

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por retardo injustificado en la entrega de motonave retenida / MOTONAVE RETENIDA – Por la Policía Nacional por tráfico de estupefacientes y puesta a disposición de Fiscalía General de la Nación

Luego de realizar un breve recuento probatorio, advirtió que se encontraba acreditado que la motonave Amexcaribe I fue retenida en marzo de 1993 por la Policía Nacional, como resultado de una inspección solicitada por el capitán de la nave, en la cual se encontraron paquetes con cocaína. El interesado solicitó en diversas oportunidades la devolución de la motonave y transcurridos dos años y nueve meses, en diciembre de 1995, finalmente le fue autorizada su entrega. Así mismo, advirtió que por estar expuesta al sol y agua y sin vigilancia ni mantenimiento alguno durante ese lapso, la embarcación perdió su navegabilidad y fue vendida por chatarra.

RECURSO DE APELACION – Presentada por las partes / FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA – Declarada en primera instancia al extremo pasivo de la litis con excepción de la Fiscalía General de la Nación / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA DELA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Facultada para comparecer por si misma por gozar de personería y autonomía administrativa y presupuestal / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Al declararse en primera instancia y no ser objeto de discrepancia no se analizara en alzada

La Sala advierte que la sentencia de primera instancia fue apelada por ambas partes, esto es, por la sociedad demandante y por la Fiscalía General de la Nación, entidad que resultó condenada en primera instancia. Sin embargo, de la revisión de los argumentos de los recursos presentados por las mencionadas, no se evidencia censura alguna en relación con la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva de las demás entidades que integraron el extremo pasivo de la litis, esto es, de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, Ministerio de Justicia y del Derecho y Rama Judicial. En consecuencia, la Sala no se referirá a la responsabilidad que en un inicio, se endilgó a las mencionadas, por no constituir materia de discrepancia entre los recurrentes.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Conoce en segunda instancia sobre error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad, sin consideración de la cuantía / SEGUNDA INSTANCIA SOBRE ERROR JURISDICCIONAL, DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD – Regulación normativa / LEY 270 – Determina competencia de la corporación

La Sala advierte que en el presente asunto no se analizará la cuantía del proceso a efectos de determinar la competencia de esta Corporación, toda vez que la Ley 270 de 1996 al desarrollar la responsabilidad del Estado en los eventos de i) error jurisdiccional, ii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y iii) privación injusta de la libertad, fijó la competencia para conocer de tales temas en esta Jurisdicción a través de los Tribunales Administrativos en primera instancia y el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración de la cuantía. Siguiendo esa línea, esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, debido a que la demanda se fundamentó en uno de los títulos de imputación previstos en la Ley 270 de 1996, consistente en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

NOTA DE RELATORIA: LEY 270 DE 1996

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Ejercicio oportuno / CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPARACION DIRECTA – Dentro de los 2 años siguientes al hecho generador del daño / DAÑO ANTIJURIDICO - Inmovilización de la motonave Amexcaribe con de anomalías / ACCION DE REPARACION DIRECTA – Presentada dentro del término legal

Evidencia la Sala que la inmovilización de la motonave Amexcaribe, hecho generador del daño- materializada en el marco del proceso penal en cuyo desarrollo se alega la existencia de anomalías constitutivas de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se prolongó hasta el 29 de diciembre de 1995, fecha en que se efectuó su entrega a la sociedad demandante, en tanto que la demanda que dio origen a este asunto se presentó el 13 de enero de 1998, primer día hábil de ese año, cuestión que permite concluir que la acción se ejerció dentro del término de caducidad de dos años.

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA - Por activa / LEGITIMACION EN LA CAUSA – Su ausencia, no es constitutiva de excepción de fondo / DISTINCION ENTRE LEGITIMACION DE HECHO Y MATERIAL – Reiteración jurisprudencial / LEGITIMACION DE HECHO EN LA CAUSA – Definición / LEGITIMACION EN LA CAUSA MATERIAL – Concepto

La Sala conviene la necesidad de precisar como primera medida que una cosa es la legitimación en la causa por activa y, otra, muy distinta, es la figura procesal de la agencia oficiosa. La legitimación en la causa o, más exactamente la ausencia de la misma que en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sección Tercera, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable, ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado (...) 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 respecto de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, 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 aquélla propone, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la diferencia entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa, consultar sentencia de 15 de junio de 2000, Exp. 10171, MP. María Elena Giraldo Gómez

LEGITIMACION DE HECHO EN LA CAUSA – Definición / LEGITIMACION EN LA CAUSA DE HECHO – Relación procesal entre las partes

NOTA DE RELATORIA: En relación con la legitimación de hecho en la causa, consultar sentencia de 31 de octubre de 2007, Exp.13503

LEGITIMACION EN LA CAUSA MATERIAL – Concepto / DEFINICION DE LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA – Participación real de las partes en los hechos que originaron el respectivo litigio / LEGITIMACION EN LA CAUSA MATERIAL – Reiteración jurisprudencial

NOTA DE RELATORIA: Referente a la legitimación material en la causa, consultar sentencia de 20 de septiembre de 2001, MP. María Elena Giraldo Gómez;Exp.

10973.

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Concurrió la persona jurídica sociedad Importaciones Melissa Limitada / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA - Demandante compareció en su condición de agente general de la embarcación aprehendida / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA DE LAS IMPORTACIONES MELISSA LIMITADA - Acreditada

La Sala evidencia que la parte que concurrió a la presente causa como sujeto activo lo constituyó la persona jurídica sociedad Importaciones Melissa Ltda., representada legalmente por el señor Antonio Bent Archobold. Igualmente se advierte que dicha sociedad reclama los perjuicios sufridos con ocasión de la aprehensión de la motonave Amexcaribe I, pues señala que durante el tiempo de su inmovilización no pudo obtener el provecho económico que normalmente recibía en su calidad de agente general de la nave en el territorio de San Andrés. Así pues, teniendo en cuenta que la parte demandante compareció al proceso en su condición de agente general de la embarcación aprehendida (...), para la Sala, la condición de agente general de la motonave Amexcaribe I, en el territorio de San Andrés que alega la sociedad Importaciones Melissa Ltda., se encuentra plenamente demostrada en el plenario

CONTRATO DE AGENCIA – Fundamento normativo / CONTRATO DE AGENCIA - Modalidad del contrato de mandato

La tipología contractual de la agencia, dentro de la legislación colombiana, se encuentra gobernada en el capítulo v del artículo XIII del estatuto mercantil, como una modalidad del contrato de mandato. El artículo 1317 del Código de Comercio se encargó de definirlo (...) el artículo 1328 regula la sujeción a la legislación colombiana de dicha tipología contractual. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con las características del contrato de agencia comercial y las diferencias entre la agencia marítima propiamente y el contrato de agencia comercial marítima, consultar VALLEJO GARCIA, Felipe. El CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL. Editorial Legis. Primera Edición. Bogotá. 1999. Páginas 57-58, 140-143.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 1317 / CODIGO DE COMERCIO – ARTICULO 1328

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA – Acreditada por Importaciones Melissa Limitada / LEGITIMACION EN LA CAUSA DE IMPORTACIONES MELISSA LIMITADA – Declarada por relación jurídica que la vinculaba al objeto aprehendido / RELACION JURIDICA QUE VINCULO IMPORTACIONES MELISSA LIMITADA CON LA NAVE - Contrato de agencia comercial

La Sala encuentra debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa de la sociedad Importaciones Melissa Ltda., de cara a la relación jurídica que la vinculaba al objeto aprehendido, dado que siendo la agente general del buque AMEXCARIBE I, en el territorio de San Andrés, es natural que por cuenta de su inmovilización hubiera dejado de percibir los ingresos que en tiempos de normalidad habría obtenido por el cabal cumplimiento del itinerario del navío, destinado para el transporte y entrega de las mercancías trasladadas, ingresos que precisamente servían de contraprestación para la ejecución del contrato de agencia comercial para el cual había sido designada un año antes de la detención del navío y cuyo concepto y cuantía, no obstante ser materia de análisis posterior, en todo caso constituyen el objeto de su reclamación.

AGENTE OFICIOSO – Otorgado de R.E. Israel & Associates Trading Company a Importaciones Melissa Limitada / PODER OTORGADO PARA RATIFICAR AGENCIA OFICIOSA – Sin valor probatorio por allegarse en inglés y no acompañarlo con su traducción oficial / PODER OTORGADO PARA RATIFICAR AGENCIA OFICIOSA – El hecho de no reunir requisitos legales y causar el fin de la actuación procesal de R.E. Israel & Associates Trading Company no indica que la sociedad demandante no tenga legitimidad en la causa

Al respecto, recuerda la Sala que la demanda fue impetrada por la sociedad Importaciones Melissa Ltda., actuando en nombre propio y obrando como agente oficioso de la sociedad R.E. Israel & Associates Trading Company, en disolución. (...) la Sala advierte que aun cuando el proceso se terminó respecto de la sociedad R.E. Israel & Associates Trading Company, ello aconteció por cuanto en sede judicial de lo contencioso administrativo, específicamente, en la órbita de este proceso, no se reunieron en cabal forma los requisitos legales para conferir valor al poder otorgado para ratificar la agencia oficiosa, comoquiera que los documentos que acreditaban la calidad de poderdante de quien convalidaba la demanda presentada por el agente oficioso, se encontraban en inglés y no fueron debidamente acompañados de la correspondiente traducción oficial. Sin embargo, tal circunstancia no equivale a afirmar que la sociedad demandante Importaciones Melissa Ltda., no cuente con legitimación en la causa por activa y, en tal virtud, deba también declararse la terminación del proceso respecto de aquélla, como lo sugiere el apelante

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Por irregularidades al interior del proceso penal / INMOVILIZACION DEL BUQUE AMEXACRIBE I - Retenida a disposición de la Fiscalía por espacio de más de dos años y medio / MOTONAVE AMEXCARIBE I – Prestaba servicio público de transporte de mercancía

La Sala, contrario a lo que manifiesta la Fiscalía, evidencia varias fallas e irregularidades al interior del proceso penal en cuyo interior se materializó la inmovilización del buque AMEXACRIBE I, que contribuyeron de manera eficiente a la causación del daño cuya reparación se depreca (...) esta Sala encuentra acertadas las consideraciones del Tribunal a quo cuando sostuvo que la motonave permaneció en una situación que no contaba con respaldo jurídico alguno, esto es, retenida a disposición de la Fiscalía por espacio de más de dos años y medio, cuando la norma que regulaba la materia imponía un proceder distinto (...) En el caso de marras, la motonave AMEXCARIBE I, para la época en que fue inmovilizada y puesta a disposición de la Fiscalía General de la Nación, se encontraba prestando el servicio público de transporte de mercancía, cubriendo la ruta Miami/San Andrés/Miami.

SERVICIO PUBLICO – El servicio de transporte de mercancía tiene este carácter / MOTONAVE AMEXCARIBE I – Al prestar servicio público de transporte de mercancía, su retención debió respetar legislación vigente que lo regulaba / PRESTACION DE SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE MERCANCIA POR MOTONAVE – Debía operar con exclusión del decomiso / EXCLUSION DEL DECOMISO - Bien al servicio público debe seguir procedimiento señalado taxativamente / SERVICIO PUBLICO PRESTADO POR MOTONAVE – Era autorizado por Dirección General Marítima, a través del puerto de San Andrés

En criterio de esta Sala, la naturaleza del servicio público dentro del contexto de la

norma en cita, debe entenderse, no en un sentido estricto como aquel que dispensan las autoridades del Estado para la satisfacción del interés general, sino en un sentido amplio en virtud del cual el servicio de transporte de mercancía tiene el carácter de público, con independencia de que lo presten entidades de derecho privado, en cuanto el mismo no se encuentra restringido a que su único usuario sea el dueño de la embarcación, sino que pueden acceder a él todos aquellos que lo requieran y que cuenten con capacidad jurídica y económica para celebrar un contrato de esa naturaleza. En esta medida, al encontrarse la motonave prestando el servicio público de transporte de mercancía, operaba respecto de aquella la exclusión del decomiso que contemplaba la mencionada norma, siempre que se reuniera el otro supuesto fáctico exigido, esto es, que la información sobre el porte de estupefacientes hallado en su interior, hubiese provenido de peticiones del comandante o capitán de la misma, su propietario, armador o explotador, el agente marítimo o el empleado responsable. (...) en todo caso la motonave se encontraba prestando un servicio autorizado por la Dirección General Marítima, a través del puerto de San Andrés, es decir, se encontraba en otro de los supuestos consagrados en la norma para que operara la exclusión de decomiso, prueba de ello la constituyen las diferentes autorizaciones de zarpe expedidas por la Capitanía de Puerto de San Andrés, entre septiembre de 1992 y hasta el 19 de marzo de 1993, fecha en que tuvo lugar su aprehensión.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE DE MERCANCIA – Debía operar con exclusión del decomiso / EXCLUSION DEL DECOMISO - Bien al servicio público tras el hallazgo de sustancia ilegal, debía reintegrarse a actividad comercial que desarrollaba / EXIGENCIAS NORMATIVAS QUE ORDENABAN DEVOLUCION DE MOTONAVE A ACTIVIDAD DE SERVICIO PUBLICO – Bien contaba con autorización legal para desarrollar su actividad, sus tripulantes avisaron a las autoridades por sospecha de existencia de sustancias alucinógenas en su interior y solicitaron la respectiva requisa / EXCLUSION DE DECOMISO POR TRATARSE DE UN BIEN DE SERVICIO PUBLICO – A pesar de cumplir con los supuestos normativos que ordenaban su devolución a la actividad que adelantaba, este se hizo tras dos años y nueve meses / RESPONSABILIDAD PATROMINIAL DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACION – Declarada a pesar de no existir un decisión orientada propiamente al decomiso del barco, existió negligencia en el tratamiento que este recibió

Ante estas evidencias, el argumento de la Fiscalía de conformidad con el cual la inmovilización del barco era una carga que debían soportar los interesados en su explotación, se encuentra desvirtuado, pues como quedó visto en el caso se reunían cabalmente las exigencias para que la nave, tras el hallazgo de la sustancia ilegal, fuera reintegrada a la actividad comercial para la cual estaba destinada, pues se trataba de un buque que prestaba el servicio público de transporte de mercancías, actividad para la cual contaba con la respectiva autorización por parte de la Dirección General Marítima, a lo que se suma que fueron sus tripulantes quienes dieron aviso a las autoridades de policía acerca de la sospecha sobre la existencia de sustancias alucinógenas en su interior y solicitaron la respectiva requisa. Sin embargo, no obstante acreditarse tal circunstancia, la embarcación permaneció retenida por más de dos años y medio. Es de advertir, tal cual lo puso de presente el a quo, que a pesar de que en el caso concreto, no existió un decisión orientada propiamente al decomiso del barco, lo cierto es que lo estuvo de hecho por un espacio considerable de tiempo, período dentro del cual no se cumplió el objetivo de la norma en referencia, pues fueron dos años y 9 meses en los que el bote estuvo aprehendido sin que pudiera cumplir con sus itinerarios de rigor, y por ende, sin reportar el lucro esperado por sus

diferentes operadores.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO – Al no dar trámite adecuado a inmovilización de barco que prestaba servicio público / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Declarada al no existir decisión previa de decomiso, ni decidir oportunamente su destino, ni se disponer traslado a autoridad de estupefacientes para darle utilización provechosa / TRATAMIENTO DESCUIDADO EN INMOVILIZACION DE BIEN PUBLICO - Incidente había podido resolverse favorablemente al agente general de la embarcación

Otra de las normas cuya vulneración fue alegada por la parte actora corresponde al artículo 47 de la Ley 30 de 1986 (...) Efectivamente, el cumplimiento de esta disposición no se acreditó dentro del proceso penal, pues aun cuando, se reitera, no existió una decisión previa de decomiso, tampoco se decidió de manera oportuna el destino del bien inmovilizado, ni se dispuso su traslado a la autoridad nacional de estupefacientes para que le diera una utilización provechosa. Por el contrario, la Fiscalía mantuvo la motonave en el muelle intendencia, en una completa inactividad y en continuo riesgo de hundimiento, sin resolver prontamente su situación, circunstancias que la llevaron a un estado tal de deterioro que invalidaron su capacidad de navegabilidad al extremo que debió ser vendida como chatarra a la Siderúrgica de Boyacá. (...) a juicio de la Sala, lejos de evidenciar el continuó impulso procesal que en su defensa alegó la Fiscalía, en realidad reveló un tratamiento descuidado y hasta cierto punto abandonado del proceso penal que se analiza. Salta a la vista que desde un inicio el incidente había podido resolverse de manera favorable al agente general de la embarcación, tras haberse acreditado la calidad con la que actuaba. Sin embargo, la Fiscalía, sin mayor sustento jurídico aparentemente válido – pues porque en realidad en las decisiones no se invocó ningún apoyo normativo de su proceder – retardó más de dos años la definición de la suerte de la embarcación, para al final ordenar su entrega al incidentante sin ninguna disquisición jurídica respecto a la calidad que ostentaba el petente o respecto a la confirmación de la misma. En el orden de ideas, expuesto se impone confirmar la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, por los daños causados a la demandante sociedad Importaciones Melissa Ltda., con ocasión de la aprehensión de la motonave Amexcaribe I, ocurrida en el marco del proceso penal No. 3516, adelantado por violación a la Ley 30 de 1986, hecho que se prolongó desde el 20 de marzo de 1993 hasta el 29 de diciembre de 1995.

FUENTE FORMAL: LEY 30 DE 1986 - ARTICULO 47

LLAMAMIENTO EN GARANTIA - A Fiscales para la época de los hechos / LLAMAMIENTO EN GARANTIA DE FISCALES – Sin valor probatorio / LLAMAMIENTO EN GARANTIA DE FISCALES – Por únicamente identificar a los llamados, sin cuestionar su conducta el día de los hechos

Para la Sala el llamamiento no reúne los requisitos de procedibilidad que de antaño la Jurisprudencia de esta Sección ha considerado indispensables para despachar favorablemente este tipo de solicitud, concretados en la indicación precisa del hecho o conducta que se tilda de dolosa o gravemente culposa. Al respecto, vale insistirse en que el respectivo escrito contiene únicamente la identificación de los llamados, su domicilio y fechas de vinculación y desvinculación a la Fiscalía; sin embargo no se consignó algún tipo de reproche a la función desplegada por cada uno de los funcionarios citados, simplemente se comenta que los citados eran Fiscales para la época de los hechos sin adentrarse

en cuestionamientos de ninguna índole sobre su proceder o calificativos de su conducta. Por las razones expuestas, la Sala se abstendrá de decidir de fondo las pretensiones del llamamiento en garantía.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES – Lucro cesante / LUCRO CESANTE – Por pérdida de oportunidad / PERDIDA DE OPORTUNIDAD – Acreditado mediante prueba pericial / PERDIDA DE OPORTUNIDAD – Sufrida por agente comercial de la motonave al retenerla sin motivo alguno / RETENCION DE MOTONAVE - Se acreditó que de no haber sido por la inmovilización, la actividad objeto de agenciamiento habría continuado siendo explotada / DICTAMEN PERICIAL – Con valor probatorio por soportarse debidamente y no objetarse por la parte demandada

El Tribunal de primera instancia consideró que de conformidad con la pericia practicada en el proceso, se encontraba demostrada la pérdida de oportunidad que sufrió el agente comercial de la motonave, sociedad Importaciones Melissa Ltda. por causa de la retención, ya que se acreditó que no existían motivos ciertos para descartar la posibilidad que de no haber sido por la inmovilización, la actividad objeto de agenciamiento habría continuado siendo explotada por el demandante. (...) Sea lo primero para la Sala indicar que el dictamen pericial practicado al interior del plenario, a petición de la parte actora para acreditar los perjuicios materiales sufridos con ocasión de la detención de la embarcación, además de no haber sido objetado por la parte demandada, en criterio de esta Sala, tiene el vigor probatorio necesario para ser valorado, pues la fuente de donde se obtuvo la información con base en la cual se rindió la experticia fueron los documentos y soportes contables de la sociedad demandante, los cuales fueron examinados directamente por el auxiliar de la justicia.

INDEMNIZACION DE LUCRO CESANTE – Gastos operacionales se deducen del monto total reconocido / GASTOS OPERACIONALES – Asumidos por persona natural / PERSONA NATURAL QUE ASUME GASTOS OPERACIONALES – Reglas contables indican que estos debían aparecer en registros contables / PERSONA NATURAL QUE ASUME GASTOS OPERACIONALES – No implica el reconocimiento del monto total reconocido sin deducción por estos costos

La Sala advierte que la experticia que acababa de analizarse sostuvo que los libros y soportes contables examinados no reflejaron gastos operacionales, por lo que los cuantificó en \$0. Además indicó que, según información de la demandante, el señor Antonio Bent Archbold con su patrimonio personal, asumía las erogaciones correspondientes a gastos operacionales, persona natural que a su turno presentó sus registros contables para dichos períodos. Sin embargo, la demostración de que los costos de la sociedad eran asumidos por la persona natural de su representante legal, para la Sala no constituye una circunstancia que automáticamente abra paso al reconocimiento del valor del monto total de la comisión sin deducción alguna por gastos operacionales, pues claramente dicha práctica conllevaba a una vulneración de las reglas contables de asignación de costos y gastos de conformidad con las cuales los costos asociados a los ingresos debían ser asignados o distribuidos en el mismo ente económico que los producía. Esta regla resultaba aplicable a la actividad contable adelantada por la sociedad Importaciones Melissa Ltda., dado se carácter de sociedad mercantil.

GASTOS OPERACIONALES - Debían aparecer en contabilidad registrada y para efectos probatorios / FALENCIA PROBATORIA - Incertidumbre respecto del valor efectivo de los gastos operacionales / LUCRO CESANTE - Durante

término de aprehensión de motonave se frustró percepción de ganancia esperada por el demandante / LUCRO CESANTE – A favor de demandante / RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE – En razón a la sana crítica y la experiencia se tasó en un 30 %

Los gastos operacionales indefectiblemente debían aparecer en la contabilidad registrada por la sociedad mercantil que los causaba, no solo porque así lo imponen las reglas contables, sino porque para efectos probatorios, como ocurre en este caso, solo así podría calcularse el monto real de las erogaciones que conllevaba la explotación de su actividad comercial y así mismo el valor efectivo de su ganancia. Ello se opone a que técnicamente resulte válido admitir que los sufragó una cartera distinta al ente económico que percibió el ingreso y, que por lo tanto, debe reconocerse como utilidad la totalidad del valor reportado como comisión por flete, sin ningún tipo de deducción. Ante esta falencia probatoria, esto es, ante la incertidumbre respecto del valor efectivo de los gastos operacionales, pero ante la certeza de que durante el término de la aprehensión de la motonave se vio frustrada la percepción de la ganancia esperada por el demandante, no queda otro camino que aquel que emprendió el Tribunal de primera instancia al fallar atendiendo a las reglas de la sana crítica y la experiencia y calcular un porcentaje aproximado de utilidad que en el caso se tasó en el 30%, porcentaje cuyo valor no será aumentado, como lo solicita el demandante, por no existir evidencia probatoria que demuestre que, en efecto, la ganancia fue superior a la reconocida, o precedente jurisprudencial que así lo imponga y tampoco será disminuido en cuanto la parte condenada, Fiscalía General de la Nación, si bien presentó recurso de apelación, lo cierto es que no expresó reparo concreto frente a la cuantificación de los perjuicios. En consecuencia, la suma reconocida por concepto de lucro cesante en el fallo de primera instancia en cuantía de \$117'274.560 será actualizada.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS MATERIALES – Daño emergente / DAÑO EMERGENTE – Por honorarios de abogado, y gastos para obtener entrega definitiva de la motonave / PRUEBA DOCUMENTAL – Acredita existencia de prestación de servicios profesionales de abogado pero no se establece cuantía / PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES DE ABOGADO – Debe acreditarse el pago de sus honorarios mediante facturas o pruebas documentales / DAÑO EMERGENTE – Al existir tres sujetos con interés legítimo en la devolución de la motonave, y la incertidumbre sobre quien asumió gastos de honorarios de abogado, se niega su reconocimiento

La Sala observa que de conformidad con las piezas penales obrantes en el plenario, surge con claridad el hecho de que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., otorgó poder al doctor Luis Miguel Moisés Cotes para que adelantara el trámite incidental para obtener la devolución de la motonave aprehendida, circunstancia que sin duda permite desprender que en efecto se ejerció una defensa técnica de sus intereses al interior del proceso penal que seguramente significó el reconocimiento de honorarios al profesional del derecho. Sin embargo, aunque enveces, ante la ausencia de facturas o documentos acreditativos de la cuantía del servicio pagado al abogado pero ante la evidencia de su prestación, esta Corporación ha acudido a las reglas de la equidad para tasar su valor, lo cierto es que este asunto reviste una particularidad que impide dar aplicación a esa práctica.(...) para la fecha de aprehensión del barco, existían cuatro sujetos vinculados jurídicamente con la motonave Amexcaribe I, tres de los cuales intervinieron dentro del proceso penal de la referencia. (...) Así pues existían tres sujetos con interés legítimo que fue manifestado expresamente ante la Fiscalía para obtener la devolución de la nave, al punto que en el caso de Amexcaribe Inc.,

procedió a ratificar el poder inicialmente otorgado por el representante legal de la demandante. La circunstancia anotada genera una incertidumbre respecto de cuál de los sujetos interesados asumió el pago de honorarios al abogados, pues, como se señaló todos tenían interés en que se produjera la entrega de la motonave y todos, de alguna manera, se sirvieron del mandato otorgado por Antonio Bent Archbold, para recuperar su tenencia. En consecuencia y por las razones expuestas la Sala confirmará la decisión apelada en cuanto negó el reconocimiento del daño emergente solicitado por la actora.

AGENTE OFICIOSO – No se cumplieron los requisitos // AGENTE OFICIOSO – No se acreditó calidad de representante legal de la misma, por ello no se reconoce como parte procesal

La Sala coincide en las apreciaciones del libelista en cuanto a que en el plenario se acreditó que la propiedad de la motonave inmovilizada recaía en sociedad R.E Israel & Associates Trading Co. Inc., esa circunstancia no resulta suficiente para otorgar plenos efectos a la agencia oficiosa adelantada en su nombre, pues los requisitos de esta figura procesal no se reunieron en debida forma ya que quien suscribió el poder ratificando la demanda presentada en su nombre por el agente oficioso, no acreditó, como debía, su calidad de representante legal de la agenciada. En otras palabras, aun cuando se encuentra acreditado que R.E Israel & Associates Trading Co. Inc, era la dueña del barco, no así lo está que quien otorgó poder para ratificar lo actuado por el agente oficioso fuera el representante legal de la misma, situación que derivó que aquélla no pudiera ser reconocida como parte dentro del presente proceso. (...) las razones que en su momento llevaron a la Sección Tercera de esta Corporación a confirmar la decisión de declarar terminado el proceso respecto de R.E Israel & Associates Trading Co. Inc, consistentes en que los documentos que acreditaban la calidad de poderdante, que se encontraban en inglés, no fueron acompañados de la respectiva traducción oficial, es una circunstancia que finalmente no fue desvirtuada y que a la fecha permanece intacta, razón por la cual y no existiendo motivos para desconocerla, en esta oportunidad la Sala se estará a lo dispuesto en decisión del 13 de julio de 2000, dictada por la Sección Tercera de esta Corporación a la que se ha hecho alusión. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la agencia oficiosa, consultar sentencia de 19 de julio de 2010, Exp. 38345, MP. Mauricio Fajardo Gómez (E).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E)

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 88001-23-31-000-1998-00005-01(29569)

Actor: IMPORTACIONES MELISSA LIMITADA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL Y OTROS

Referencia: APELACION SENTENCIA- ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la demandada Fiscalía General de la Nación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el veintiocho (28) de octubre dos mil cuatro (2004), mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.-Declarar probada la excepción por falta de legitimación en la causa por pasiva para actuar en el presente proceso como parte demandada de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, Ministerio de Justicia y del Derecho Consejo Superior de la Judicatura.

“SEGUNDO.- Declarar responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación por los perjuicios materiales causados a la sociedad IMPORTACIONES MELISSA LTDA., según lo expuesto en la parte motiva.

“PARAGRAFO. Declarar que la actuación de los llamados en garantía en este proceso con relación a los hechos objeto de declaratoria de responsabilidad, fue exenta de dolo o culpa grave.

“TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración condenar a la Fiscalía General de la Nación al reconocimiento y pago de una indemnización por perjuicios materiales por valor de \$117'2740.560 (CIENTO DIEZ Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS M/CTE) a favor del demandante.

“La entidad responsable dará cumplimiento a lo dispuesto en esta y providencia dentro del término establecido en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

“CUARTO. Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

“No hay condena en costas.

Una vez ejecutoriada esta providencia remítase copia al Ministerio Público para los efectos previstos en el artículo 176 del CCA y archívese el expediente, previas las anotaciones en los libros correspondientes.

“Entréguese al demandante o a su apoderado el remanente de lo consignado para gastos del proceso.”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Mediante demanda presentada el 13 de enero de 1998, por la Sociedad Importaciones Melissa Ltda., por conducto de apoderado, éste último obrando también como agente oficioso de la sociedad R.E. Israel & Associates Trading Company Inc., en disolución, en ejercicio de la acción de reparación directa, se

solicitaron las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1.- La NACION –MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, son solidaria y administrativamente responsables por la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad R.E. ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY INC., con la inmovilización, la injustificada dilación en su devolución, el deterioro total o pérdida absoluta y la falta de productividad de la motonave AMEXCARIBE I, en hechos ocurridos en el archipiélago de San Andrés y Providencia entre los días 20 de marzo de 1993 y 29 de diciembre de 1995,

“1.2.- La NACION –MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, son solidaria y administrativamente responsables por la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad IMPORTACIONES MELISSA LTDA., con la inmovilización, la injustificada dilación en su devolución, el deterioro total o pérdida absoluta y la falta de productividad de la motonave AMEXCARIBE I, en hechos ocurridos en el archipiélago de San Andrés y Providencia entre los días 20 de marzo de 1993 y 29 de diciembre de 1995, traducidos en la pérdida de los ingresos que obtenía en calidad de Agente Marítimo General de dicha motonave y por los gastos en que debió incurrir para obtener su devolución.

“1.3. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, a pagar:

“1.3.1.Perjuicios materiales

A la sociedad R.E. ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, INC:

1.3.1.1. En su manifestación de daño emergente, la totalidad de los daños y perjuicios que le fueron ocasionados con la pérdida de la motonave AMEXCARIBE I.

1.3.1.2. En su manifestación de lucro cesante, las rentas dejadas de producir por la motonave AMEXCARIBE I, durante el período de tiempo comprendido entre el 20 de marzo de 1993 y el 29 de diciembre de 1995.

A la sociedad IMPORTACIONES MELISSA LTDA.

1.1.1.3. En su calidad de Agente Marítimo General de la motonave AMEXCARIBE I, y en su manifestación de lucro cesante, las rentas que dejó de percibir durante el período de tiempo comprendido entre los días 20 de marzo de 1993 y el 29 de diciembre de 1995.

“1.3.1.4. En su manifestación de daño emergente, la totalidad de los gastos que tuvo que sufragar para la contratación de abogados indispensables para representar sus derechos, los de la sociedad a la que representaba en calidad de agente y el incidente de devolución de la motonave de la cual derivaba sus

ingresos, así como los gastos necesarios para los trámites administrativos de devolución y entrega.

“1.3.1.5. Todas las cantidades dinerarias que se dividen de la sentencia condenatoria, deberán pagarse debidamente actualizadas en su poder adquisitivo, desde el momento en que se causaron los perjuicios y hasta el día en que se hagan efectivos dichos pagos.

“1.4. La NACION-MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA y la FISCALIA GENERAL DE LA NACION darán cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos por los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

2. Los hechos.

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. Para el año 1993, la empresa comercial R.E. ISRALE & ASSOCIATES TRADING COMPANY., con domicilio en los Estados Unidos era la propietaria de la embarcación AMEXCARIBE I, con registro No. 01912024, la cual se utilizaba para transportar mercancías entre Miami y San Andrés. Dicha empresa había designado a la sociedad IMPORTACIONES MELISSA LTDA., como su agente general marítimo para la Isla de san Andrés.

2.2. El 16 de marzo de 1993 la motonave AMEXCARIBE I atracó en el puerto de San Andrés, en donde, según se indica en la demanda, dos de sus marinos desembarcaron y realizaron gestiones sospechosas en torno a la mercancía transportada, relacionadas con tráfico de narcóticos, cuestión que obligó al capitán del barco a despedirlos y a solicitar a la Policía Nacional que realizara una requisa de la nave.

2.3. El 20 de marzo de 1993, una vez agotados los requisitos para zarpar, miembros adscritos al Comando de Policía de San Andrés se trasladaron a la embarcación para practicar la requisa solicitada. En esa oportunidad hallaron 13 paquetes de cocaína, motivo por el cual la Policía dispuso la inmovilización de la nave.

2.4. La aprehensión de la embarcación se formalizó través de oficio No. 005 del 20 de marzo de 1993, suscrito por el Jefe de la Unidad Investigativa de la Policía de San Andrés; dicho documento se envió a la Fiscalía Regional de Barranquilla, autoridad que avocó el conocimiento del asunto el 31 de marzo de 1993.

2.5. Mediante oficio No. 053 del 20 de marzo de 1993 la Dirección Nacional Antinarcóticos de la Policía de San Andrés puso a disposición de la Unidad Investigativa Regional de la Policía Judicial de San Andrés, el barco AMEXCARIBE I.

2.6. El 11 de mayo de 1993, la Fiscalía Regional de Barranquilla profirió la resolución de apertura de instrucción y dispuso el traslado del navío al sitio que señalara la Capitanía del Puerto, advirtiendo que la misma permanecería a disposición del ente instructor y bajo la custodia y vigilancia de la Policía Nacional.

2.7. El 28 de febrero de 1994, la Fiscalía Regional de Barranquilla dictó medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de todos los miembros de la tripulación de la nave AMEXCARIBE I.

2.8. Se sostiene en el libelo introductor, que no obstante que desde el mes de marzo de 1993 el agente general marítimo, Importaciones Melissa Ltda., solicitó la devolución de la embarcación, dicha petición solo vino a ser resuelta más de dos años después, el 29 de diciembre de 1995.

2.9. En el entretanto, el 19 de julio de 1995 la Capitanía de Puerto de San Andrés solicitó a la Fiscalía Regional de Barranquilla que tomara acción urgente respecto de la motonave por cuanto la misma se encontraba deshabitada y encallada sin ningún tipo de seguridad y presentaba riesgos de hundimiento.

2.10. El 21 de julio de 1995, la Fiscalía Regional Delegada de Sana Andrés informó a su homóloga de Barranquilla acerca de los hallazgos de la inspección ocular practicada sobre la aeronave retenida, advirtiendo que se estaba hundiendo de costado, por lo que se requería con urgencia realizar las labores tendientes a evitar su inmersión.

2.11. El 21 de julio de 1995 la Capitanía de Puerto, en compañía del Comando Especifico de San Andrés llevó a cabo la maniobra de adrizamiento del navío y dejó constancia que la responsabilidad de solucionar el asunto correspondía a la Administración Portuaria y al Fiscalía Regional a cuyas órdenes se encontraba inmovilizado.

2.12. Igualmente, el Comando Específico dejó constancia de que, no obstante haberse superado el riesgo de hundimiento, la motonave no tenía capacidad para moverse por sus propios medios, ni para generar energía ya que sus motores habían estado largo tiempo en el agua y tampoco tenía capacidad para recobrar sus anclas.

2.13. El 17 de agosto de 1995, la Fiscalía Regional de Barranquilla resolvió el incidente de devolución de la motonave, advirtiendo para el efecto que como hasta ese momento no había sido posible establecer la relación causal entre el hallazgo de estupefacientes en el bote y los dueños de la embarcación, debía ordenarse su entrega.

2.14. Dicha decisión fue confirmada en proveído del 26 de diciembre de 1995, tras surtir el grado de consulta ante la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional.

2.15. La devolución material y efectiva de la motonave a la sociedad Importaciones Melissa Ltda., se llevó a cabo el 29 de diciembre de 1995. En dicha diligencia, la demandante dejó constancia de que la embarcación no se encontraba en condiciones de navegabilidad, además de haber sido saqueada. Esas apreciaciones fueron corroboradas más adelante por peritos de la Capitanía de Puertos.

2.16. Posteriormente, el 21 de abril de 1996, cuando la embarcación se encontraba bajo la custodia de Importaciones Melissa, sufrió un incendio que, según se expresa en la demanda, ha podido ser controlado por el cuerpo de San Andrés y que agravó el estado de deterioro en que fue entregada la motonave.

2.17. Lo que quedó de la motonave fue vendido como chatarra a la Siderúrgica de Boyacá por la suma de US\$80'000.00.

2.18. Como consecuencia de lo narrado, la patente provisional de navegación de Amexcaribe I, no pudo adquirir el carácter de permanente por cuanto para la fecha de su expiración la motonave se encontraba retenida a órdenes de la Fiscalía.

2.19. La sociedad Importaciones Melissa Ltda., sufrió graves perjuicios como consecuencia de la aprehensión de la motonave, pues su explotación económica, como agente general de la misma se vio frustrada por su inmovilización.

3. Fundamentos de derecho.

La parte demandante adujo que en el caso se había configurado la responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia.

En efecto, adujo que en el caso se había violado expresamente la ley que mandaba que en el evento de que el aviso de comisión de un delito de narcotráfico o conexos, proviniera de las autoridades de la embarcación, no procedía el decomiso o retención de la misma.

Igualmente señaló que se había transgredido el ordenamiento en cuanto la Fiscalía Regional de Barranquilla no puso a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes la motonave inmovilizada, como era su obligación, omisión con la cual privó tanto a la sociedad propietaria como a su agente general marítimo de ejercer las acciones pertinentes ante dicho organismo.

Adujo que el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Fiscalía General de la Nación habían incurrido en una dilación injustificada en el trámite del incidente de devolución del navío.

Advirtió también que la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional omitió la debida vigilancia y custodia de la motonave, debido a que los permanentes saqueos de que fue objeto se produjeron cuando se encontraba fondeada en sus dependencias.

Consideró que todos los perjuicios cuya reparación se reclamaba resultaban atribuibles a la Nación – Consejo Superior de la Judicatura por cuanto los daños ocurrieron en el marco de la actividad jurisdiccional del Estado.

4. Actuación procesal.

4.1. El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina inadmitió la demanda por auto del 23 de enero 1998, con el fin de que se realizara una estimación individualizada de la cuantía de sus pretensiones (folio 127 del cuaderno uno).

4.2. Cumplido lo anterior en el término concedido, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina mediante providencia del 20 de febrero de 1998, admitió la demanda.

4.3. En proveído del 5 de octubre de 2000 se ordenó la apertura y práctica de pruebas (folios 438-440 cuaderno uno).

4.4. Por auto del 3 de noviembre de 2000 se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del decreto de pruebas por no haber proveído previamente sobre el llamamiento en garantía formulado por la Fiscalía General de la Nación.

4.5. Por auto del 23 de noviembre de 2000 se aceptó el llamamiento en garantía formulado por el organismo instructor.

4.6. En providencia del 24 de septiembre de 2003, se abrió nuevamente la etapa probatoria.

5. Contestación de la demanda

Nación – Ministerio de Defensa.

La entidad demandada, por conducto de apoderado, contestó la demanda dentro del término de Ley.

En primer lugar, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que carecían de fundamento legal, a lo cual sumó que existía falta de legitimación en la causa por activa y que los elementos probatorios existentes al momento demostraban que la Armada Nacional no había tenido participación alguna en los hechos materia de debate.

Como razones de la defensa expuso que ni en el proceso penal, ni las autoridades policivas, ni la Armada Nacional impidieron al agente marítimo de la motonave Amexcaribe I, ni a su capitán, ni a su tripulación que permanecieran a bordo con el objeto de atender su mantenimiento y la seguridad de sus equipos. Al respecto explicó que los buques de alto bordo, dadas sus particularidades, son asimilados en el Código de Comercio a un inmueble, al se le brinda un tratamiento especial. En ese sentido, manifestó que desde que una embarcación es arrojada al agua,

debe permanecer tripulada en todo momento, aun estando en tierra y, sólo hasta que se produzca un naufragio, el capitán será el último en abandonarla.

Con base en lo anotado, cuestionó que la agencia marítima no tuviera la más mínima precaución en la atención y cuidado de la nave y hubiese dejado de contratar los servicios de una agencia de seguridad privada o de una compañía especializada en mantenimiento de buques para que se hiciera cargo de la motonave inmovilizada.

Por último, formuló las excepciones de:

Inepta demanda por falta de legitimación en la causa por activa. Al respecto indicó que el único legitimado para reclamar perjuicios materiales o morales causados por el deterioro de una motonave es su propietario o armador, condiciones no se encontraba debidamente acreditada en el proceso por quien demandaba.

Indebida representación de la parte demandante. Sostuvo que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., en su calidad de agente marítima, carecía de facultades para otorgar poder para instaurar la presente demanda, pues tal facultad recaía de manera exclusiva en el propietario de la embarcación, dado que las relaciones entre el agente marítimo y el dueño de la motonave eran exclusivamente comerciales y no trascendían al campo de la representación judicial.

Caducidad de la acción.

Como sustento del medio del exceptivo afirmó que la motonave fue inmovilizada por las autoridades de policía en marzo de 1993, mientras que la demanda se presentó en enero de 1998, circunstancia que claramente indicaba que la demanda se interpuso vencidos los dos años de caducidad de la acción.

Ministerio de Justicia y del Derecho.

El ente ministerial demandado señaló que la Fiscalía Regional de Barranquilla no hizo cosa distinta a dar cumplimiento a lo ordenado por el Decreto 1856 del 18 de agosto de 1989, por el cual se toman medidas encaminadas al restablecimiento del orden público y en el que se establece el deber de decomisar bienes utilizados para la comisión de delitos de narcotráfico y conexos.

Precisó que los agentes de la autoridad cuestionada, no obraron con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, ya que al decretar el decomiso de la motonave, estuvieron motivados por el deber de investigar las infracciones a la ley penal para descubrir sus posibles autores o partícipes.

Añadió que la Fiscalía no incurrió en falla del servicio de administración de justicia en cuanto obró conforme los mandatos de los artículos 63 y 64 del Código de Procedimiento Penal.

Agregó además que en los hechos materia del debate no existió participación alguna de agentes del Ministerio de Justicia y del Derecho, cuestión que imponía su absolución de responsabilidad. Con sustento en dicho razonamiento, formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, pues su representada no era órgano integrante de la Rama Judicial, siendo ésta representada por su Director Ejecutivo de Administración Judicial, sino de la rama ejecutiva del poder público.

Rama Judicial.

La entidad accionada allegó escrito de contestación de manera oportuna. En esa oportunidad sostuvo que la actuación de la Fiscalía acató los preceptos de orden constitucional y legal y, en tal virtud, no podía tildarse de antijurídica. Replicó que el interesado debió presentar los recursos pertinentes dentro del procedimiento de retención de la motonave, ya que la inactividad observada genera negligencia del demandante, lo que a su turno conduce a ausencia de culpa de la demandada.

Propuso las siguientes excepciones:

Falta de legitimación en la causa por activa. En este punto adujo que la persona que había otorgado poder por parte de la empresa R.E. ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY INC, no era su representante legal.

Caducidad de la acción.

Alegó que el término desde el cual debía contarse la caducidad de la acción correspondía a aquel en que se había producido la entrega de la embarcación, hecho que ocurrió el 29 de diciembre de 1995. No obstante la demanda se

presentó el 13 de enero de 1998, fecha en que la acción ya se encontraba caducada.

Fiscalía General de la Nación.

El ente instructor, mediante escrito aportado en el término de ley, se opuso a las pretensiones de la demanda.

En su defensa argumentó que la inmovilización del barco AMEXCARIBE I, el inicio inmediato de las investigaciones preliminares por parte de la Fiscalía Seccional de San Andrés y la devolución de la motonave a su propietario por parte de la Fiscalía, constituían la expresión de una competencia legalmente atribuida a esta entidad demandada.

Así mismo, afirmó que si bien la embarcación permaneció inmovilizada a disposición de la Fiscalía Regional de Barranquilla, ello no obsta para concluir que la vigilancia y custodia de la motonave durante el período de su retención correspondía a la Policía Nacional y no al órgano instructor.

De otro lado, sostuvo que la Fiscalía General de la Nación solo habría podido ser llamada al proceso cuando quiera que se encontrara en discusión la ocurrencia de daños derivados del ejercicio de su función administrativa, lo cual en el caso no ocurrió.

Por último, llamó en garantía a los doctores Maria Teresa Araujo Caldero, Fiscal Regional de la Dirección Regional de Fiscalías de Barranquilla, Fanny Esther Oñoro de Tapias, Fiscal Delegada ante Jueces Regionales, Ana Isabel Torres de Larios, Fiscal Delegada ante Jueces Regionales, Tesalio Pérez Pacheco, Fiscal Delegado ante Jueces Regionales, Luz Marina Duarte Ayala, Fiscal Delegada ante Jueces Regionales y Josefina del Socorro Congote de Llanos, Fiscal Delegada ante Jueces Regionales.

Contestación del llamamiento en garantía.

Fanny Esther Oñoro de Tapias.

La llamada en garantía contestó oportunamente, advirtiendo que no existió falla del servicio, por cuanto las decisiones adoptadas se enmarcaron dentro de los

parámetros legales preestablecidos; prueba de ello es que nunca había sido sancionada disciplinariamente, pues el cumplimiento de sus funciones se había ajustado al orden jurídico.

Coadyuvó las razones de defensa esgrimidas por la Fiscalía en cuanto explicó que el desconocimiento de la ley penal en el sentido de disponer la entrega inmediata y anticipada de la embarcación, en efecto, le habría acarreado consecuencias desfavorables tanto penales como disciplinarias.

Luz Marina Duarte Ayala.

La doctora Duarte Ayala, dentro del término de ley, se opuso a las pretensiones y fundamentos fácticos de la demanda.

Sostuvo que tomó posesión del cargo de Fiscal Regional Delegada el 20 de septiembre de 1994, cargo que ocupó hasta el 31 de octubre de 1996. Agregó también que por razones de seguridad la Fiscalía rotaba permanentemente a los Fiscales Delegados.

Señaló que el proceso radicado bajo el número 3516 le fue asignado el 17 de mayo de 1995 y el 5 de junio del mismo, fue reasignado a otro fiscal, por cambios de unidad. De lo anterior concluyó que el proceso estuvo bajo su conocimiento menos de 20 días calendario, lo que sumado al cúmulo de asuntos que estaban en su despacho, derivaba la imposibilidad de tomar una decisión definitiva en tan corto plazo.

Maria Teresa Araujo Calderón.

Como fundamento de su defensa manifestó que la Ley 678 del 2001, fue posterior a la fecha de los hechos por lo que no resultaría procedente aplicarla en lo desfavorable para el llamado en garantía.

A renglón seguido precisó que su única actuación en el proceso penal, en cuyo trámite se inmovilizó la motonave AMEXCARIBE I, radicó en proferir la Resolución del 31 de marzo de 1993 por la cual se avocó el conocimiento del asunto, actuación que, según afirma, no contrarió en lo absoluto las normas legales y reglamentarias que gobernaban dicho procedimiento y por lo tanto, no se reúnen eventos configurativos de culpa grave o dolo.

Josefina Congote de Llanos.

Mediante escrito allegado en oportunidad legal, la doctora Congote se refirió a los hechos de la demanda explicando que se había desempeñado como Fiscal Regional de Barranquilla desde el 1 de julio de 1994 hasta 12 de febrero de 1998 y que el proceso de marras le había sido asignado por primera vez el 5 de junio de 1995, cuando se ya se había iniciado el incidente orientado a obtener la restitución de la nave.

A lo expuesto agregó que a través de providencia del 17 de agosto de 1995, dos meses después de haber recibido el proceso, resolvió el mencionado incidente, en el sentido de ordenar la devolución definitiva de la embarcación, por lo tanto, en modo alguno le resultaba atribuible la tardanza en la entrega del navío, máxime cuando la decisión debió ser consultada, tal y como lo disponía la ley penal.

Añadió también que la motonave AMEXCARBE I, no gozaba de la exclusión de decomiso a que hace referencia el artículo 18 del Decreto 1146/90 por cuanto tal exención se aplicaba únicamente a naves destinadas al servicio público, supuesto que en el caso no se configuraba.

Por último, los llamados en garantía Tesalio Pérez Pacheco y Ana Isabel Torres de Larios, pese a encontrarse notificados de la decisión que ordenó su citación al proceso, no allegaron escrito de oposición.

6. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

En auto del 16 de marzo de 2004, el Tribunal *a quo* ordenó dar traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran sus respectivos alegatos de conclusión y rindiera concepto (folio 2693 del cuaderno uno).

En el término concedido, las entidades demandadas Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación allegaron sus respectivos escritos de alegaciones en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades procesales precedentes.

La parte actora y las demandadas Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Defensa guardaron silencio.

Por su parte, el agente del Ministerio Público rindió concepto en el cual solicitó exonerar de toda responsabilidad a las entidades demandadas. Al respecto indicó que del acervo probatorio no se observaba que se hubiese incurrido en fallas procedimentales o sustanciales que permitieran calificar como errada la actuación de la Fiscalía General de la Nación. Igualmente consideró que la actuación de los llamados en garantía no fue arbitraria o contraria a derecho.

7. La sentencia impugnada.

El Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina profirió sentencia el día 28 de octubre de 2004 a través de la cual resolvió el litigio (folios 756-789 del cuaderno principal), en los términos que fueron transcritos al inicio de esta providencia.

Las razones de su decisión fueron expuestas en el siguiente orden:

Al abordar el estudio del caso, se pronunció frente al medio exceptivo de caducidad de acción, aspecto en relación con el cual indicó que la retención de la motonave se prolongó hasta el 29 de diciembre de 1995, fecha en que se produjo su devolución material. Bajo ese entendimiento, precisó que el término para demandar vencía el 29 de diciembre 1997, día que por corresponder a vacancia judicial debía correrse hasta el siguiente día hábil, que en el caso fue el 13 de enero de 1998, fecha en que efectivamente se presentó la demanda.

Siguiendo el recorrido analítico de los presupuestos procesales, consideró que la demandante, Importaciones Melissa Ltda., estaba legitimada en la causa por activa, por cuanto su reclamación no estribaba en el reconocimiento de los perjuicios causados por el deterioro de la motonave, sino en las rentas dejadas de percibir durante su retención y los gastos en que tuvo que incurrir por honorarios de abogados para obtener su devolución y entrega. Además, adujo que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., acreditó ser la agente general de la propietaria de la nave .R. ISAEEL ASSOCIATE & TRADING COMPANY INC., y que así mismo había contratado los servicios del agente marítimo Rodolfo Gallardo.

En cuanto a la sociedad extranjera R.E ISAEEL ASSOCIATE & TRADING COMPANY INC., que en un principio compareció a juicio como demandante a través de la agencia oficiosa, de conformidad con lo dispuesto en la providencia

del 29 de abril de 1999, dejó de parte procesal y, por lo tanto, sus pretensiones no podían ser objeto de pronunciamiento.

Seguidamente examinó lo concerniente a la legitimación en la causa por pasiva de cada una de las entidades demandadas. En este punto advirtió que ni el Ministerio de la Justicia y el Derecho, ni la Rama Judicial se encontraban legitimadas para integrar el extremo pasivo de la litis, habida consideración de que la Fiscalía General de la Nación, entidad a cuyo cargo se hallaba la motonave aprehendida, gozaba de personería y autonomía administrativa y presupuestal, lo que de suyo la facultaba para comparecer por si misma a juicio, sin necesidad de que en su nombre interviniera alguna otra autoridad del poder público.

En cuanto a la responsabilidad que se atribuía al Ministerio de Defensa – Armada Nacional, anotó que su participación consistió únicamente en disponer el traslado de la motonave a un sitio adecuado y facilitar la práctica de los informes periciales ordenados en cumplimiento de las decisiones judiciales, actuación que de ninguna manera podía generar responsabilidad por la demora en la entrega de la nave. Con sustento en ello concluyó que no había lugar a declarar la responsabilidad de esta entidad por los hechos de esta litis.

Descendiendo al asunto de fondo, consideró que el problema jurídico que se imponía resolver consistía en determinar si había lugar a declarar la responsabilidad del Estado por el daño antijurídico causado a la sociedad demandante, generado por el retardo injustificado en la entrega de la motonave retenida por la Policía Nacional por tráfico de estupefacientes y puesta a disposición de la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

Luego de realizar un breve recuento probatorio, advirtió que se encontraba acreditado que la motonave Amexcaribe I fue retenida en marzo de 1993 por la Policía Nacional, como resultado de una inspección solicitada por el capitán de la nave, en la cual se encontraron paquetes con cocaína. El interesado solicitó en diversas oportunidades la devolución de la motonave y transcurridos dos años y nueve meses, en diciembre de 1995, finalmente le fue autorizada su entrega. Así mismo, advirtió que por estar expuesta al sol y agua y sin vigilancia ni mantenimiento alguno durante ese lapso, la embarcación perdió su navegabilidad y fue vendida por chatarra.

Señaló que, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 2272 de 1991, el hallazgo de estupefacientes en una nave destinada al servicio público, por aviso o información de su capitán, propietario, agente marítimo o empleado responsable, no daría lugar al decomiso de la misma. En ese sentido indicó que aun cuando la Fiscalía no había dispuesto propiamente el decomiso de la embarcación, en todo caso la misma había permanecido a su disposición por más de dos años sufriendo un marcado deterioro, con lo cual resultaba claro que la finalidad de la norma en cita, consistente en que el medio de transporte pudiera continuar cumpliendo sus operaciones e itinerarios, no se cumplió puesto que la nave quedó a órdenes de la Fiscalía en espera de que se ordenara su devolución y entrega.

Agregó que aun cuando, al parecer, la prolongada retención de la motonave obedecía a la existencia de dos agentes marítimos que la reclamaban, ello finalmente no justificó la tardanza en la entrega, pues la decisión que resolvió el incidente y que ordenó su devolución, además de no enunciar normas en las cuales basaba sus consideraciones, no realizó análisis alguno en cuanto a la legitimidad del representante de Importaciones Melissa Ltda. para su reclamo, cuestión en virtud de la cual el *quo* concluyó que la Fiscalía en forma implícita le dio validez a la documentación allegada desde un principio por el interesado para acreditar su personería para actuar.

En ese sentido sostuvo que, ante la ausencia de sustento jurídico de las decisiones adoptadas, resultaba imposible vislumbrar cuál fue la interpretación institucional u oficial que dispensó la Fiscalía a la normatividad aplicable al caso concreto.

El Tribunal *a quo* también echó de menos el cumplimiento por parte de la Fiscalía de lo dispuesto en los artículos 339 del Código de Procedimiento Penal y 47 de la Ley 30 de 1986, en cuya virtud disponían la obligatoria de levantar un acta de inventario de la nave cuya copia se enviaría a la Dirección Nacional de Estupefacientes y el deber de poner los bienes aprehendidos a disposición del Consejo Nacional de Estupefacientes para su posterior asignación provisional. El incumplimiento de estas normas, en criterio del *a quo*, se tradujo en que la embarcación permaneció a disposición de la Fiscalía por dos años sin justificación normativa alguna que convalidara dicha situación.

Otra de las circunstancias que, en criterio del *a quo*, determinó la tardanza en la

entrega del navío, estribó en que el asunto fue repartido en seis ocasiones a funcionarios distintos, que, en entre otros aspectos, en ninguno de los casos tenían domicilio en San Andrés, donde se encontraba la motonave, situación que motivó también la demora en la definición del incidente, pues en todos los casos se requirió que los funcionarios reabordaran el estudio de los antecedentes y pruebas del expediente.

En relación con el daño precisó que el mismo se concretó en la pérdida de los ingresos del demandante, en calidad de agente comercial de la motonave, en la cuantía demostrada a través del dictamen pericial practicado en el proceso y también en los gastos en que debió incurrir para su recuperación.

En cuanto al llamamiento en garantía señaló que para endilgar responsabilidad a los citados fiscales se requería prueba del dolo o de la culpa grave. Sin embargo, al elevar el llamamiento no se concretó la causa del mismo en la actuación dolosa o gravemente culposa de los agentes.

Retomando el aspecto relativo a la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, concluyó:

(se transcribe tal cual se halla en el expediente)

“Así pues, para la Sala el centro de imputación de responsabilidad en el caso está litis es atribuible al sistema general en abstracto, puesto que como antes se indicó, la demora en adoptar la decisión tuvo como causa los diversos repartos a que fue sometido el expediente y la lejanía del lugar de los hechos del (los) funcionario (s) que debía (n) adoptar la decisión, así como la obligatoriedad dispuesta por la ley de tramitar el grado de consulta hasta su ejecutoria. Motivos todos estos distintos al eventual dolo o culpa de los seis funcionarios a quienes les fue repartido el caso, que evidencian la injustificada tardanza en el trámite de la devolución y entrega de la motonave al solicitante, como en últimas se llevó a cabo.”

Al adentrarse al respectivo acápite de la indemnización de perjuicios, el a quo decidió negar el reconocimiento del daño emergente solicitado por el demandante, materializado en las sumas de dinero pagadas al abogado que ejerció la defensa de sus intereses dentro del proceso penal en el cual se dispuso la retención de la motonave, por cuanto no se allegó prueba alguna de que efectivamente se hubiese efectuado dicha erogación.

En lo atinente al lucro cesante consideró que, de conformidad con la pericia, se encontraba demostrada la pérdida de oportunidad que sufrió el agente comercial de la motonave por causa de su retención, ya que, según se demostró, no existían motivos ciertos para descartar la posibilidad de que de no haber sido por la aprehensión, la actividad de su agenciamiento habría continuado siendo explotada por el demandante.

Como base de liquidación del lucro cesante el Tribunal tuvo en cuenta el valor de las comisiones recibidas por fletes, percibidas por el demandante durante los nueve viajes que realizó la motonave en la ruta Miami – San Andrés en los seis meses anteriores a la fecha de su retención, a arzón de US\$28.919, los cuales dividió en seis meses, para obtener el respectivo promedio mensual del valor de la comisión por flete. Sobre dicha suma, calculó el 30% correspondiente al valor de la utilidad que se obtiene en cualquier clase de negocio económicamente viable, después de la deducción de los costos y gastos operacionales. Una vez obtenido el promedio mensual, lo multiplicó por los 32 meses que duró la inmovilización del rodante. Realizada dicha operación, actualizó la suma respectiva con el valor de la tasa representativa del dólar a la fecha de la sentencia. Todo lo anterior arrojó un total de \$117.274.560.

8. El recurso de apelación.

La parte actora.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia. En primer lugar desarrolló sus argumentos de inconformidad en torno a la ausencia de reconocimiento del daño emergente, punto en relación con el cual advirtió que, no obstante no obrar en el expediente el contrato de prestación de servicios o facturas que dieran cuenta del pago de los honorarios correspondientes al abogado que adelantó la defensa técnica de sus intereses, en todo caso era de inferirse que la sociedad demandante contrató los servicios de un abogado, sin que existiera indicio del cual desprender que dicha gestión se llevó a cabo de manera gratuita. En ese sentido, solicitó que, en aplicación de la máxima de la experiencia y las reglas de la sana crítica, se ordenara el pago de dicho perjuicio.

De otro lado, censuró la cuantía en que se reconoció el lucro cesante sufrido por la sociedad, pues consideró que el 30%, determinado como valor de la utilidad,

era inferior al margen de utilidad reconocido jurisprudencialmente. A ello añadió que el valor de los fletes correspondía a la ganancia neta y que los gastos operacionales de agenciamiento eran asumidos por el representante legal de la sociedad, en su condición de persona natural.

Por otro parte, cuestionó el hecho de que la sentencia no se hubiese pronunciado frente a las pretensiones formuladas por la compañía R.E. ISAREL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, INC. EN DISOLUCION, y que al respecto se hubiera acogido el pronunciamiento que dictó el Consejo de Estado, en segunda instancia, mediante el cual confirmó, en su sentir, indebidamente, la providencia en la que se dió por terminado el proceso respecto de dicha sociedad.

En relación con este aspecto consideró que en el expediente se encontraba acreditada la condición de propietaria que ostentaba la compañía R.E. ISAREL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, INC. EN DISOLUCION sobre la motonave materia de retención y, por lo tanto, cumplía con los requisitos para ser parte en este proceso. Consideró que la decisión de dar por terminada la actuación en nombre de aquella era ilegal y, en tal medida, dicha determinación no ataba al juez.

Fiscalía General de la Nación.

La entidad condenada presentó impugnación contra el fallo de primera instancia, cuestionando, esencialmente, el reconocimiento de perjuicios en favor de la sociedad Importaciones Melissa Ltda., pues, entendió que dada su calidad de agente general de Amexcaribe Inc., encargada de atender los viajes de la nave, no resultaba viable reconocer lucro cesante por el tiempo en que duró la aprehensión del navío. Sobre el particular, sostuvo que la suerte de lo accesorio debía seguir la suerte de lo principal, a tal punto que si la dueña de la embarcación no fue reconocida en el proceso como parte, mal haría en ordenarse el pago de perjuicios a la sociedad Importaciones Melissa Ltda., que decía actuar en nombre de aquélla.

Señaló que, de las pruebas obrantes en el plenario, se evidenciaba que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., era agente marítimo de la empresa AMEXCARIBE INC, mas no de R.E. ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, INC, verdadera propietaria de la embarcación.

A renglón seguido, el apelante sostuvo que también se demostró que la empresa R.E. ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, INC, era la propietaria de la embarcación, cuyo representante era Jay Hagar, pero en ninguna parte se prueba que la empresa AMEXCARIBE INC, fuera la propietaria de la embarcación.

De otro lado advirtió que el Tribunal tuvo por probado que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., contrató los servicios del agente marítimo Rodolfo Gallardo, sin que en el expediente obrara prueba de dicho negocio jurídico.

Por otra parte, señaló que el Tribunal incurrió en error al afirmar que en el trámite incidental existió una tardanza injustificada si se tiene en consideración que de las piezas del proceso penal, por el contrario, se evidencia que existió permanente impulso procesal y se practicaron todas las pruebas solicitadas con el fin de establecer los hechos.

Añadió que el trámite del proceso fue dispendioso por el volumen del mismo y, por tanto, las decisiones debían adoptarse con detenimiento. A esto sumó que aparecieron dos agentes marítimos reclamando la devolución de la motonave, situación que debió ser aclarada.

En ese sentido afirmó que, si en gracia de discusión se aceptara que existió mora, tal circunstancia no podía tildarse de injustificada, pues todas las decisiones proferidas por la Fiscalía se encuadraron dentro del marco legal.

También indicó que el Tribunal se contradecía al afirmar que no existió culpa grave o dolo de los llamados en garantía y al tiempo sostener que existió una tardanza injustificada en el trámite de la devolución de la embarcación.

Por último, señaló que el daño supuestamente causado no fue antijurídico en la medida en que el barco fue hallado con cocaína, hecho que motivó su legal aprehensión.

9. Actuación en segunda instancia.

9.1. En providencia del 25 de mayo de 2005, la Sección de esta Corporación concedió a los recurrentes el término de tres (3) días para que sustentaran el recurso de alzada.

9.2. Mediante auto del 6 de diciembre de 2005, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación impetrado por las partes.

9.3. En providencia del 7 de febrero de 2006 se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. En el término concedido las recurrentes allegaron sus respectivos escritos de alegaciones en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en oportunidades anteriores.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

Cuestión Previa:

La Sala advierte que la sentencia de primera instancia fue apelada por ambas partes, esto es, por la sociedad demandante y por la Fiscalía General de la Nación, entidad que resultó condenada en primera instancia. Sin embargo, de la revisión de los argumentos de los recursos presentados por las mencionadas, no se evidencia censura alguna en relación con la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva de las demás entidades que integraron el extremo pasivo de la litis, esto es, de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, Ministerio de Justicia y del Derecho y Rama Judicial. En consecuencia, la Sala no se referirá a la responsabilidad que en un inicio, se endilgó a las mencionadas, por no constituir materia de discrepancia entre los recurrentes.

1. Competencia del Consejo de Estado.

La Sala advierte que en el presente asunto no se analizará la cuantía del proceso a efectos de determinar la competencia de esta Corporación, toda vez que la Ley 270 de 1996 al desarrollar la responsabilidad del Estado en los eventos de i) error jurisdiccional, ii) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y iii) privación injusta de la libertad, fijó la competencia para conocer de tales temas en esta Jurisdicción a través de los Tribunales Administrativos en primera instancia y el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración de la cuantía¹.

¹ Al respecto se pueden consultar las siguientes providencias: Auto del 9 de septiembre de 2008, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; auto del 21 de octubre de 2009 Exp. 37.323, Sección Tercera.

Siguiendo esa línea, esta Corporación es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, debido a que la demanda se fundamentó en uno de los títulos de imputación previstos en la Ley 270 de 1996, consistente en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

2. El ejercicio oportuno de la acción.

Evidencia la Sala que la inmovilización de la motonave Amexcaribe, hecho generador del daño- materializada en el marco del proceso penal en cuyo desarrollo se alega la existencia de anomalías constitutivas de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se prolongó hasta el 29 de diciembre de 1995, fecha en que se efectuó su entrega a la sociedad demandante, en tanto que la demanda que dio origen a este asunto se presentó el 13 de enero de 1998, primer día hábil de ese año, cuestión que permite concluir que la acción se ejerció dentro del término de caducidad de dos años.

2. Medios probatorios.

2.1. Documentales.

2.1.1. Acta de artículos de incorporación de R.E. ISREAL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, INC. (fls. 3-11 c1).

2.1.2. Certificado de existencia y representación de la sociedad Importaciones Melissa Ltda. (fl. 38-40 c1).

2.1.3. Oficio del 25 de julio de 1992 por el cual, Raúl E. Israel, presidente de Amexcaribe Inc., informó a la sociedad Importaciones Melissa Ltda., que la había nombrado agente general de Amexcaribe Inc., para San Andrés Islas, con el fin de que atendiera sus naves para un buen funcionamiento de la línea Miami/San Andrés/Miami (fl. 273 c1).

2.1.9. Registro de Marina Mercante Internacional – Patente Provisional de Navegación de Amexcaribe I cuyo propietario era R.E. Israel & Associates Trading Company (fl. 274-276 c1).

Prueba Traslada.

A continuación se relacionan las piezas procesales correspondientes al proceso penal No. 3516, solicitada como prueba por la parte actora dentro del respectivo acápite de la demanda y coadyuvadas por la Fiscalía como prueba dentro de su escrito de contestación de los respectivos llamamientos en garantía. Dichos documentos fueron remitidos a la presente causa por la Fiscalía Delegada ante Jueces Penales de San Andrés mediante oficio 428 del 16 de agosto de 2001 (fl. 604 c1).

2.1.10. Oficio del 20 de marzo de 1993 por el cual la SIJIN – DEPARTAMENTO DE POLICIA DE SAN ADNDRES informó a la Dirección Regional de Fiscalías de Barranquilla acerca del inicio oficioso de las investigación previa pro le delito de violación a la Ley 30 de 1930, con base en el oficio del 20 de marzo del mismo año suscrito por el Comandante de la Compañía Antinarcóticos de San Andrés, en el que dio cuenta del registro a la motonave Amexcaribe I , anclada en el muelle departamental de San Andrés, en cuyo interior fueron hallados 13 paquetes de cocaína. Así mismo dejaron a disposición de esa dirección la Motonave, ubicada en aguas de Sana Andrés para que se resolviera (fls. 1-4 c2).

2.1.11. Acta de registro e inmovilización de la motonave Amexcaribe I llevada a cabo el 20 de marzo de 1993 (fls. 19-20 c2).

2.1.12. Declaración juramentada rendida ante la Fiscalía el 23 de marzo de 1993, por el capitán de la embarcación AMEXCARIBE I, ROY DOUGLAS HODGSON HODGSON (fl. 36-35 c2):

“... el día 16 de marzo arribamos al puerto de San Andrés, llegamos a las 13.00 del tarde, nos fondeamos en la parte de afuera por aproximadamente 45 minutos y posteriormente como a las 6 o 6 y 45 empezamos a atracar en este puerto, empezamos a descargar y se continuó esta labor hasta el día siguiente, o sea el miércoles, después me llamó el señor ANTONO BENT representante de la compañía AMEXCARIBE en esta ciudad y me dijo que el sospechaba de un aceitero de nombre JOSE PUELLO que parecía que está embarcando droga, como yo tengo órdenes expresas por parte de la empresa que en estos casos tengo que despedir al marino procedía despedirlo el día 18 después de liquidarlo, luego empece (sic) a notar un poco sospechoso al contraamaestre de nombre HILARIO VARGAS y también lo despedí al día siguiente por sospecha que se la pasaba saliendo y entrando del barco y lo veía con un tipo de aspecto raro, luego informé de estos despidos al representante de la agencia y la agencia me ordenó que solicitara una inspección por parte de las autoridades al barco y fue así como

la Policía llegó una hora antes de zarpar para el puerto de Miami y me llamaron y me notificaron que iban a registrar el barco solicitándome que los acompañara.”

2.1.13 Memorial presentado el 25 de marzo de 1993 ante la Fiscalía Regional de Barranquilla, por el señor Antonio Bent Archbol, representante legal de la sociedad Importaciones Melissa, en condición de agente general de Amexcaribe Inc., por el cual solicitó la devolución del buque Amexcaribe I, propiedad de su agenciado. Dicha petición estuvo acompañada por el certificado de existencia y representación de Importaciones Melissa Ltda. y por el documento del 25 de julio de 1992 por el cual AMEXCARIBE Inc. nombró a dicha sociedad como su agente general en el territorio de San Andrés, Islas (fl. 7 c11).

2.1.14. Escrito del 26 de marzo de 1993 por el cual el agente marítimo de AMEXCARIBE I, RODOLFO GALLARDO, solicitó al comandante de Policía de San Andrés que permitiera desembarcar la mercancía/o contenedores que se encontraban en el interior de la embarcación retenida para enviarlos a su destino a través de otro navío (fl 77 c2).

2.1.15. Poder conferido por Antonio Bent Archobold, en calidad de representante legal de la sociedad Importaciones Melissa Ltda., agente general de Amexcaribe Inc., a profesional del derecho para que adelantara las gestiones ante la Fiscalía tendientes a obtener la devolución del buque (fl. 1 c10) .

2.1.16. Escrito del 26 de marzo de 1993 dirigido al Fiscal Regional de Barranquilla en los siguientes términos (fl. 11 c10):

“Yo, Ian Tornquist, Gerente de Operaciones de Amexcaribe Inc., Agentes Generales de R.E. ISRAEL & ASSOCIATES Trading Co. Inc., propietarios del B/M AMEXCARIBE I, en mi condición de representante legal le manifiesto que ratificamos en todas sus partes, el poder conferido por el señor ANTONIO BENT ARCHBOLB en su condición de gerente de IMPORTACIONES MELISSA LTDA., nuestros agentes generales en San Andrés Islas, al doctor LUIS MIGUEL COTES... para que solicite la devolución del B/M AMEXCARIBE I de propiedad de R.E. Israel & Associates Trading Co. Inc.”

2.1.17. Escrito del 26 de marzo de 1993 suscrito por Raul E. Israel y dirigido al Fiscal Regional de Barranquilla en el cual certificó (fl. 15 c10):

“Yo, Raúl E. Israel, Presidente de R.E. ISRAEL & ASOCCIATES TRANDING CO. INC., propietarios de el B/M “AMEXCARIBE I”, le manifiesto que nuestros agentes generales para EE.UU. DE A., AMEXCARIBE INC, están facultados para nombrar Agentes en el exterior y cumplir con cualquier requisito que sea necesario para la operación de nuestra nave.”

2.1.18. Auto del 31 de marzo de 1993 por el cual el Fiscal Regional de Barranquilla avocó el conocimiento de la investigación y ordenó la inspección judicial de la nave (fl. 14 c2).

2.1.19. Escrito del 6 de mayo de 1993 por el cual el apoderado del R.E.R ISRAEL & ASSOCIATES TRADING CO. INC, solicita de devolución de la motonave y allega documentos (fls. 61-62 c10).

2.1.20. Auto del 11 de mayo de 1993 por medio del cual la Fiscalía Regional de Barranquilla dispuso la apertura de la instrucción y ordenó escuchar en indagatoria a todos los tripulantes del navío (fls. 92-94 c2).

2.1.21. Auto del 19 de mayo de 1993 por el cual el Fiscal Regional de Barranquilla tuvo como apoderado del R.E.R ISRAEL & ASSOCIATES TRADING CO. INC al doctor LUIS MIGUEL MOISES COTES, en los términos del poder conferido por el agente general de la firma en San Andrés y dispuso la apertura del incidente de devolución del bien.

2.1.22. Declaración juramentada rendida el 28 de mayo de 1993 por el señor Comandante de Policía de San Andrés, Raúl Ernesto Aldana Ávila, ante la Unidad de Fiscalías (fl. 133 c2):

“PREGUNTADO: Quienes dieron aviso de la existencia posible de la droga en el barco fueron las mismas autoridades marítimas de la nave?. CONTESTÓ: Si ellos por intermedio de los oficiales del servicio, ellos había solicitado la inspección de la nave antes de su zarpe, ello con el fin de poder viajar más tranquilos y saber que en su motonave no transportaban estupefacientes. Se corrige los oficiales de servicio son suboficiales de la Policía Antinarcóticos que se encontraban de servicio. PREGUNTADO: diga el declarante cual exactamente fue la persona que solicitó la inspección judicial a la motonave Amexcaribe I. CONTESTÓ: Tengo entendido por intermedio del cabo Segundo García quien había solicitado la inspección fue el capitán y el segundo oficial de la Motonave.”

2.1.23. Escrito radicado el 31 de mayo de 1993 por el Ministerio Público ante la Fiscalía Regional de Barranquilla en el cual manifestó que debía aclararse lo pertinente a la identidad del agente marítimo del armador del buque por cuanto en el expediente figuraba dos personas aduciendo dicha calidad, por un lado, la sociedad Importaciones Melissa Ltda. y por otro, el agente Rodolfo Gallardo (fl. 24-26 c10).

2.1.24. Declaración juramentada rendida el 2 de junio de 1993, por el Suboficial de la Policía Nacional Miller García Buitrago, ante la Fiscalía (fl. 137 c2):

“...dos días antes del zarpe de la motonave AMEXCARIBE I , el señor primer oficial de nombre SEGUNDO BARRIO NUEVO de nacionalidad chilena, me solicitó verbalmente y a petición del capitán del barco me pidió el favor de que le requisara el barco antes de que zarpara, puesto que ellos tenían dudas de unos marinos que había desembarcado, yo le informé al señor teniente comandante de antinarcóticos de que me habían pedido o solicitado los señores del barco AMEXCARIBE I, después de que le informé al teniente el me dijo que lo iban (sic) a requisar aprovechando la colaboración del señor primer oficial segundo barrio nuevo.”

2.1.25. Escrito del 16 de junio de 1993, por el cual el apoderado de E.R ISRAEL & ASSOCIATES TRADING CO. INC, informó a la Fiscalía Regional que mediante memorial aportado el 22 de abril del mismo año había aclarado a la Fiscalía que el señor Rodolfo Gallardo era el agente marítimo de la motonave por designación expresa que del mismo realizó el Importaciones Melissa Ltda., agente general de la misma en San Andrés. Al afecto allegó el referido escrito con constancia de radicado del 22 de abril de 1993 que no parecía radicado en el expediente (fls. 28-31 c10).

2.1.26. Constancia de autorización para zarpar de la motonave Amexcaribe I expedidas por la Capitanía de Puerto de San Andrés a petición del agente marítimo Rodolfo Gallardo por el período comprendido entre septiembre de 1992 y marzo de 1993 (fl. 32-48 c10).

2.1.27. Escrito presentado el 19 de agosto de 1993 por el tercero incidental, sociedad Importaciones Melissa Ltda., ante la Fiscalía Regional con el fin de solicitar la entrega de la motonave, y (fl. 140 c2).

2.1.28. Memorial del 24 de noviembre de 1993 por el cual el incidentante reiteró la solicitud de devolución de la embarcación (fl. 88-89 c10).

2.1.29. Resolución del 28 de febrero de 1994 por la cual la Fiscalía Regional de Barranquilla dictó medida de aseguramiento en contra de los miembros de la tripulación del Amexcaribe I (fl. 153-157 c2).

2.1.30. Auto del 18 de mayo de 1994 por el cual el Fiscal Regional de Barranquilla decretó pruebas dentro del trámite incidental, consistente en escucha el testimonio del señor Antonio Bent Archbold (fl. 90-91 c10).

2.1.31. Declaración rendida el 1 de junio de 1994 dentro del trámite incidental por Antonio Bent Archbold (fl. 98-101 c10).

2.1.32. Escrito allegado ante la Fiscalía el 6 de julio de 1994 por el incidentante solicitando la devolución del buque (fl. 106-107 c10).

2.1.33. Declaración juramentada rendida por Rodolfo Gallardo el 22 de julio de 1994, ante la Fiscalía (fl. 246-247 c2). :

“REGUNTADO: Dígame al Despacho que vínculos existen entre la firma que usted representa y la motonave AMEXCARIBE I. CONTESTÓ: el señor ANTONIO BENT me contrató verbalmente para agenciar la motonave AMEXCARIBE I que cubría la ruta San Andrés- Miami- San Andrés, el contrato fue desde el 1992, a mi compañía le corresponde recibir y despachar el barco, actividades de gestión ante las diferentes autoridades entre ellas, la Capitanía de Puerto.

2.1.34. Oficio del 28 de julio de 1994 por el cual la Capitanía de Puerto de San Andrés informó la Fiscalía Regional de Barranquilla que el agente marítimo de la motonave era Rodolfo Gallardo (fl. 240-243 cx2).

2.1.35. Oficio del 21 de julio de 1995, por el cual la Fiscalía Regional Delegada ante Sana Andrés solicitó al Comando Especifico de San Andrés la colaboración necesaria para evitar el hundimiento del buque Amexcaribe (fl. 332 c2).

2.1.36. Oficio del 21 de julio de 1995, por el cual la Administración portuaria solicitó a la Fiscalía Regional que adoptara las medidas necesarias para evitar el hundimiento de la nave (fl. 333 c2).

2.1.37. Oficio del 28 de julio de 1995 por el cual el Comando Específico de la Armada Nacional informó a la Fiscalía Regional informó acerca de las medidas adoptadas para superar el estado de emergencia de hundimiento de la nave y dejó constancia de que la misma no tenía capacidad para moverse (fl. 336-338 c2).

2.1.38. Auto del 17 de agosto de 1995 por el cual Fiscalía Regional de Barranquilla ordenó la entrega del buque Amexcaribe I al incidentalista, señor Antonio Bent Archbold, para lo cual sustentó lo siguiente (fls. 341-344 c2):

“De los anteriores no nos es posible deducir hasta este momento procesal, la relación causal entre el estupefaciente (cocaína) encontrado en el buque AMEXCARIBE, y los propietarios del mismo; ello nos lleva a deducir una posible

ajenidad de ellos con el hecho investigado; decimos posible ante la falta de elementos para dar una respuesta o conclusión definitiva en ese aspecto; nos asalta la duda y por ello ordenaremos la entrega de la embarcación en virtud del principio IN DUBIO PRO REO, el que subsiste y no ha sido descartado.”

2.1.39. Resolución de 26 de diciembre de 1995, por la cual la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Nacional confirmó la orden de entrega de la embarcación, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones (fls. 349-354 c2):

“Y es que la documentación aportada al plenario resulta de una claridad especial. En este sentido, importa saber que hallamos certificado de existencia y representación legal de la empresa IMPORTACIONES MELISSA cuyo objeto social es la representación marítima de agencias, valga la redundancia, marítimas en Colombia y el extranjero destacándose como su gerente el señor ANTONIO CORNELIO BENT ARCHBOLD. De otro lado, en la certificación expedida por AMEXCARIBE INC., logra entenderse que la firma mencionada es agente general de la misma para San Andrés Islas. Y por último según la documentación que aparece.... ha podido acreditarse las operaciones de AMEXCARIBE I. Estas acotaciones para significar que la calidad de incidentalista del citado no se presta a duda alguna.

Y bajo ninguna premisa podemos advertir que por parte de la firma gerenciaba por el ciudadano mencionado hubo acción delictiva. Todo lo contrario cuando eventualmente advirtió que en la embarcación viajaban dos personas con negras intenciones, no vaciló mínimamente en despedirles y efectivamente asó lo hizo. De otro lado, al conocerse que el registro a ese bien fue objeto de la solicitud especial de parte de la tripulación, el capitán y el primer oficial, logra aún más evidenciarse aquella ajenidad al eventual compromiso penal...”

2.1.40. Acta del 29 de diciembre de 1995, por la cual la Fiscalía Regional Delegada San Andrés entregó la embarcación Amexcaribe I al señor Antonio Bent Archobold, en calidad de representante legal de la sociedad Importaciones Melissa Ltd. (fl. 36-37 c1).

2.1.41. Auto del 15 de abril de 1996 por el cual se decretó el cierre de investigación adelantada en contra de los tripulantes del navío inmovilizado (fl. 386 c2).

2.1.42. Auto del 3 de febrero de 1997 por el cual la Fiscalía Delegada ante los Jueces Regionales precluyó la investigación adelantada en contra de los miembros de la tripulación (fl. 429-437 c2).

2.1.43. Expediente administrativo No. 114 correspondiente a la investigación adelantada con ocasión del incendio de a motonave Amexcaribe I ocurrido en abril de 1996 (fl. 524-588 c1).

2.1.44. Informe pericial rendido el 5 y 6 de febrero de 1996 por el perito naval Capitán de Navío de la Armada Nacional sobre la motonave Amexcaribe I, en donde hizo contar su estado de deterioro, la cual según se indicó en el experticio “ha permanecido fondeada y sin algún tipo de vigilancia en la bahía de San Andrés desde 1994. En varias oportunidades ha sido objeto de achocada por cuanto presentó escora por babor significativa y con peligro de voltearse” (fls. 13-17 c1).

2.45. Informe pericial practicado el 5 de febrero de 1996 por el Capitán de Fragata, perito naval de la Armada Nacional sobre la motonave Amexcaribe I, en el cual se concluyó:

“Observando el estado general de la maquinaria se puede concluir que la motonave se encuentra completamente imposibilitada para maniobra por sus propios medios, toda la maquinaria especialmente la parte de generación y distribución eléctrica se encuentra fuera de servicio lo cual conlleva un alto riesgo por la condición actual.”(Fls.41-42 c1).

2.1.46. Informe pericial rendido el 24 de abril de 1996 por el perito capitán de navío de la Armada Nacional, con ocasión del incendio que sufrió la embarcación Amexcaribe I el 21 de abril de 1996 (fls. 18-30 c1).

2.1.47. Oficio del 2 de septiembre de 1996 por el cual el señor ARMADA NACIONAL – DIRECCION GENERAL MARITIMA conminó al señor Antonio Bent Archbold, agente general, a sacar la motonave Amexcaribe de ese puerto en un plazo no mayor a 30 días (fl. 31-32 c1).

2.1.48. Contrato de compraventa de la nave Amexcaribe I suscrito el 27 de enero de 1997 entre Antonio Bent Archbold, en calidad de vendedor y la Siderúrgica de Boyacá en calidad de comprador, por valor de US\$80.00 (FL. 272-273 c1).

2.2. Prueba pericial.

2.2.1. Dictamen rendido por el perito contador Andrés Avelino Mesa Villareal, a petición de la parte actora, con el fin de establecer los perjuicios materiales derivados de la inmovilización de la motonave AMEXCARIBE (cuaderno amarillo).

3. -Análisis del recurso.

El primer aspecto que deber abordarse es aquel relativo a la legitimación en la causa por activa de la sociedad demandante en la medida en fue uno de los puntos que constituyó el objeto del recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía.

Al respecto, la entidad demandada sostuvo que no resultaba viable reconocer perjuicios, en la modalidad de lucro cesante, a la sociedad Importaciones Melissa Ltda., por el tiempo en que duró la aprehensión del navío. Sobre el particular sostuvo que la suerte de lo accesorio debía seguir la suerte de lo principal, a tal punto que si la dueña de la embarcación, que compareció a través de agente oficioso, no fue reconocida en el proceso como parte, mal haría en ordenarse el pago de perjuicios a la sociedad Importaciones Melissa Ltda., que decía actuar en nombre de aquella.

A la par con lo anotado, señaló que de las pruebas obrantes en el plenario se evidenciaba que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., era agente marítimo de la empresa AMEXCARIBE INC, mas no de R.E. ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, INC, verdadera propietaria de la embarcación y, por lo tanto aquella, carecía de legitimación en la causa por activa por no tener un vínculo con el dueño del navío.

De la legitimación en la causa por activa.

En orden a abordar los cargos de censura de la Fiscalía General de la Nación, la Sala conviene la necesidad de precisar como primera medida que una cosa es la legitimación en la causa por activa y, otra, muy distinta, es la figura procesal de la agencia oficiosa.

La legitimación en la causa o, más exactamente la ausencia de la misma que en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sección Tercera, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable, ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.

Al respecto, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa². La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda³.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de la(s) persona(s) accionante(s) y/o demandada(s) en los hechos que originaron el respectivo litigio, independientemente de que dicha(s) persona(s) haya(n), o no, demandado o sido demandada(s). De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala:

“La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

*La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

*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» (negrillas en el texto original, subrayas fuera de él)*⁴.

Lo anterior lleva a concluir 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 respecto de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a

² Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973.

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 aquélla propone, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra⁵. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sección Tercera:

“La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda”⁶.

En similar sentido y complementando lo anteriormente expuesto, se ha afirmado lo siguiente:

“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. Nótese que 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”⁷

Dicho lo anterior, concierne ahora determinar en qué calidad compareció la demandante al proceso y cuál es su relación con los hechos objeto de debate,

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452).

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352).

para así mismo establecer si se encuentra o no legitimada para presentar la reclamación que se examina.

Revisadas las piezas procesales que dieron origen al presente debate, la Sala evidencia que la parte que concurrió a la presente causa como sujeto activo lo constituyó la persona jurídica sociedad Importaciones Melissa Ltda., representada legalmente por el señor Antonio Bent Archobold. Igualmente se advierte que dicha sociedad reclama los perjuicios sufridos con ocasión de la aprehensión de la motonave Amexcaribe I, pues señala que durante el tiempo de su inmovilización no pudo obtener el provecho económico que normalmente recibía en su calidad de agente general de la nave en el territorio de San Andrés.

Así pues, teniendo en cuenta que la parte demandante compareció al proceso en su condición de agente general de la embarcación aprehendida, la Sala estima conveniente realizar algunas precisiones en relación con el contrato de agencia.

La tipología contractual de la agencia, dentro de la legislación colombiana, se encuentra gobernada en el capítulo v del artículo XIII del estatuto mercantil, como una modalidad del contrato de mandato.

El artículo 1317 del Código de Comercio se encargó de definirlo al siguiente tenor:

“Art. 1317.- Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante a gente de un empresario nacional, o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente.”

Así mismo, el artículo 1328 regula la sujeción a la legislación colombiana de dicha tipología contractual:

“Art. 1328. Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en el territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se entenderá por no escrita.”

La doctrina nacional por su parte, al analizar la jurisprudencia que sobre el particular ha emanado de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que las características principales del contrato de agencia comercial son las siguientes:

“a). El agente es un comerciante independiente en el sentido que no tiene con el empresario una relación de continuada subordinación o dependencia, en lo cual se diferencia del contrato de trabajo.

b). El contrato de agencia es una modalidad de mandato que se caracteriza por su estabilidad, con lo cual se diferencia el mandato ocasional y de otras especies de mandato como la comisión.

c). El agente recibe del empresario el encargo de promover o explotar negocios en beneficio exclusivo del empresario, o sea que obra por cuenta ajena.

d). el agente debe ceñirse, al ejecutar el encargo a las instrucciones que le haya dado el empresario.

e) El agente comercial asume precisamente el deber de organizar a su propio riesgo y condiciones de autonomía la promoción y colocación del mercado de productos o servicios ajenos, no propios.”⁸

Ahora bien, a la luz de la doctrina especializada, interesa también al caso distinguir las diferencias que existen entre la agencia marítima propiamente y el contrato de agencia comercial marítima:

“En la práctica y en el marco de nuestro estatuto de navegación, el agente marítimo es un auxiliar del naviero, un verdadero comerciante independiente cuya actividad consiste en representar a los distintos armadores que le confían la atención de las necesidades normales de la nave y de la expedición en tierra, a cambio de una remuneración. Su gestión comprende el recibo, administración y despacho de buques mercantes y la protección de los intereses de sus respectivos armadores en puerto. De ahí que en otras legislaciones, reciba el nombre de ‘consignatario de buques’ o agente portuario el mismo que los agentes denominan husbandry agent.

El agente marítimo sufre ciertas necesidades del armador, pero no todas ellas. Los armadores que operan líneas regulares (los que sirven una ruta con carácter periódico) a menudo precisan adicionalmente los servicios de un verdadero agente comercial; de un agente que promueva sus negocios (consecución de carga, celebración de contratos de transporte), defienda sus intereses (cobro de fletes, demoras y otros) y, en general, explote como representante suyo las actividades propias de la empresa de navegación, dentro de un territorio determinado.

La relación jurídica entre el armador y cada uno de estos agentes es diferente. En el primer caso estamos en presencia de un contrato de agenciamiento marítimo gobernado por el estatuto de navegación. En la segunda situación se tipifica un agenciamiento comercial marítimo.

(...)

En resumen: el naviero que explota un servicio de transporte regular puede servirse de dos auxiliares de tierra distintos, así: confiar la atención de sus buques en puerto al agente portuario y encomendar la gestión comercial de sus negocios en la región a un agente comercial, también conocido como agente general o representante comercial.(...).

⁸ VALLEJO GARCIA, Felipe. El CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL. Editorial Legis. Primera Edición. Bogotá. 1999. Páginas 57-58.

Casi puede afirmarse que la esfera de funciones y responsabilidades del agente comercial marítimo resulta más importante que la del agente portuario, porque es la que genera los ingresos al naviero (el llamado cash flow), y que la función de mero consignatario (administración de buque en puerto) pasa a un segundo plano porque siendo muy importante concierne mas a la disminución de costos. Desde esta perspectiva, el agente marítimo comercial se constituye en el auxiliar de tierra más importante del naviero.”⁹

Examinado el escenario conceptual normativo y doctrinal del contrato de agencia, para la Sala, la condición de agente general de la motonave Amexcaribe I, en el territorio de San Andrés que alega la sociedad Importaciones Melissa Ltda., se encuentra plenamente demostrada en el plenario, según pasa a explicarse:

Reposa en el expediente el Registro de Marina Mercante Internacional – patente provisional de la embarcación objeto de inmovilización, Amexcaribe I, en donde consta que su propietario es la compañía R.E. Israel & Associates Trading Company. Milita igualmente en la actuación, el escrito por el cual el presidente de dicha compañía, propietaria de la motonave, en su oportunidad, manifestó al Fiscal de concomimiento que la firma AMEXCARIBE INC, era su agente general para EEUU, firma que a su turno se encontraba facultada para nombrar agentes generales en el exterior. En concordancia con ello, reposa en la actuación el oficio del 25 de julio de 1992 mediante el cual la firma AMEXCARIBE INC., informó a la sociedad Importaciones Melissa Ltda., que la había designado como agente general de dicha compañía para el territorio de San Andrés, con el fin de que atendiera las naves para un correcto funcionamiento de la línea Miami/San Andrés/Miami. Finalmente, de la declaración juramentada rendida por Rodolfo Gallardo dentro del instructivo penal, así como de los documentos aportados por la sociedad demandante dentro del incidente de devolución de la nave (fls. 59-83 c19), se tiene que éste último era el agente marítimo del buque Amexcaribe I, por designación expresa que le hubiere realizado el señor Antonio Bent Archobold, representante legal de la sociedad Importaciones Melissa Ltda.

Así pues, para la fecha de la inmovilización, existían cuatro sujetos que sostenía una relación jurídica con el buque aprehendido. En primer lugar se encuentra R.E. Israel & Associates Trading Company, en calidad de propietario del navío. Seguidamente, está la compañía AMEXCARIBE INC, agente general de la dueña de la nave para el territorio de Estados Unidos. Luego figura la demandante,

⁹ Ibídem. Páginas 140-143.

sociedad Importaciones Melissa Ltda., agente general de las naves que agencia AMEXCARIBE INC, entre ellas, AMEXCARIBE I, para el territorio de San Andrés. Y, por último, el señor Rodolfo Gallardo, agente marítimo del buque AMEXCARIBE I.

En atención a lo expuesto, la Sala encuentra debidamente acreditada la legitimación en la causa por activa de la sociedad Importaciones Melissa Ltda., de cara a la relación jurídica que la vinculaba al objeto aprehendido, dado que siendo la agente general del buque AMEXCARIBE I, en el territorio de San Andrés, es natural que por cuenta de su inmovilización hubiera dejado de percibir los ingresos que en tiempos de normalidad habría obtenido por el cabal cumplimiento del itinerario del navío, destinado para el transporte y entrega de las mercancías trasladadas, ingresos que precisamente servían de contraprestación para la ejecución del contrato de agencia comercial para el cual había sido designada un año antes de la detención del navío y cuyo concepto y cuantía, no obstante ser materia de análisis posterior, en todo caso constituyen el objeto de su reclamación.

Ahora bien, frente al argumento de la Fiscalía de conformidad con el cual no podía entenderse que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., era la agente general de la nave AMEXCARIBE I, por cuanto su designación no procedió directamente de su propietario sino de su la compañía AMEXCARIBE INC., la Sala advierte que tal circunstancia no desvirtúa la condición de agente general en cuya virtud la demandante compareció a la presente causa, si se tienen en consideración dos factores:

El primero de ello alude al hecho de que la propietaria de la embarcación, R.E. Israel & Associates Trading Company, en su escrito del 26 de marzo de 1996 dirigido al Fiscal Regional de Barranquilla, fue enfática en señalar que su agente general para EEUU, AMEXCARIBE INC, estaba facultado para nombrar agentes en el exterior, como en efecto, lo hizo en el caso de la sociedad Importaciones Melissa Ltda., a la cual nombró agente general para San Andrés. El segundo aspecto a tener en cuenta estriba en que la propietaria de la embarcación, mediante escrito del 26 de marzo de 1996 dirigido al proceso penal en cuyo interior se produjo la retención del buque, ratificó el poder conferido por Antonio Bent Archbold, representante legal de Importaciones Melissa Ltda., a profesional

del derecho para solicitar la devolución de la nave y, en ese mismo documento, reconoció a ésta sociedad como su agente general en San Andrés.

En consecuencia, no le asiste duda a la Sala en cuanto a la legitimación en la causa por activa de la demandante sociedad Importaciones Melissa Ltda.

En este punto ha de retomarse la discusión planteada al inicio de este acápite referente al argumento de la entidad demandada apelante según el cual la suerte de lo accesorio debía seguir la suerte de lo principal, de tal forma que si la dueña de la embarcación, que compareció al proceso a través de agente oficioso, no fue reconocida en el proceso como parte, mal haría en ordenarse el pago de perjuicios a la sociedad Importaciones Melissa Ltda., que decía actuar en nombre de aquélla.

En relación con la figura procesal de la agencia oficiosa, la Sección Tercera de esta Corporación, en la sentencia de 16 de septiembre de 2004, procesos radicados con Nos. 14418 y 15973 –acumulados-, reiterada en Sentencia de 20 de octubre de 2005 proferida dentro del proceso No. 15730, sostuvo:

“Según lo previsto en art. 47, inciso 2º del C. de P. C., se puede promover demanda en nombre de persona ausente o impedida para hacerlo, aunque no se tenga poder para tal efecto, para lo cual el agente oficioso deberá afirmar tales circunstancias bajo la gravedad del juramento, el cual se considera prestado con la presentación de la demanda y, además, deberá prestar caución dentro de los diez siguientes a la notificación del auto que admita la demanda, con el fin de garantizar que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Prestada la caución se notificará al demandado el auto admisorio de la demanda y se suspenderá el proceso. Si la persona a nombre de quien actúa el agente oficioso no ratifica la demanda dentro de los dos meses siguientes a la constitución de la caución, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado... Como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia, si bien la agencia oficiosa permite la reclamación de los derechos de quien no puede hacerlo por sí mismo en un momento determinado, el proceso no puede continuar hasta su culminación sin su consentimiento...”

Al respecto, recuerda la Sala que la demanda fue impetrada por la sociedad Importaciones Melissa Ltda., actuando en nombre propio y obrando como agente oficioso de la sociedad R.E. Israel & Associates Trading Company, en disolución. Es así como mediante auto del 20 de noviembre de 1998, el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, admitió la demanda presentada por la sociedad Importaciones Melissa Ltda. y ordenó al apoderado, agente oficioso, que prestara caución equivalente al 5% del valor total de su

pretensión dentro del término de 10 días, así mismo suspendió la actuación por dos meses, término dentro del cual la parte representada mediante agencia oficiosa debía ratificar la demanda impetrada en su nombre.

En el término concedido el agente oficioso aportó documentos y allegó escrito de corrección de demanda. En consecuencia, por auto del 10 de noviembre de 1998 el Tribunal *a quo* reconoció personería al profesional del derecho William Gómez Marín, para actuar como apoderado judicial de la sociedad R.E. Israel & Associates Trading Company, en disolución, con sustento en las siguientes consideraciones:

“De la lectura del expediente, el Despacho observa que a folio 189 obra un documento en donde Raúl E. Israel, quien manifiesta ser el representante legal de la sociedad comercial “R.E. ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY, ratifica lo actuado por el agente oficioso y en el mismo escrito otorga poder para que represente judicialmente los intereses de la sociedad, para que concilie, sustituya, reasuma, formule cuenta de cobro, exija el cumplimiento de la conciliación o sentencia y reciba en nombre en su valor de la indemnización.”

Debe advertirse que la demandante sociedad Importaciones Melissa Ltda., no persigue el reconocimiento del valor de la nave, la cual durante su aprehensión sufrió un deterioro que obligó a su venta como chatarra a la siderúrgica de Boyacá, pues esta es una pretensión que le asiste exclusivamente al patrimonio que sufrió dicho menoscabo, esto es, al de su propietario, R.E. Israel & Associates Trading Company, quien, dicho sea de paso, no fue reconocida como demandante dentro de la presente causa como se explicará más adelante.

La parte actora presentó recurso de súplica frente a la anterior decisión por cuanto no se admitió la corrección de la demanda, en nombre de R.E. Israel & Associates Trading Company, sino solo en nombre de la demandante sociedad Importaciones Melissa Ltda.

Posteriormente, por auto del 10 de diciembre de 1998, la Sala dual resolvió el recurso súplica en el sentido de modificar la decisión impugnada para en su lugar abstenerse de reconocerle personería al doctor William Gómez Marín para actuar como apoderado judicial de la sociedad extranjera R.E. Israel & Associates Trading Company, tras considerar que:

“los documentos que acreditan la existencia y representación de la sociedad extranjera denominada R.E. ISREAL & ASSOCIATE TRADING COMPANY INC, no llenan los requisitos exigidos por el Código de procedimiento civil en los artículos 48, 65 y 259, normas aplicables a esta jurisdicción por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., de manera que carecen de valor probatorio para los efectos indicados en el inciso 2 del artículo 47 del mismo Código, esto es, para la ratificación de la demanda por parte de la sociedad extranjera.

(...)

Colígese de lo anterior que los documentos con que se pretende acreditar la existencia y representación legal de la sociedad demandante no fueron autenticados en debida forma y no puede, por lo tanto reconocerse al doctor WILLIAM GOMEZ MARIN como apoderado principal de la sociedad R.E. ISRAEL & ASSOCIATE TRADING COMPANY INC. Por lo consiguiente tampoco debe reconocerse como sus sustituto al doctor FERNANDO CORREA ECHEVERRI.”

Consecuencialmente, el Tribunal a quo, por auto del 29 de abril de 1999 consideró que al no ser admitida la personería otorgada al agente oficioso quedaba, igualmente, sin piso la ratificación de su actuación manifestada por el mismo, por lo tanto, declaró terminado el proceso en relación con la firma R.E. Israel & Associates Trading Company.

Inconforme con dicha decisión, la parte actora presentó recurso de apelación, el cual fue desatado por la Sección Tercera de esta Corporación mediante proveído del 13 de julio de 2000, en el que confirmó la providencia impugnada precisando al efecto que:

“En el caso bajo estudio, se tiene que el poder otorgado por quien dice ser el representante legal de la sociedad R.E. Israel R.E. Israel & Associates Trading Company (fl. 189 cdno. Ppal., fue autenticado con el lleno de las exigencias contempladas en las disposiciones procesales antes citadas, esto es que se autenticó ante notario público del condado de Vigo del Estado de Indiana y la calidad de tal funcionario fue certificada por el cónsul colombiano (fl. 118 cdno. Ppal.) condición abonada por el Ministerio de relación Exteriores (fl. 188 vto. Cdno. Ppal).

Sin embargo la Sala echa de menos la traducción oficial de los documentos allegados para demostrar la existencia y representación legal de la aludida sociedad (fls. 1914 a 197 cdno. Ppal.), los cuales se allegaron en idioma inglés, cuando es bien sabido que debió adjuntarse su traducción al idioma castellano, que es el que debe empelarse en el proceso (artículos 102 y 260 ibídem).

En las anteriores condiciones, es evidente que no se encuentra debidamente acreditada la calidad de representante legal de quien dice actuar en nombre de la sociedad R.E. Israel R.E. Israel & Associates Trading Company, razón por la cual, no sólo no puede darse validez a la ratificación de lo actuado por el agente oficioso, sino, que no es posible reconocer como apoderado de tal sociedad al profesional del derecho a quien se pretende otorgar tal poder.

Así las cosas, tal y como lo determinó el a quo, hay lugar a la declaración prevista en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que ante la no ratificación de la actuación del agente oficioso, debe declararse la terminación del proceso y, cuando haya lugar, condenar al agente a pagar las cotas y los perjuicios causados al demandante.”

Del recuento procesal que antecede, la Sala advierte que aun cuando el proceso se terminó respecto de la sociedad R.E. Israel & Associates Trading Company,

ello aconteció por cuanto en sede judicial de lo contencioso administrativo, específicamente, en la órbita de este proceso, no se reunieron en cabal forma los requisitos legales para conferir valor al poder otorgado para ratificar la agencia oficiosa, comoquiera que los documentos que acreditaban la calidad de poderdante de quien convalidaba la demanda presentada por el agente oficioso, se encontraban en inglés y no fueron debidamente acompañados de la correspondiente traducción oficial.

Sin embargo, tal circunstancia no equivale a afirmar que la sociedad demandante Importaciones Melissa Ltda., no cuente con legitimación en la causa por activa y, en tal virtud, deba también declararse la terminación del proceso respecto de aquélla, como lo sugiere el apelante, pues, primero, los documentos que dan cuenta de su legitimación, no guardan identidad con aquellos allegados para ratificar la agencia oficiosa, son distintos y corresponden a documentos extraídos de las mismas piezas del proceso penal en cuyo interior se produjo la inmovilización del buque, pruebas que quedaron detalladamente reseñadas al inicio de este acápite y que bien podían acreditar el interés y la legitimación que le asiste a la sociedad demandante para reclamar los perjuicios por ella sufridos con la aprehensión de la nave, en calidad de agente general de la embarcación para el territorio de San Andrés.

Segundo, los perjuicios reclamados por la demandante no estriban en el reconocimiento del valor de la motonave que durante el período en que se prolongó su aprehensión sufrió un deterioro que motivó su venta, como chatarra, a la siderúrgica de Boyacá, pues claramente este menoscabo lo sufrió el patrimonio del propietario de la nave que a la postre es la sociedad R.E. Israel & Associates Trading Company, parte respecto de quien se terminó el proceso por no reunirse los requisitos del poder presentado para ratificar la demanda presentada por el agente oficioso. Por el contrario, la pretensión de la demandante radica en obtener el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, consistente en la pérdida de ingresos a que se vio sometida por cuenta de la inmovilización de navío, de cuya explotación, dada su condición de agente general, derivaba una contraprestación.

Así las cosas, los argumentos del recurso de apelación presentado por la Fiscalía General de la nación en punto a la supuesta falta de legitimación en la causa por activa de la sociedad demandante, no están llamados a prosperar.

En consecuencia se impone abordar el estudio de la responsabilidad que en el caso se endilga a la entidad demandada Fiscalía General de la Nación, aspecto que por demás constituye otro de los puntos de desacuerdo plasmados en el recurso presentado por el ente instructor.

De la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación con ocasión de los perjuicios causados a la demandante sociedad Importaciones Melissa Ltda. por cuenta de la inmovilización de la motonave Amexcaribe I.

La parte demandada, Fiscalía General de la Nación expuso en su defensa que la investigación penal adelantada por sus dependencias se ajustó a los parámetros de ley y no causó un daño antijurídico, pues la aprehensión del buque era una carga que debía soportarse de cara al hallazgo de la sustancia estupefaciente en su interior. Agregó que existió permanente impulso procesal a la causa penal y que la circunstancia de existir dos agentes marítimos reclamando la embarcación implicó la realización de un análisis detenido del caso.

De la prueba trasladada que reposa en el plenario, la Sala, contrario a lo que manifiesta la Fiscalía, evidencia varias fallas e irregularidades al interior del proceso penal en cuyo interior se materializó la inmovilización del buque AMEXACRIBE I, que contribuyeron de manera eficiente a la causación del daño cuya reparación se depreca.

Como primer aspecto, esta Sala encuentra acertadas las consideraciones del Tribunal a quo cuando sostuvo que la motonave permaneció en una situación que no contaba con respaldo jurídico alguno, esto es, retenida a disposición de la Fiscalía por espacio de más de dos años y medio, cuando la norma que regulaba la materia imponía un proceder distinto.

En efecto, el artículo 4 del Decreto 2272 de 1991, por medio del cual se adopta como legislación permanente unas disposiciones expedidas en ejercicio de las facultades del estado de sitio, que a su turno adoptó como legislación el artículo 18 del Decreto legislativo 1146 de 1990, disponía:

“Artículo 18. El hallazgo por autoridad competente de marihuana, cocaína, morfina, heroína, o cualquier otra sustancia que produzca dependencia física o psíquica, en una nave o aeronave de servicio público, con ocasión o por acción directa de informaciones o peticiones del Comandante o Capitán de la misma, su

propietario, armador o explotador, el agente marítimo o el empleado responsable para este efecto de la empresa de transporte público, marítimo o aéreo de que se trate, no dará lugar al decomiso de la nave o aeronave, ni a que se le fije ninguna caución a fin de que el medio de transporte público pueda continuar cumpliendo sus operaciones e itinerarios sin impedimento por esta causa.

Este régimen sólo será aplicable a las naves o aeronaves destinadas al servicio público, que se encuentren en cumplimiento de rutas o itinerarios, o en la prestación de servicios debidamente autorizados por la Dirección General Marítima y Portuaria o por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, según sea el caso.

En el caso de marras, la motonave AMEXCARIBE I, para la época en que fue inmovilizada y puesta a disposición de la Fiscalía General de la Nación, se encontraba prestando el servicio público de transporte de mercancía, cubriendo la ruta Miami/San Andrés/Miami.

En criterio de esta Sala, la naturaleza del servicio público dentro del contexto de la norma en cita, debe entenderse, no en un sentido estricto como aquel que dispensan las autoridades del Estado para la satisfacción del interés general, sino en un sentido amplio en virtud del cual el servicio de transporte de mercancía tiene el carácter de público, con independencia de que lo presten entidades de derecho privado, en cuanto el mismo no se encuentra restringido a que su único usuario sea el dueño de la embarcación, sino que pueden acceder a él todos aquellos que lo requieran y que cuenten con capacidad jurídica y económica para celebrar un contrato de esa naturaleza. En esta medida, al encontrarse la motonave prestando el servicio público de transporte de mercancía, operaba respecto de aquella la exclusión del decomiso que contemplaba la mencionada norma, siempre que se reuniera el otro supuesto fáctico exigido, esto es, que la información sobre el porte de estupefacientes hallado en su interior, hubiese provenido de peticiones del comandante o capitán de la misma, su propietario, armador o explotador, el agente marítimo o el empleado responsable.

Pero si la anterior interpretación no resultare suficiente, tampoco puede perderse de vista que en todo caso la motonave se encontraba prestando un servicio autorizado por la Dirección General Marítima, a través del puerto de San Andrés, es decir, se encontraba en otro de los supuestos consagrados en la norma para que operara la exclusión de decomiso, prueba de ello la constituyen las diferentes autorizaciones de zarpe expedidas por la Capitanía de Puerto de San Andrés, entre septiembre de 1992 y hasta el 19 de marzo de 1993, fecha en que tuvo lugar su aprehensión.

Restaba entonces establecer si en el caso, la información o aviso acerca de la existencia del estupefaciente en el navío provino del comandante o capitán de la misma, su propietario, armador o explotador, el agente marítimo o el empleado responsable. En efecto, las piezas de la investigación penal son coincidentes en señalar que así fue.

En ese sentido, obra la declaración juramentada del capitán de la embarcación Roy Douglas Hogdson, rendida el 23 de marzo de 1993 ante la instancia penal, en la que dio cuenta de que luego de despedir a dos miembros de la tripulación por recaer sobre ellos sospecha de gestiones indebidas, procedió a solicitar a miembros activos de la Policía Nacional que realizaran una requisa al barco para investigar si sus sospechas tenían asidero.

La certeza de las afirmaciones consignadas en dicho testimonio fue corroborada por la declaración del Comandante de Policía de San Andrés, Raúl Ernesto Aldana Ávila rendida el 28 de mayo de 1993, que, entre otras cosas, fue el mismo funcionario que dirigió la requisa practicada al buque AMEXCARIBE I y quien rindió el informe policivo dando cuenta del hallazgo del narcótico. También coincidió en su dicho, el testimonio rendido ante la Fiscalía de conocimiento, el 2 de junio de 1993 por el Suboficial de Policía Miller García Buitrago a quien acudió directamente el primer oficial del bote para solicitarle que realizara la requisa de la embarcación antes de que zarpara.

Ante estas evidencias, el argumento de la Fiscalía de conformidad con el cual la inmovilización del barco era una carga que debían soportar los interesados en su explotación, se encuentra desvirtuado, pues como quedó visto en el caso se reunían cabalmente las exigencias para que la nave, tras el hallazgo de la sustancia ilegal, fuera reintegrada a la actividad comercial para la cual estaba destinada, pues se trataba de un buque que prestaba el servicio público de transporte de mercancías, actividad para la cual contaba con la respectiva autorización por parte de la Dirección General Marítima, a lo que se suma que fueron sus tripulantes quienes dieron aviso a las autoridades de policía acerca de la sospecha sobre la existencia de sustancias alucinógenas en su interior y solicitaron la respectiva requisa. Sin embargo, no obstante acreditarse tal circunstancia, la embarcación permaneció retenida por más de dos años y medio.

Es de advertir, tal cual lo puso de presente el a quo, que a pesar de que en el caso concreto, no existió una decisión orientada propiamente al decomiso del barco, lo cierto es que lo estuvo de hecho por un espacio considerable de tiempo, período dentro del cual no se cumplió el objetivo de la norma en referencia, pues fueron dos años y 9 meses en los que el bote estuvo aprehendido sin que pudiera cumplir con sus itinerarios de rigor, y por ende, sin reportar el lucro esperado por sus diferentes operadores.

Otra de las normas cuya vulneración fue alegada por la parte actora corresponde al artículo 47 de la Ley 30 de 1986, cuyo tenor dispone:

“Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina o heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o depósito. Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslativo de dominio, el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del y tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Excepcionalmente, podrá ordenarse por el funcionario del conocimiento la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuere el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso que no tuvieron participación en ellos, en el destino ilícito dado a esos bienes.”

Efectivamente, el cumplimiento de esta disposición no se acreditó dentro del proceso penal, pues aun cuando, se reitera, no existió una decisión previa de decomiso, tampoco se decidió de manera oportuna el destino del bien inmovilizado, ni se dispuso su traslado a la autoridad nacional de estupefacientes para que le diera una utilización provechosa. Por el contrario, la Fiscalía mantuvo la motonave en el muelle intendencial, en una completa inactividad y en continuo riesgo de hundimiento, sin resolver prontamente su situación, circunstancias que la llevaron a un estado tal de deterioro que invalidaron su capacidad de navegabilidad al extremo que debió ser vendida como chatarra a la Siderúrgica de Boyacá.

Continuando con el análisis del caso, en punto a las demás irregularidades halladas al interior de la investigación penal, la Sala advierte que una vez se produjo la aprehensión de la nave, la sociedad Importaciones Melissa Ltda., a través de memorial presentado el 25 de marzo de 1993 ante la Fiscalía Regional de Barranquilla, otorgó poder a profesional del derecho Luis Miguel Moisés Cotes, solicitando la devolución del buque Amexcaribe I, propiedad de su agenciado. Dicha petición estuvo acompañada por el certificado de existencia y representación de Importaciones Melissa Ltda. y por el documento del 25 de julio de 1992 por el cual AMEXCARIBE Inc. nombró a dicha sociedad como su agente general en el territorio de San Andrés, Islas (fl. 7 c11).

Al mes siguiente el 22 de abril de 1993, el apoderado del agente general, sociedad Importaciones Melissa Ltda., allegó otro memorial solicitando la entrega de la nave y explicando que su representada era la agente general de Amexcaribe I, y que el señor Rodolfo Gallardo era su agente marítimo y, al afecto, allegó documentos que acreditaban la condición de agente marítimo del mencionado señor Gallardo. Sin embargo, este memorial, pese a tener constancia de recibido en la Dirección Regional de Fiscalía de Barranquilla, nunca fue incorporado al expediente por el Despacho de conocimiento, como se evidencia de la solicitud radicada el 16 de junio de 1993 en donde el apoderado del incidentante informó al despacho que en fecha anterior había radicado un memorial que no había sido anexado al plenario y allegó copia de la constancia de recibido.

En escrito del 6 de mayo de 1993 el apoderado de la sociedad incidentante solicitó nuevamente la entrega de la motonave, allegando en esta oportunidad el documento suscrito por el Gerente de Operaciones de Amexcaribe Inc., Agentes Generales de R.E. ISRAEL & ASSOCIATES Trading Co. Inc., propietarios del B/M AMEXCARIBE I, en el que manifestó que ratificaba en todas sus partes el poder conferido por el señor ANTONIO BENT ARCHBOLB, en su condición de gerente de IMPORTACIONES MELISSA LTDA., agente generales en San Andrés Islas, para que solicitara la devolución del B/M AMEXCARIBE I de propiedad de R.E. Israel & Associates Trading Co. Inc. también presentó el escrito del 26 de marzo de 1993, por el cual Raúl E. Israel, Presidente de R.E. ISRAEL & ASOCCIATES TRANDING CO. INC., propietarios de el B/M "AMEXCARIBE I", manifestaba que su agente general para EE.UU. DE A., AMEXCARIBE INC, estaba facultado para nombrar Agentes en el exterior y cumplir con cualquier requisito que fuera necesario para la operación de su nave."

En auto del 19 de mayo de 1993 la Fiscalía Regional de Barranquilla dispuso la apertura del incidente de devolución de la motonave y tuvo como apoderado de su propietario al abogado Luis Miguel Moisés Cotes. Sin embargo, en auto del 31 de mayo del 1993 el ente instructor ordenó al incidentante aclarar la dualidad que se presentaba respecto del agente marítimo del buque AMEXCARBE I, pues se había evidenciado que existían dos personas que ostentaban dicha calidad, por un lado, Importaciones Melissa Ltda. y de otro, Rodolfo Gallardo. Esto motivó que el apoderado del incidentante, nuevamente, en escrito del 16 de junio de 1993, informara que dicha precisión ya había sido satisfecha oportunidad anterior mediante escrito presentado ante la Fiscalía pero el cual había sido extraviado en el despacho, para lo cual adjuntaba la constancia de su radicación y copia de los documentos que ya habían sido presentados.

Como se anotó, efectivamente, esta había sido una circunstancia que ya había sido precisada por el apoderado del incidentante mediante memorial del 22 de abril de ese año, pero cuyo contenido y anexos fueron extraviados por la Fiscalía.

En lo sucesivo, pese a que en agosto y noviembre de 1993, la parte incidentante reiteró la solicitud de entrega de la embarcación, la Fiscalía permaneció en silencio hasta el 18 de mayo de 1994, fecha en que profirió una providencia ordenando la apertura del debate probatorio dentro del incidente, para cuyo efecto dispuso oír en declaración al representante legal de la sociedad incidentante y, posteriormente a su agente marítimo Rodolfo Gallardo, declaraciones que se evacuaron entre junio y julio de 1994, y que no consignaron nada distinto a lo manifestado y acreditado por el apoderado del incidentante un año atrás, en el sentido de reafirmar que la sociedad incidentante Importaciones Melissa Ltda., era el agente comercial de la nave AMEXCARIBE I, para San Andrés y que el señor Rodolfo Gallardo era su agente marítimo, cuestión que además no representaba dificultad alguna para resolver el incidente, pues como se dejó visto nada se opone a la normatividad colombiana que el naviero tenga dos agentes. Uno, que ostente la condición de agente general que, en este caso, era Importaciones Melissa Ltda. y que, según su representante, se dedicaba a atender los asuntos de la nave en San Andrés, tales como cobro de fletes, pago de gastos y todos los aspectos generales relacionados con la embarcación. Y el otro que tenga su condición de agente marítimo que, en el caso, era el señor Rodolfo Gallardo cuya función principal se traducía en recibir y despachar el barco.

Sin que nada más ocurriera respecto del trámite incidental de devolución de la motonave durante este lapso, un año más tarde, la Fiscalía Regional de Barranquilla, mediante providencia del 17 de agosto de 1995 decidió el incidente ordenando la entrega de la motonave Amexcaribe I, la incidentalista Antonio Bent Archobold, representante de la sociedad Importaciones Melissa Ltda.

Todo lo expuesto hasta ahora, a juicio de la Sala, lejos de evidenciar el continuó impulso procesal que en su defensa alegó la Fiscalía, en realidad reveló un tratamiento descuidado y hasta cierto punto abandonado del proceso penal que se analiza. Salta a la vista que desde un inicio el incidente había podido resolverse de manera favorable al agente general de la embarcación, tras haberse acreditado la calidad con la que actuaba.

Sin embargo, la Fiscalía, sin mayor sustento jurídico aparentemente válido – pues porque en realidad en las decisiones no se invocó ningún apoyo normativo de su proceder- retardó más de dos años la definición de la suerte de la embarcación, para al final ordenar su entrega al incidentante sin ninguna disquisición jurídica respecto a la calidad que ostentaba el petente o respecto a la confirmación de la misma.

Este cúmulo de anormalidades impiden a la Sala aceptar las razones que en su defensa esgrimió la Fiscalía, pues aunque es cierto que en cada proceso judicial las decisiones que en su desarrollo se adopten deben ser analizadas a conciencia y detalle para una correcta administración de justicia, lo cierto es que ello no se compeadece con la realidad de este asunto, en donde la aprehensión de la motonave, no solo no estaba prescrita por el ordenamiento, sino que la tardanza de más de dos años y medio en la entrega de la misma al agente que la reclamaba no encuentra justificación jurídica válida, máxime cuando se evidenció que desde el mes siguiente a la aprehensión de la nave se habían presentado los documentos que acreditaban la calidad del incidentante y su vinculación jurídica con el bien inmovilizado y no obstante ello el contenido de los mismos solo vino a ser tenido cuenta más de dos años después.

En el orden de ideas, expuesto se impone confirmar la declaratoria de responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación, por los daños causados a la demandante sociedad Importaciones Melissa Ltda., con ocasión de la aprehensión

de la motonave Amexcaribe I, ocurrida en el marco del proceso penal No. 3516, adelantado por violación a la Ley 30 de 1986, hecho que se prolongó desde el 20 de marzo de 1993 hasta el 29 de diciembre de 1995.

Del llamamiento en garantía.

También se indica en el recurso de alzada presentado por la Fiscalía General de la Nación que el Tribunal *a quo* incurrió en una contradicción al sostener que en el trámite incidental existió una tardanza injustificada y al tiempo aducir que los Fiscales llamados en garantía no incurrieron en dolo o culpa grave.

Si bien, en la contestación de la demanda, la Fiscalía General de la Nación llamó en garantía a los fiscales Maria Teresa Araujo Calderón, Fanny Esther Oñoro de Tapias, Ana Isabel Torres de Larios, Tesalio Pérez Pacheco y Josefina del Socorro Congote de Llanos, la Sala de entrada advierte que sin entrar a establecer si en efecto el Tribunal incurrió en una contradicción al absolver a los llamados en garantía, lo cierto es que a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación, el llamamiento formulado por la Fiscalía no resulta procedente.

En efecto, del escrito del llamamiento en garantía la Sala observa que el mismo identificó los funcionarios que se pidió citar, su domicilio, los cargos ocupados para la época de los hechos y de manera genérica aludió a los fundamentos de derecho en que basó su petición.

Sin embargo, para la Sala el llamamiento no reúne los requisitos de procedibilidad que de antaño la Jurisprudencia de esta Sección ha considerado indispensables para despachar favorablemente este tipo de solicitud, concretados en la indicación precisa del hecho o conducta que se tilda de dolosa o gravemente culposa. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido:

“El Procurador Judicial ante el Tribunal A Quo, solicitante de intervención de tercero, se limitó en su escrito de llamamiento a pedir que se averigüe la “posible conducta dolosa o gravemente culposa en que haya podido incurrir el citado Agente”. La Sala en diversas oportunidades ha indicado, con base en la ley, que para el llamamiento en garantía de servidores públicos es requisito de procedibilidad la descripción particularizada de la conducta, cualificada o por culpa grave o de dolo, con indicación precisa del hecho que se califica de gravemente

*culposo o de doloso, pues son los reproches del comportamiento del servidor, actual o que fue, las que son objeto de averiguación procesal”.*¹⁰

Al respecto, vale insistirse en que el respectivo escrito contiene únicamente la identificación de los llamados, su domicilio y fechas de vinculación y desvinculación a la Fiscalía; sin embargo no se consignó algún tipo de reproche a la función desplegada por cada uno de los funcionarios citados, simplemente se comenta que los citados eran Fiscales para la época de los hechos sin adentrarse en cuestionamientos de ninguna índole sobre su proceder o calificativos de su conducta.

Por las razones expuestas, la Sala se abstendrá de decidir de fondo las pretensiones del llamamiento en garantía.

De la indemnización de perjuicios.

Lucro cesante.

El Tribunal de primera instancia consideró que de conformidad con la pericia practicada en el proceso, se encontraba demostrada la pérdida de oportunidad que sufrió el agente comercial de la motonave, sociedad Importaciones Melissa Ltda. por causa de la retención, ya que se acreditó que no existían motivos ciertos para descartar la posibilidad que de no haber sido por la inmovilización, la actividad objeto de agenciamiento habría continuado siendo explotada por el demandante.

Como base de liquidación del lucro cesante, el Tribunal tuvo en cuenta el valor de las comisiones por fletes percibidas por el demandante durante los nueve viajes que realizó la motonave en la ruta Miami – San Andrés en los seis meses anteriores a la fecha de su retención, a razón de US\$28.919, los cuales dividió en seis meses, para obtener el respectivo promedio del monto mensual del valor del flete (US\$4.698,50). A dicha suma, le aplicó el 30% correspondiente al valor de la utilidad que se obtiene en cualquier clase de negocio económicamente viable, después de la deducción de los costos y gastos operacionales. Una vez obtenido el 30% correspondiente a la utilidad promedio mensual (US\$1.409,55), lo multiplicó por los 32 meses que duró la inmovilización del rodante. Realizada dicha

¹⁰ Sección Tercera de Consejo de Estado, 18 de marzo de 2004, expediente: 14.338, C.P. María Elena Giraldo Gómez. Esta posición fue reiterada por esta Subsección en providencia del 26 de noviembre de 2014, expediente: 30850.

operación obtuvo un valor de US\$45.105.60, suma que actualizó con el valor de la tasa representativa del dólar a la fecha de la sentencia (\$2.600). Todo lo anterior arrojó un total de \$117.274.560.

Este reconocimiento constituyó uno de los puntos álgidos del recurso de apelación impetrado por la parte actora, pues consideró que el 30% determinado como valor de utilidad era inferior al margen de ganancia que normalmente ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación. También replicó que el valor de los fletes correspondía a la ganancia neta, ya que los gastos operacionales de agenciamiento eran asumidos directamente por el patrimonio del señor Antonio Bent Archbold, representante legal de la sociedad demandante.

Sea lo primero para la Sala indicar que el dictamen pericial practicado al interior del plenario, a petición de la parte actora para acreditar los perjuicios materiales sufridos con ocasión de la detención de la embarcación, además de no haber sido objetado por la parte demandada, en criterio de esta Sala, tiene el vigor probatorio necesario para ser valorado, pues la fuente de donde se obtuvo la información con base en la cual se rindió la experticia fueron los documentos y soportes contables de la sociedad demandante, los cuales fueron examinados directamente por el auxiliar de la justicia,

La experticia, señaló respecto:

“Analizada la información financiera aportada por el demandante, conformada por los siguientes documentos soportes discriminados así:

*“DECLARACION DE RENTA AÑOS 1990 HASTA 1994.
LIBROS AUXILIARES DE LOS PERIODOS 1991, 1992 Y 1993.
BALANCE GENERAL Y ESTADOS DE RESULTADOS DE LOS AÑOS 191, 1992 Y 1993.
COMPROBANTES DE DIARIO DE LOS AÑOS 1991, 1992 Y 1993, ACOMPAÑADOS DE SUS HOJAS DE TRABAJO.
COMPROBANTES DE INGRESOS Y EGRESOS DE LOS AÑOS 1991, 1992 Y 1993.
DOCUMENTOS SOPOORTES BASE PARA LA LIQUIDACION DE LA COMISION POR LOS SERVICIOS PRESTADOS DE AGENTE MARTIMO A LA MOTONAVE AMEXCARIBE I.*

Se realizó una revisión en forma selectiva de los documentos fuente o soporte, de los períodos seleccionados y se pudo constatar que fueron debidamente contabilizados sus movimientos y sus registros acorde con las normas de contabilidad generalmente aceptadas en Colombia.

(...)

En mi opinión la información financiera aportada por el demandante corresponde a hechos, operaciones y transacciones originadas en relación con su actividad de agente marítimo de la embarcación Amexcaribe I, y la consolidación de esta información corresponde a la cifras reflejadas en el libro Inventario y balance, para el año gravable 1991 y 1992, como también a la información presentada en las declaraciones de renta de los años 1991 hasta 1994.”

“(...).

Analizamos el cuadro anexo No. 6, tomando como referencia para los viajes realizados por AMEXCARIBE I, tenemos que del total del valor de los fletes cobrados y por cobrar relacionados en el conocimiento to de embarque, después de realizar ajustes por error de digitación, descuentos y demás pertinentes, se liquida a favor de Importaciones Melissa Ltda., el dos punto cinco por ciento (2.5%), suma de dinero esta que recibía la sociedad Importaciones Melissa Ltda., en dólares Américos. En su calidad de agente marítimo se encargaba de realizar los cobros de cada conocimiento de embarque en dólares americanos, efectuar pagos por gastos y costos en general, al igual que descontaba del valor total de Dólares por trasladar a la Compañía R E ISRAEL & ASSOCIATES TRADING COMPANY INC, la comisión a que tenía derecho por sus servicios prestados como agente marítimo según el viaje realizado, el cual podemos apreciar en el cuadro Anexo 05 y en el anexo No. 09.

Para los períodos o meses que la embarcación AMEXCARIBE I; realizó viajes de carga de mercancías a San Andrés Islas, la sociedad IMPORTACIONES MELISSA LTDA., obtuvo ingresos en dólares americanos en promedio así:

PERIODO MES	VALOR INGRESO EN DOLLARES
SEPTIEMBRE -92	\$3.349,65
OCTUBRE-92	\$2.945,50
NOVIEMBRE- 92	\$3.577,23
DICIEMBRE- 92	\$4.244,58
ENERO-93	\$5.831,22
FEBRERO-93	\$3.050,23
MARZO-93	\$5.920,25
TOTAL	\$28.918,666

Este valor total fue la suma que tuvo en cuenta el Tribunal *a quo* para calcular el lucro cesante, cuantía que luego de dividir en seis meses (período anterior a la aprehensión y durante el cual se acreditaron viajes de Amexcaribe I entre la ruta Miami/San Andrés /Miami) para obtener el promedio de ingreso mensual, se le dedujo el 30%, porcentaje que según el *a quo*, era el margen de utilidad que se esperaba obtener en cualquier negocio económicamente viable.

Es precisamente en esta última operación en donde radica la inconformidad de la parte actora cuando sostiene que la utilidad obtenida en el agenciamiento correspondía a la totalidad del monto de la comisión que ganaba el agente general, sociedad Importaciones Melissa Ltda., por cobro de fletes sin que fuera viable deducción alguna por costos, pues los gastos operacionales no podían sustraerse de esa suma ya que los mismos eran asumidos por el señor Antonio Bent Archbold, representante legal de la sociedad, pero en calidad de persona natural.

En efecto, la Sala advierte que la experticia que acababa de analizarse sostuvo que los libros y soportes contables examinados no reflejaron gastos operacionales, por lo que los cuantificó en \$0. Además indicó que, según información de la demandante, el señor Antonio Bent Archbold con su patrimonio personal, asumía las erogaciones correspondientes a gastos operacionales, persona natural que a su turno presentó sus registros contables para dichos períodos.

Sin embargo, la demostración de que los costos de la sociedad eran asumidos por la persona natural de su representante legal, para la Sala no constituye una circunstancia que automáticamente abra paso al reconocimiento del valor del monto total de la comisión sin deducción alguna por gastos operacionales, pues claramente dicha práctica conllevaba a una vulneración de las reglas contables de asignación de costos y gastos de conformidad con las cuales los costos asociados a los ingresos debían ser asignados o distribuidos en el mismo ente económico que los producía¹¹. Esta regla resultaba aplicable a la actividad contable adelantada por la sociedad Importaciones Melissa Ltda., dado se carácter de sociedad mercantil.

En ese sentido, debe precisarse que aceptar la interpretación del libelista, de conformidad con la cual debía reconocerse el valor total de la comisión por flete por cuanto la sociedad no tenía gastos que deducir, ya que estos los asumía directamente el patrimonio personal de su representante legal, sería tanto como

¹¹ Artículo 24 del Decreto 2160/86, por el cual se reglamenta la contabilidad mercantil y se expiden las normas de contabilidad generalmente aceptadas, vigente para la época en que se llevaron los registros contables objeto de experticia. "ASIGNACION DE COSTOS Y GASTOS. Se debe hacer una adecuada asignación de los costos y gastos atribuibles a los activos y a los resultados del período contable, entendiéndose como costos los incurridos directa o indirectamente en la adquisición o producción de un bien y, como gastos, los relacionados con la administración, venta, investigación y financiación. Los costos y gastos indirectos aplicables a más de una actividad, se deben distribuir sobre bases apropiadas, tales como factores de tiempo, uso o producción."

premiar al comerciante por incurrir en un práctica contable nociva y desajustada a la normas que regulan la contabilidad, en virtud de la cual el ente económico solo registraba ingresos y trasladaba a otro patrimonio el registro de los egresos asociados a aquel.

Según ha quedado expuesto, los gastos operacionales indefectiblemente debían aparecer en la contabilidad registrada por la sociedad mercantil que los causaba, no solo porque así lo imponen las reglas contables, sino porque para efectos probatorios, como ocurre en este caso, solo así podría calcularse el monto real de las erogaciones que conllevaba la explotación de su actividad comercial y así mismo el valor efectivo de su ganancia. Ello se opone a que técnicamente resulte válido admitir que los sufragó una cartera distinta al ente económico que percibió el ingreso y, que por lo tanto, debe reconocerse como utilidad la totalidad del valor reportado como comisión por flete, sin ningún tipo de deducción.

Ante esta falencia probatoria, esto es, ante la incertidumbre respecto del valor efectivo de los gastos operacionales, pero ante la certeza de que durante el término de la aprehensión de la motonave se vio frustrada la percepción de la ganancia esperada por el demandante, no queda otro camino que aquel que emprendió el Tribunal de primera instancia al fallar atendiendo a las reglas de la sana crítica y la experiencia y calcular un porcentaje aproximado de utilidad que en el caso se tasó en el 30%, porcentaje cuyo valor no será aumentado, como lo solicita el demandante, por no existir evidencia probatoria que demuestre que, en efecto, la ganancia fue superior a la reconocida, o precedente jurisprudencial que así lo imponga y tampoco será disminuido en cuanto la parte condenada, Fiscalía General de la Nación, si bien presentó recurso de apelación, lo cierto es que no expresó reparo concreto frente a la cuantificación de los perjuicios.

En consecuencia, la suma reconocida por concepto de lucro cesante en el fallo de primera instancia en cuantía de \$117'274.560 será actualizada teniendo como índice inicial el índice de precios al consumidor correspondiente a la fecha de la sentencia impugnada y el final, el IPC de la fecha que se profiere este fallo.

Así:

	Ind. final (118,91) (enero/2015)
RA = \$117'274.560	-----
	Ind. inicial (79,75) (octubre/2004)

RA= \$174'860.412

El total de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante a reconocer en favor de la sociedad Importaciones Melissa Ltda., corresponde a la suma de **\$174'860.412.**

Daño emergente.

La parte actora solicitó por concepto de daño emergente el valor correspondiente a las cantidades que debió pagar a los abogados para atender el proceso penal en cuyo interior se produjo la inmovilización del navío y para solicitar su devolución y los gastos en que incurrió para obtener su entrega definitiva.

El Tribunal de primera instancia negó su reconocimiento, tras evidenciar que en el proceso no se había solicitado la práctica de pruebas orientadas a acreditar esta erogación.

La sociedad demandante, dentro del recurso de apelación, solicitó revocar esta negativa, pues en su sentir, si bien no existía prueba indicativa de la celebración de contrato de prestación de servicios con el apoderado o apoderados que promovieron el incidente de devolución de la motonave y de los honorarios pagados por tal gestión, debía acudirse a las reglas de la experiencia y la sana crítica y acceder al reconocimiento de esta petición.

Al respecto, la Sala observa que de conformidad con las piezas penales obrantes en el plenario, surge con claridad el hecho de que la sociedad Importaciones Melissa Ltda., otorgó poder al doctor Luis Miguel Moisés Cotes para que adelantara el trámite incidental para obtener la devolución de la motonave aprehendida, circunstancia que sin duda permite desprender que en efecto se ejerció una defensa técnica de sus intereses al interior del proceso penal que seguramente significó el reconocimiento de honorarios al profesional del derecho.

Sin embargo, aunque enveces, ante la ausencia de facturas o documentos acreditativos de la cuantía del servicio pagado al abogado pero ante la evidencia de su prestación, esta Corporación ha acudido a las reglas de la equidad para tasar su valor, lo cierto es que este asunto reviste una particularidad que impide dar aplicación a esa práctica.

En efecto, no puede perderse de vista que, como se dejó claro en acápite anterior, para la fecha de aprehensión del barco, existían cuatro sujetos vinculados jurídicamente con la motonave Amexcaribe I, tres de los cuales intervinieron dentro del proceso penal de la referencia de la siguiente manera:

La sociedad Importaciones Melissa Ltda., agente general de Amexcaribe Inc., para San Andrés, que a través de su representante legal otorgó poder. Amexcaribe Inc., agente general de R.E Israel & Associates Trading Co. Inc que a través de su Gerente de Operaciones ratificó en su integridad el poder conferido por Importaciones Melissa Ltda., para la solicitud de entrega de la embarcación y R.E. Israel & Associates Trading Co., compañía que, en calidad de propietaria de la embarcación, manifestó a la Fiscalía que su agente general en USA podría nombrar agentes en el exterior para cumplir los requisitos necesarios para la operación de la nave.

Así pues existían tres sujetos con interés legítimo que fue manifestado expresamente ante la Fiscalía para obtener la devolución de la nave, al punto que en el caso de Amexcaribe Inc., procedió a ratificar el poder inicialmente otorgado por el representante legal de la demandante.

La circunstancia anotada genera una incertidumbre respecto de cuál de los sujetos interesados asumió el pago de honorarios al abogados, pues, como se señaló todos tenían interés en que se produjera la entrega de la motonave y todos, de alguna manera, se sirvieron del mandato otorgado por Antonio Bent Archbold, para recuperar su tenencia.

En consecuencia y por las razones expuestas la Sala confirmará la decisión apelada en cuanto negó el reconocimiento del daño emergente solicitado por la actora.

Cuestión Final.

El tercer motivo de inconformidad, expuesto por la parte demandante dentro del su recurso de alzada, aludió a que el Tribunal omitió pronunciarse respecto de la pretensiones elevadas por la sociedad R.E Israel & Associates Trading Co. Inc., que compareció al proceso a través de agente oficioso. En este punto indicó que no obstante este aspecto haber sido materia de decisión de segunda instancia por

el Consejo de Estado, a través del auto que confirmó la declaratoria de terminación del proceso respecto de aquél, en su criterio, dicha providencia era ilegal y, por lo tanto, no producía efectos vinculantes. En ese orden, el recurrente sostuvo que en el proceso se hallaba más que acreditado que la sociedad R.E Israel & Associates Trading Co. Inc. era la propietaria de la motonave aprehendida, por manera que no podía desconocerse su derecho de integrar el extremo activo del presente proceso.

Con el propósito de resolver esta cuestión, la Sala debe remitirse a los antecedentes procesales descritos en acápite anterior en donde se plasmó un recuento de lo acontecido en relación con la sociedad R.E Israel & Associates Trading Co. Inc., respecto de la cual efectivamente se dio por terminado el proceso mediante auto del del 29 de abril de 1999, decisión que fue confirmada en providencia del 13 de julio de 2000, dictada por la Sección Tercera de esta Corporación.

Ahora, si bien la Sala coincide en las apreciaciones del libelista en cuanto a que en el plenario se acreditó que la propiedad de la motonave inmovilizada recaía en sociedad R.E Israel & Associates Trading Co. Inc., esa circunstancia no resulta suficiente para otorgar plenos efectos a la agencia oficiosa adelantada en su nombre, pues los requisitos de esta figura procesal no se reunieron en debida forma ya que quien suscribió el poder ratificando la demanda presentada en su nombre por el agente oficioso, no acreditó, como debía, su calidad de representante legal de la agenciada. En otras palabras, aun cuando se encuentra acreditado que R.E Israel & Associates Trading Co. Inc, era la dueña del barco, no así lo está que quien otorgó poder para ratificar lo actuado por el agente oficioso fuera el representante legal de la misma, situación que derivó que aquélla no pudiera ser reconocida como parte dentro del presente proceso.

Al respecto, esta Sección se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Y es que la agencia oficiosa no procede para subsanar la carencia de poder, sino que opera respecto de la persona que se encuentre AUSENTE o IMPEDIDA para presentar la demanda, en los términos y condiciones expuestas. Ahora bien, el recurrente tuvo la oportunidad legal de corregir la carencia de tal requisito, sin embargo guardó silencio y dio paso al rechazo parcial de la demanda, es decir respecto de los señores Héctor José Morales y Norberto García Flórez”¹².

¹² Sección Tercera del Consejo de Estado, 19 de julio de 2010, expediente: 38.345, C.P. Mauricio Fajardo Gómez (E).

Por lo demás, las razones que en su momento llevaron a la Sección Tercera de esta Corporación a confirmar la decisión de declarar terminado el proceso respecto de R.E Israel & Associates Trading Co. Inc, consistentes en que los documentos que acreditaban la calidad de poderdante, que se encontraban en inglés, no fueron acompañados de la respectiva traducción oficial, es una circunstancia que finalmente no fue desvirtuada y que a la fecha permanece intacta, razón por la cual y no existiendo motivos para desconocerla, en esta oportunidad la Sala se estará a lo dispuesto en decisión del 13 de julio de 2000, dictada por la Sección Tercera de esta Corporación a la que se ha hecho alusión.

5. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el veintiocho (28) de octubre de dos mil cuatro (2004).

SEGUNDO.- ACTUALIZAR la condena impuesta en la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo cual la suma que la FISCALIA GENERAL DE LA NACION debe reconocer y pagar a la demandante SOCIEDAD IMPORTACIONES MELISSA LTDA., corresponderá a CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA MIL CUATROCIENTOS DOCE PESOS M/CTE (**\$174'860.412**).

TERCERO.- Sin condena en costas.

CUARTO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA