

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Objeto

La acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de Ley y de los actos administrativos.

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Requisitos de procedencia

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, deben cumplirse unos requisitos mínimos, los cuales se desprenden del contenido de la Ley 393 de 1997: i. Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1). ii. Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de la autoridad o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5 y 6). iii. Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de presentar la demanda, bien sea por acción u omisión o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su incumplimiento (Art. 8). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda. iv. Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia ésta que hace procedente la acción. v. También son causales de improcedibilidad pretender la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9).

FUENTE FORMAL: LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 1 / LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 5 / LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 6 / LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 8 / LEY 393 DE 1997 - ARTICULO 9

ACCION DE CUMPLIMIENTO - Improcedente por inexistencia de acto administrativo / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - No es posible su configuración en un trámite jurisdiccional / DIRECCION GENERAL MARITIMA Y PORTUARIA - Funciones de naturaleza jurisdiccional

La acción de cumplimiento es improcedente porque dentro de un trámite de naturaleza jurisdiccional no posible la configuración de un acto administrativo positivo en la resolución del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia... En suma, las funciones de la Dirección General Marítima consagradas en el numeral 27 del artículo 5 del Decreto 2324 de 1984 son de naturaleza jurisdiccional, con solo una excepción: las investigaciones por violación de otras normas que regulan actividades marítimas, que fue declarada inexecutable... En este orden de ideas, se modificará la decisión del Tribunal de negar las pretensiones de la acción de cumplimiento para en su lugar declarar que no procede, bajo el entendido que la naturaleza de la investigación que adelanta la Dimar contra el señor Raúl Bayter Jelkh es jurisdiccional y por tanto, no puede configurarse un acto administrativo ni ficto, ni expreso.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2324 DE 1984 - ARTICULO 5 NUMERAL 27

NOTA DE RELATORIA: En la sentencia C-212 de 1994, la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de varias normas, entre ellas, el artículo 27 numeral 5 del

Decreto 2324 de 1984, que establece las funciones y atribuciones de la Dirección General Marítima y Portuaria –Dimar-.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO (E)

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 47001-23-33-000-2014-00064-01(ACU)

Actor: RAUL BAYTER JELKH

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - DIRECCION GENERAL MARITIMA-CAPITANIA DE PUERTO DE SANTA MARTA

La Sala se pronuncia sobre la impugnación presentada por el señor Raúl Bayter Jelkh contra la providencia de 20 de marzo de 2014, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena, denegó las pretensiones de la demanda de cumplimiento.

1.1. La demanda

El señor Raúl Bayter Jelkh ejerció la presente acción contra el Ministerio de Defensa-Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta, con el fin de solicitar el cumplimiento del *“acto administrativo ficto que se concretó por el silencio administrativo protocolizado mediante Escritura Pública Número 2351 otorgada el día 19 del mes de septiembre del año dos mil trece (2013) ante la Notaría Tercera de Santa Marta.”*

1.1.2. Hechos

- El 26 de julio de 2011, la Capitanía de Puerto Santa Marta profirió fallo de primera instancia, con fundamento en el Decreto 2324 de 1984, dentro de la Investigación adelantada contra el señor Raúl Bayter Jelkh y la Administración del edificio Gairaca por la presunta ocupación en terrenos de uso público y de propiedad de la Nación en el sector de El Rodadero, radicada bajo el número 14032003001. (Fl. 47-70)

- En la parte resolutive se dispuso:

“ARTÍCULO 1º Rechazar de plano la objeción por error grave presentada contra el informe pericial de fecha 10 de noviembre de 2004, rendido por el señor GUILLERMO DÍAZ GONZÁLEZ, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

ARTÍCULO 2º Declarar que el área al frente al lindero oeste (sic) del apartamento 102 de 289,2 m2 (sembrados frutales y hortalizas), y área de 287,2 m2 (construcción terraza, closet, jacuzzi, casa de máquinas, cascada, jardineras y zona de bar b-q), para un total de 576,4 m2, aproximadamente corresponden a zona de playa marítima Bienes de Uso Público de la Nación.

ARTÍCULO 3º Declarar que el señor RAÚL BAYTER JELKH identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.372.430 de Bogotá, infringió las normas de la legislación marítima colombiana con ocasión de la ocupación indebida y de Bienes de Uso Público de la Nación, y construcciones no autorizadas de acuerdo a la Ley 2324 de 1984.

ARTÍCULO 4º Sancionar al señor RAÚL BAYTER, con multa de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes equivalente a la suma de dieciséis millones sesenta y ocho mil pesos m/cte (\$16.068.000), por violación a la legislación marítima colombiana, a favor de la Dirección del Tesoro Nacional, fondos comunes, en el Banco Popular... y su recibo de cancelación deberá ser presentado a esta Capitanía.

ARTÍCULO 5º Solicitar la reversión del área de 287,2 m2 que se definen como bienes de uso público de la Nación “PLAYA”, descritos en el artículo segundo de la presente Resolución.

ARTÍCULO 6º Oficiar al INCODER para que ordene y tramite el proceso de aclaración de títulos “Escritura Pública No. 2829 del 22 de julio de 1998 de la Notaría 2ª del Círculo de Santa Marta”.

ARTÍCULO 7º En firme la presente providencia ofíciase al Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta solicitando la diligencia de restitución.

ARTÍCULO 8º Remitir copia de la presente providencia a la Dirección General Marítima, Procuraduría Delegada en lo Civil, Procuraduría Departamental, Procuraduría Provincial, Área de Litorales y Medio Ambiente de la Capitanía de Puerto de Santa Marta y Personero Delegado para los Derechos Humanos.

ARTÍCULO 9º Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición ante este Despacho y de apelación ante la Dirección General Marítima, de los cuales podrá hacerse uso dentro de los cinco (05) días siguientes a la notificación.”

- El 29 de agosto de 2011 el señor Raúl Bayter Jelkh se notificó de la anterior decisión y, el 5 de septiembre, a través de apoderado, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra aquella. (Fl. 71-97)

- El 10 de febrero de 2012 la Capitanía de Puerto de Santa Marta concedió el recurso de apelación interpuesto por considerar que había operado el silencio administrativo negativo, en los términos del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo-CCA, respecto del recurso de reposición, pues transcurrieron más de tres meses sin que se resolviera. En consecuencia, ordenó el envío del expediente al superior. (Fl. 157-158)
- El 13 de agosto de 2013, la Dirección General Marítima (i) ordenó a la Subdirección de Desarrollo Marítimo, la realización de un informe técnico actualizado de jurisdicción del área sobre la cual versa la investigación administrativa adelantada por la Capitanía de Puerto de Santa Marta, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Raúl Bayter Jelkh; (ii) fijó el término de 30 días al efecto y, (iii) ordenó el envío del expediente a dicha dependencia. (Fl. 151-154)
- Con oficios de 30 de mayo, 13 de junio y 26 de julio de 2013, el señor Bayter Jelkh solicitó al Director General Marítimo decretar la prueba pertinente para la determinación del área objeto de la investigación.
- El 19 de septiembre de 2013, es decir, después de más de dos años de haberse interpuesto el “pertinente recurso”, contra la resolución que declaró la ocupación indebida de bienes de uso público, el apoderado del actor, protocolizó ante la Notaría 3ª de Santa Marta por escritura pública No. 2351, el silencio positivo en los términos del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011¹. (Fl. 1-46)

1.1.3. Fundamentos de acción

El demandante sostuvo que el artículo 52 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA que regula la

¹ Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

caducidad de la facultad sancionatoria, es aplicable al presente asunto toda vez que la decisión de la entidad accionada es un acto sancionatorio.

Según ese artículo, el recurso interpuesto contra el fallo de primera instancia proferido por la Capitanía de Puerto de Santa Marta, debió ser resuelto en el término de un año contado desde su interposición, so pena de pérdida de competencia y, de darle la razón al señor Bayter Jelkh.

Es decir, la Dirección General Marítima tenía hasta el 5 de septiembre de 2012 para decidir y como no lo hizo, se configuró un silencio administrativo positivo a su favor, por tanto, existe un acto administrativo ficto protocolizado en la escritura pública No. 2351 de 19 de septiembre de 2013 y debe entenderse que aquel resolvió el recurso a favor del señor Bayter Jelkh.

1.1.4. Pretensiones

Dentro del escrito de demanda se precisan las siguientes:

“2.1. PRIMERA. Se ordene al Ministerio de Defensa-Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta, el inmediato reconocimiento de los efectos legales del silencio administrativo positivo, protocolizado mediante Escritura Pública número 2351, otorgada el día 19 del mes de septiembre del año dos mil trece (2013) por ante la Notaría Tercera de Santa Marta.

2.2. SEGUNDA. Por virtud del ítem precedente, se ordene al Ministerio de Defensa-Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta, reconocer y aceptar cada una de las pretensiones por mi elevadas mediante la interposición del recurso, en el sentido de entenderse revocada en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido el día 26 de julio de 2011, dentro de la investigación administrativa adelantada contra el señor RAÚL BAYTER JELKH y la Administración del Edificio Gairaca, por presunta, pero inexistente, ocupación en terreno de uso público y de propiedad de la Nación sujetos a control y jurisdicción de la Dirección General Marítima y construcciones no autorizadas en el sector de El Rodadero – Expediente identificado con el número 14032003001 de la Capitanía de Puerto de Santa Marta, tal y como quedó protocolizado en el antes citado instrumento público.

2.3. TERCERA. Que en consecuencia, se ordene al Ministerio de Defensa-Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta, reconocer y aceptar la totalidad de las siguientes cuestiones:

2.3.1. Que se aceptan todas y cada una de las objeciones por error grave planteadas por nosotros contra el informe pericial de fecha 10

de noviembre de 2004, entre otros, rendidos por el señor GUILLERMO DÍAZ GONZALEZ.

2.3.2. Que se tiene claro que el área al frente del lindero oeste del apartamento 102 de 289,2 m2 (sembrados frutales y hortalizas), y el área de 287,2 m2 (construcción terraza, closet, jacuzzi, casa de máquinas, cascada, jardineras y zona de BBQ), para un total de 576,4 m2, NO corresponden a zona de playa marítima y por tanto, no son bienes de uso público de la Nación.

2.3.3. Que se aceptan mis aseveraciones, demostradas con pruebas fehacientes que tales porciones de tierra son de dominio privado, teniendo su antecedente remoto en cabeza del Señor Joaquín Bohórquez Rubio, luego del cual se continuó una cadena de poseedores hasta llegar al señor RAÚL BAYTER JELKH, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.372.430 de Bogotá, actual poseedor de dichas porciones de tierra, de tal suerte que la demolición realizada con anterioridad fue ilegal, arbitraria e injusta.

2.3.4. Que el señor Raúl Bayter Jelkh, antes identificado, NO infringió las normas de la legislación marítima colombiana, con ocasión de la ocupación indebida y de bienes de uso público de la Nación, y construcciones no autorizadas de acuerdo a la Ley 2324 de 1984.

2.3.5. Que se revoca la multa impuesta al señor RAÚL BAYTER JELKH de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalente a la suma de DIECISEIS MILLONES SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$16.068.000) M/L COLOMBIANA, por violación a la legislación marítima colombiana.

2.3.6. Que no podrá operar la reversión del área 289,2 m2 (sembrados frutales y hortalizas), y el área de 287,2 m2 (construcción terraza, closet, jacuzzi, casa de máquinas, cascada, jardineras y zona de BBQ), para un total de 576,4 m2 pues se tiene claro que se trata de bienes de uso público de la Nación "playa", de tal suerte que mi ahijado puede disponer de ella libremente.

2.3.7. Que no será necesario que INCODER ordene y tramite el proceso de aclaración de títulos escritura pública No. 2829 del 22 de julio de 1998 de la Notaría Segunda del Círculo de Santa Marta, pues queda claramente establecido que éstos, NO son bienes de uso público y por tanto su posesión le corresponde a mi ahijado.

2.3.8. Que el Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, NO podrá efectuar ninguna diligencia de restitución puesto que mi ahijado es el legítimo poseedor del terreno sobre el cual versó el asunto.

2.3.9. Que el proceso iniciado y fallado en primera instancia no podía adelantarse por razón de existir cosa juzgada tal y como lo demostré procesalmente.

2.3.10. Que de conformidad con el contenido del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la entidad perdió competencia para seguir

adelantando el proceso, en razón de haber transcurrido más de un año desde la fecha de interposición de recurso.

2.3.11. Que en consecuencia de todo lo antes expresado, el proceso debe darse por terminado de forma inmediata y deberá iniciarse las acciones pertinentes tendientes a investigar la conducta omisiva de los funcionarios encargados de estudiar y fallar el asunto, en aras de determinar la eventual violación de normas superiores con las consecuencias disciplinarias y/o penales que los entes de control estimen viables.

CUARTO. Así mismo, se ordene a las autoridades de control competentes, adelantar las investigaciones pertinentes, a efectos de concretar las responsabilidades y sanciones penales y administrativas en que han incurrido los funcionarios de la CAPITANÍA DE PUERTO DE SANTA MARTA y de la DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA, quienes con su omisión de emitir un fallo en el término legalmente establecido, propiciaron la existencia del silencio administrativo encartado y la pérdida de competencia consecuente.”

1.2. La contestación de la demanda

El Ministerio de Defensa dio respuesta a la demanda en los siguientes términos:

(i) La investigación administrativa No. 14032003001 se inició con auto de 14 de julio de 2003, por tanto, se tramita de conformidad con el Decreto 01 de 1984- Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, no es aplicable el CPACA porque este rige para los procedimientos y las actuaciones administrativas iniciadas a partir del 2 de julio de 2012.

(ii) Actualmente está surtiendo la etapa de apelación en dicha investigación administrativa, lo cual fue informado al actor en varias oportunidades a través de los siguientes oficios: 29201203303 MD-DIMAR-GLEMAR de 10 de julio de 2012; 29201205044 MD-DIMAR-SUBDEMAR-511 de 23 de octubre de 2012; y 29201305379 MD-DIMAR-GLEMAR-511 de 11 de septiembre de 2013.

Además, a solicitud del interesado, por auto de 13 de agosto de 2013 la Dirección General Marítima ordenó la realización de una prueba técnica a fin de resolver el recurso de apelación. Esta actuación fue notificada por oficio 29201304822 MD-DIMAR-GLEMAR de 15 de agosto de ese año.

(iii) La escritura pública a través de la cual el actor pretende la configuración de un silencio positivo a su favor, carece de fundamento legal, por cuanto la actuación

administrativa adelantada en su contra se rige por el CCA, que consagra como regla general el silencio negativo (Art. 60)

(iv) El señor Bayter Jelkh no constituyó en renuencia a la entidad por cuanto a través del escrito presentado el 21 de octubre de 2013, que pretende hacer valer como constitutivo de la renuencia de la autoridad marítima, el actor remitió la escritura pública No. 2351 de 2013, por tanto, ese documento no contiene una solicitud para que resuelva el recurso de apelación dentro de la actuación administrativa o dé cumplimiento a alguna de sus funciones.

En efecto, el actor *“se limita a la entrega de un instrumento público con el cual se pretende se deje sin efecto la decisión de primera instancia proferida dentro de la investigación administrativa No. 14032003001, en la que fue declarado como responsable de ocupar indebidamente bienes bajo jurisdicción de la Autoridad Marítima, con fundamento en el incumplimiento de una disposición que no aplica a la situación específica, y el señalamiento de falta de competencia por el fenómeno de la caducidad que a la fecha no se ha configurado.”*

Por otra parte, no es imperativa para la autoridad marítima, la aplicación de un procedimiento distinto al que corresponde, es decir, al establecido en el CCA. Por consiguiente, cuando el administrado acude a la acción de cumplimiento, no puede pedir que se le inaplique una norma pues ello desvirtuaría la naturaleza misma del mecanismo.

1.3. El fallo impugnado

Por sentencia de 20 de marzo de 2014 el Tribunal Administrativo del Magdalena, denegó las pretensiones de la acción de cumplimiento impetrada.

Señaló que la decisión contenida en el fallo que el accionante apeló dictado dentro de la investigación adelantada en su contra por la Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta, es de naturaleza judicial, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia C-212 de 1994, en la cual estudió la exequibilidad, entre otras, del numeral 27 del artículo 5º del Decreto 2324 de 1989, el cual señala las funciones y atribuciones de la Dirección General Marítima y Porturaria, cuyo texto es el siguiente:

27. Adelantar y fallar las investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación a las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, por violación a otras normas que regulan las actividades marítimas e imponer las sanciones correspondientes".

Por tanto, si el procedimiento y la decisión frente a la cual el accionante pretende derivar un silencio de la administración tienen un carácter jurisdiccional, no es posible aplicar las normas sobre dicho fenómeno jurídico que no se presenta en la función judicial.

Por otra parte, adujo que las pretensiones son inadmisibles porque su aceptación implicaría que, por virtud de un acto administrativo, los bienes de uso público puedan ser considerados como privados y susceptibles de apropiación por los particulares, pese a que por mandato del artículo 83 de la Constitución Política, son inalienables, imprescriptibles e inajenables.

1.4. La impugnación

Por escrito radicado el 25 de abril de 2014, el apoderado del señor Raúl Bayter Jelkh, impugnó la decisión del Tribunal por considerar que:

(i) Respecto del aparte pertinente de la sentencia C-212 de 1994, debe prohijarse la interpretación según la cual, la mayoría –no todas- de las funciones de que trata el numeral 27 del artículo 5º del Decreto 2324 de 1984 son de carácter jurisdiccional. Por tanto, algunas son de naturaleza administrativa, como la de investigar las ocupaciones de bienes de uso público.

(ii) El Tribunal entendió, erradamente, que el silencio administrativo está siendo utilizado para que el actor se apodere una porción de un bien de uso público. Lo que en realidad se pretende es *“esgrimir un derecho que tiene para preservar sus justos intereses.”*

(iii) El silencio administrativo positivo aparece de manera expresa en la ley, puesto que el artículo 52 del CPACA lo introdujo en nuestro compendio normativo. La fijación de un término perentorio para que la administración resuelva los recursos que se interpongan en contra de actos administrativos sancionatorios, como el de caducidad del contrato, es razonable y no implica un obstáculo a dicha potestad.

Aunque el artículo 308 del CPACA establece que sería aplicable a los asuntos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia, no existe razón para no aplicar el artículo 52 al presente caso en atención al principio de favorabilidad, que rige no solo en asuntos penales sino también en materia sancionatoria.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sección es competente para conocer la impugnación contra la providencia del Tribunal Administrativo del Magdalena, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y el 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Acuerdo 015 del 22 de febrero de 2011 de la Sala Plena del Consejo de Estado que establece la competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer de las *“apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento”*.

2.2. De la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento está instituida en el artículo 87 de la Constitución Política, como un mecanismo para que toda persona pueda *“acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”*. En igual sentido, el artículo 1° de la Ley 393 de 1997 precisa que *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o actos administrativos”*.

Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; y que las autoridades de la República están instituidas, entre otras cosas, para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (artículo 2 de la Constitución Política), la acción en estudio permite la realización de este postulado logrando la eficacia material de la ley y de los actos administrativos expedidos por las diferentes autoridades en cumplimiento de sus funciones públicas.

De este modo, la acción de cumplimiento constituye el instrumento adecuado para demandar de las autoridades o de los particulares que ejercen funciones públicas, la efectividad de las normas con fuerza material de Ley y de los actos administrativos.

Como lo señaló la Corte Constitucional *“el objeto y finalidad de esta acción es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico justo”* (subraya fuera del texto) ².

Sin embargo, para que la acción de cumplimiento prospere, del contenido de la Ley 393 de 1997, se desprende que se deben cumplir los siguientes requisitos mínimos:

- i) Que el deber que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (Art. 1º)³.
- ii) Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o del particular en ejercicio de funciones públicas que deba cumplir y frente a los cuales se haya dirigido la acción de cumplimiento (Arts. 5º y 6º).
- iii) Que el actor pruebe la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de instaurar la demanda, bien sea por acción u omisión del exigido o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (Art. 8º). El artículo 8 señala que, excepcionalmente, se puede prescindir de este requisito *“cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable”* caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

² Corte Constitucional, sentencia C-157 de 1998. Magistrados Ponentes Drs. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

³ Esto excluye el cumplimiento de las normas de la Constitución Política, que por lo general consagran principios y directrices.

iv) Que el afectado no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, circunstancia esta que hace improcedente la acción. También son causales de improcedibilidad pretender la protección de derechos que puedan ser garantizados a través de la acción de tutela o el cumplimiento de normas que establezcan gastos a la administración (Art. 9º).

2.3. Análisis del caso concreto

La Sala entrará a decidir si en el presente caso se cumplen todos los presupuestos necesarios para que prospere la acción de cumplimiento.

2.3.1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el señor Raúl Bayter Jelkh pretende el cumplimiento del acto ficto protocolizado por escritura pública No. 2351 de 19 de septiembre de 2013 ante la Notaría Tercera de Santa Marta otorgada por el señor Miguel Enrique Bayter Bayter⁴ quien manifestó lo siguiente:

“PRIMERO: Que en ejercicio de las facultades a mi conferidas, el día 5 de septiembre de 2011 en nombre y representación del señor RAÚL BAYTER JELKH presenté el pertinente recurso de reposición en forma principal y subsidiariamente el de apelación, a través del cual, solicité la revocatoria del fallo de primera instancia proferido por el Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta, con fecha 26 de julio del 2011 dentro de la investigación administrativa adelantada contra el señor RAÚL BAYTER JELKH y la administración del Edificio Gairaca por presunta ocupación en terreno de uso público y de propiedad de la Nación, sujetos a control y jurisdicción de la Dirección General Marítima y construcciones no autorizadas en el sector de El Rodadero-expediente identificado con el número 14032003001 de la Capitanía de Puerto de Santa Marta.

SEGUNDO: Que ha transcurrido más de un (1) año desde que interpusé el pertinente recurso, sin que a la fecha se me haya notificado decisión de índole alguna, ni se me haya remitido citación para notificación.

TERCERO: Que debido a lo anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la ley 1437 de 2011, declarado exequible por la sentencia C-875 de 2011 de la Corte Constitucional, se ha configurado el fenómeno de SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO, por lo que en este caso se entenderán resueltas

⁴ Es el apoderado del actor en el presente proceso y en la actuación administrativa surtida ante la Agencia Nacional de Minería. Sin embargo, al suscribir la escritura pública no lo hizo facultado por el señor Raúl Bayter Jelkh.

favorablemente las pretensiones de mi poderdante, al no haberse pronunciado sobre ellas.

CUARTO: Que de conformidad con el contenido del artículo 52 de la ley 1437 de 2011, la entidad perdió competencia para seguir adelantando el proceso, en razón de haber transcurrido más de un año desde la fecha de interposición de recurso.

QUINTO: Que como consecuencia de lo anterior, se le debe dar aplicación a lo normado por el artículo 52 de la ley 1437 de 2011, presentando para su respectiva protocolización: copia del fallo adiado el 26 de julio de 2011, proferido dentro del proceso que se adelanta en contra [de] RAÚL BAYTER JELKH, por supuesta pero inexistente ocupación de bien de uso público y copia de la interposición de recursos de reposición y apelación contra el mismo.

SE PROTOCOLIZAN LOS SIGUIENTES DOCUMENTOS:

- 1) Fallo de fecha 26 de julio de 2011 proferido por el Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta, consta de 24 folios.
- 2) Interposición de recursos de reposición y apelación contra el mismo fallo, de fecha 2 de septiembre de 2011, consta en 27 folios.
- 3) Acta Declaración Extraproceso rendida por MIGUEL ENRIQUE BAYTER BAYTER, consta en 4 folios.
- 4) Fotocopia de la cédula de ciudadanía del compareciente.”

2.3.2. Pues bien, como acertadamente lo advirtió el *a quo*, la naturaleza del trámite que adelanta la Dirección General Marítima en contra del señor Raúl Bayter Jelkh, es jurisdiccional, como se explicará más adelante.

En consecuencia, la acción de cumplimiento es improcedente porque dentro de un trámite de naturaleza jurisdiccional no posible la configuración de un acto administrativo positivo en la resolución del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Por lo tanto, resulta irrelevante analizar si en el presente asunto el actor cumplió con el requisito de constituir en renuencia a la autoridad accionada en el ejercicio de una función judicial⁵ y en el mismo sentido, la Sala queda relevada de estudiar los demás argumentos de la impugnación.

2.3.3. En cuanto a la naturaleza de la investigación adelantada por la Dimar contra el señor Bayter Jelkh, es pertinente traer a colación la sentencia C-212 de 1994,

⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 3 de julio de 2013, Exp. 54001-23-33-000-2012-00122-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Auto de 23 de enero de 2014, Exp. 25000-23-41-000-2013-02479-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

en la cual la Corte Constitucional estudió la exequibilidad de varias normas, entre ellas, el artículo 27 numeral 5º del Decreto 2324 de 1984⁶, que establece las funciones y atribuciones de dicha entidad. Veamos:

“En lo atinente a la segunda función indicada (numeral 27 del artículo 5º) sí existe una atribución de competencias judiciales pero ella, en su mayor parte, encaja en las previsiones del artículo 116 de la Constitución, en cuanto las materias a las que se contrae la función atribuida están claramente determinadas en la norma - investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación a las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, e imposición de las sanciones correspondientes-.

La única parte del numeral 27 que resulta contraria a lo preceptuado en la Constitución es aquella en la cual se atribuye a la Dirección General Marítima y Portuaria la función de adelantar y fallar investigaciones "por violación a otras normas que regulen las actividades marítimas", pues se trata de una función indefinida que, por ello, choca abiertamente con la precisión exigida por el artículo 116 de la Carta para poder radicar en cabeza de autoridades administrativas funciones de carácter jurisdiccional. Las transcritas expresiones serán declaradas inexecutable.

Para la Sala es importante aclarar que las dos hipótesis planteadas en el escrito de impugnación, por el apoderado de la parte actora para ilustrar “¿a qué se refiere la Sentencia C212 de 1994 cuando en el párrafo transcrito se incluyó el término **en su mayor parte?**”, no son de recibo, como pasa a explicarse:

La primera hipótesis es que “el término **en su mayor parte** hace referencia a que **la gran mayoría** de las funciones de que trata el numeral 27 del artículo 5 del Decreto 2324 de 1984 encaja en las previsiones del artículo 116 de la Constitución, lo que implicaría que una **parte menor** no encajaría en sus contemplaciones; pero tal conclusión sería errada, pues según ella la H. Corte Constitucional habría encontrado que algunas de las funciones conferidas a la DIMAR no eran ajustadas a la Constitución Política y, a pesar de ello, no declaró su inexecutable, cuestión totalmente descabellada.”

Esta interpretación del actor desconoce que en el numeral tercero de la sentencia referida, la Corte Constitucional resolvió: “**DECLARASE EXEQUIBLE el artículo 5º,**

⁶ “por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria”

numeral 27, del Decreto 2324 de 1984, con excepción de las palabras "por violación a otras normas que regulen las actividades marítimas", que se declaran INEXEQUIBLES."

En suma, las funciones de la Dirección General Marítima consagradas en el numeral 27 del artículo 5º del Decreto 2324 de 1984 son de naturaleza jurisdiccional, con solo una excepción: las investigaciones por violación de otras normas que regulan actividades marítimas, que fue declarada inexecutable.

La segunda tesis que esbozó y acogió el accionante es que *"el término **en su mayor parte** hace referencia a que la **gran mayoría** de las funciones de que trata el numeral 27 del artículo 5º del Decreto 2324 de 1984 son de aquellas que acceden al carácter de jurisdiccionales, lo que implica, por sustracción de materia, que algunas de ellas solo son de carácter administrativo"*

La anterior lectura que realizó el accionante frente al acápite pertinente de la sentencia C-212 de 1994, es inadmisibles en tanto, dicha providencia de manera clara explica que:

(i) Son de naturaleza jurisdiccional las siguientes funciones relacionadas en el numeral 27 del artículo 5º del Decreto 2324 de 1984:

- a. Investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante
- b. Investigaciones por siniestros marítimos
- c. Investigaciones por violación a las normas de reserva de carga
- d. Investigaciones por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción
- e. Investigaciones por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria
- f. Imposición de las sanciones correspondientes

(ii) La función de adelantar las investigaciones *"por violación a otras normas que regulan las actividades marítimas"*, fue excluida del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, en razón a que su falta de precisión, contraviene el artículo 116 superior.

Por consiguiente, no existe en el numeral 27 del artículo 5º del Decreto 2324 de 1984, ninguna función que sea de naturaleza administrativa.

2.3.4. Ello significa que en el presente caso no existe acto administrativo, ni ficto ni expreso, cuyo cumplimiento pueda ser deprecado, por tanto la acción es improcedente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 393 de 1997 que establece el objeto de la acción de cumplimiento en los siguientes términos: *“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos”*

2.3.5. En este orden de ideas, se modificará la decisión del Tribunal de negar las pretensiones de la acción de cumplimiento para en su lugar declarar que no procede, bajo el entendido que la naturaleza de la investigación que adelanta la Dimar contra el señor Raúl Bayter Jelkh es jurisdiccional y por tanto, no puede configurarse un acto administrativo ni ficto, ni expreso.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia de 20 de marzo de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que denegó las pretensiones de la acción de cumplimiento instaurada contra el Ministerio de Defensa-Dirección General Marítima-Capitanía de Puerto de Santa Marta y, en su lugar, **DECLÁRASE**, que la misma no procede.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ