechos en que basa sus pretensiones – causal eximente de responsabilidad -, ni aportó evidencias que probaran que la DIAN, al expedir los actos acusados, violó la ley o norma constitucional.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de modificarse la sentencia emitida por el Juzgado Doce Administrativo de Descongestión de Cartagena, en el sentido de adicionar un numeral en el cual se inhibe de pronunciarse de fondo sobre la nulidad del

¹¹ "Ahora bien, frente a la consideración del actor en el sentido de que en aplicación del artículo 83 de la Constitución Política, que contiene la presunción de la buena fe de los particulares ante las gestiones que los mismos adelanten ante las autoridades públicas, se deben tener por ciertas las afirmaciones por él hechas ante la Aduana, la Sala advierte que una cosa es la presunción de buena fe y otra muy distinta que lo dicho por los particulares se tenga que tener por cierto, pues, de ser así, no existiría procedimiento alguno para establecer la responsabilidad en que incurre una persona determinada y, en consecuencia, estaría de más garantizar el derecho de defensa con la oportunidad, entre otras, de solicitar pruebas y controvertir las existentes, dado que bastaría al administrado in admitir los cargos que se le imputan, para que la Administración tuviera que aceptar lo por él dicho, lo cual se sale de toda lógica

Adicionalmente, la Sala le recuerda al actor que los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, lo cual significa que corresponde a la parte demandante demostrar que la decisión en ellos contenida no se ajustó a la ley, cuestión que en manera alguna llevó a cabo aquél, pues se limitó a afirmar que es al Estado a quien le corresponde la carga de la prueba, consideración que, se reitera, no es de recibo en tratándose de actos expedidos por la Administración -CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION PRIMERA Consejera ponente: OLGA INES NAVARRETE BARRERO. Once de mayo del dos mil Radicación número : 5873. Actor: JAVIER CONTRERAS CONTRERAS. Referencia: APELACION SENTENCIA

Requerimiento Especial Aduanero –REA-, y lo confirmará en todo lo demás, por las razones antes expuestas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia 5 de Marzo de 2012, proferida por el Juzgado Doce Administrativo de Descongestión de Descongestión de Cartagena, con un numeral en el que se dispone:

INHIBIRSE de emitir pronunciamiento respecto del Requerimiento Especial Aduanero No. 00000273 del 5 de marzo de 2012, por el cual se propone imponer sanción al Operador de Transporte Multimodal LOGÍSTICA S.A. por los motivos expuestos

SEGUNDO: CONFIRMARLA en todo lo demás.

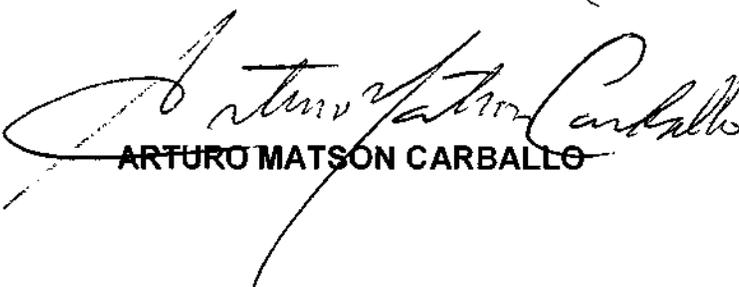
CUARTO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO